issn 2974-9999

GIUSTIZIA INSIEME 3

Rivista quadrimestrale online **settembre-dicembre 2025**

www.giustiziainsieme.it Direttrice scientifica: **Paola Filippi**

La giurisprudenza amministrativa annotata di Giustizia Insieme 2025

a cura di
Fabio Francario e Piergiuseppe Otranto

Con i contributi di

Maria Baldari, Giacomo Biasutti, Vinicio Brigante, Clotilde Angela Caforio, Stefania Caggegi, Marco Calabrò, Sonia Caldarelli, Federica Campolo, Carolina Cappabianca, Silvia Casilli, Antonio Cassatella, Alice Cauduro, Giampiero Paolo Cirillo, Fabio Conti, Pierandrea Corleto, Andrea Crismani, Filippo D'Angelo, Raffaella Dagostino, Vincenzo De Sensi, Gianluigi Delle Cave, Ludovico Di Benedetto, Letterio Donato, Lorenzo Ferretti, Carmine Filicetti, Stefania Florian, Cristina Fragomeni, Simone Franca, Simone Francario, Roberto Fusco, Silia Gardini, Ilaria Genuessi, Francesco Goisis, Roberto Leonardi, Marco Mazzamuto, Saul Monzani, Giuseppe Piluso, Ippolito Piazza, Antonino Ripepi, Rocco Parisi, Michele Ricciardo Calderaro, Renato Rolli, Andreina Scognamiglio, Clara Silvano, Giordana Strazza, Giuliano Taglianetti, Lorenza Tomassi, Gabriele Torelli, Sara Valaguzza, Francesco Volpe

Pacini Giuridica

Direttrice scientifica
Paola Filippi

Vice direttore scientifico
Costantino De Robbio

Direttore responsabile
Marcello Basilico

Comitato scientifico
Ernesto Aghina, Alfonso Amatucci, Mirzia Rosa Bianca, Giovanni Canzio. Bruno Capponi, Corrado Caruso, Carlo Citterio, Roberto Giovanni Conti, Angelo Costanzo, Mariella De Masellis, Franco De Stefano, Marco Dell'Utri, Pasquale Fimiani, Fabio Francario, Giacomo Fumu, Carlo Vittorio Giabardo, Gabriella Luccioli, Enrico Manzon, Giuseppe Melis, Lorenzo Miazzi, Vincenzo Militello, Dino Petralia, Luca Ramacci, Maria Alessandra Sandulli, Giuseppe Santalucia, Giuliano Scarselli, Mario Serio, Carmelo Sgroi, Giorgio Spangher.

Comitato di redazione
Marta Agostini, Giuseppe Amara, Maria Cristina Amoroso, Andrea Apollonio, Elisa Arbia, Elisa Asprone, Beatrice Bernabei, Franco Caroleo, Riccardo Ionta, Giovanni Liberati, Luca Marzullo, Alessandro Nastri, Sibilla Ottoni, Donatella Palumbo, Morena Plazzi, Michela Petrini, Elisabetta Pierazzi, Morena Plazzi, Laura Reale, Filippo Ruggiero, Sandro Saba, Federica Salvatore.

Giustizia Insieme (GI) è una rivista online, iscritta al registro della stampa del Tribunale di Roma con autorizzazione n. 68 del 5 maggio 2023; costituisce prosecuzione della Rivista cartacea, fondata nel 2009 e iscritta per la prima volta al registro della stampa del Tribunale di Roma con autorizzazione n. 313 del 18 settembre 2009.

La Rivista è aggiornata quotidianamente e fascicolata quadrimestralmente, ad accesso libero, consultabile anche scaricando l'app di GI, le istruzioni sono reperibili ricercando l'app di GI sotto la voce Giustizia e Comunicazione. Attraverso l'attivazione delle notifiche si riceve la comunicazione della pubblicazione quotidiana.

La Rivista si uniforma agli standard internazionali definiti dal Committee on Publication Ethics (COPE) e fa proprie le relative linee guida.
È proprietario della testata il Movimento per la Giustizia art. 3 E.T.S.

Il contributo dei redattori e degli autori è a titolo gratuito.
Gli articoli pubblicati nel fascicolo quadrimestrale, secondo selezione della direzione sono inviati a revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato di redazione. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione.

Coordinatrice di redazione: Margherita Occhilupo

Webmaster: Chiara Bicchielli

I fascicoli quadrimestrali sono pubblicati a cura di

Pacini Editore
Via A. Gherardesca
56121 Ospedaletto (Pisa)

Indice

I. Ambiente e beni culturali

1. Attività di impresa e contenzioso climatico. Dal diritto al clima al diritto alla salute passando per gli artt. 9 e 41 della Costituzione (commento a Cassazione, Sezioni Unite, 21 luglio 2025, ordinanza n. 20381) di *Sara Valaguzza* ..... p. 437

2. Criteri ambientali minimi ed eterointegrazione della *lex specialis* di gara (nota a TAR Napoli, sez. I, 15 gennaio 2025, n. 427) di *Giuliano Taglianetti* ..... » 451

3. *Do not significant harm* e neutralità climatica. Sui principi del *do not significant harm* e della neutralità climatica: alcune riflessioni a margine del Green Deal europeo di *Gianluigi Delle Cave* ..... » 463

4. Attestato di libera circolazione di un bene culturale e potere di autotutela. Il Consiglio di Stato solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990 (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 16 ottobre 2024, n. 8296) di *Federica Campolo* ..... » 485

5. Polvere di guerra: gli effetti invisibili dell'uranio impoverito (nota a Cons. Stato, Sez. I, parere, 13 marzo 2024, n. 291) di *Roberto Leonardi* ..... » 499

II. Atto e procedimento amministrativo

1. Decisione vincolata e garanzie procedimentali. Riflessioni sul rapporto tra garanzie partecipative e natura vincolata del provvedimento amministrativo impugnato (nota a Cons. Stato, sez. III, 7 novembre 2024, n. 8908) di *Ilaria Genuessi* ..... » 513

2. Ente locale in dissesto e provvedimento di acquisizione sanante: profili di competenza di *Giuseppe Piluso* ..... » 533

3. Gli accordi di coesione: profili di sistema e tutela a fronte dell'inerzia (nota a Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2024, n. 4321) di *Simone Franca* ..... » 549

4. Il potere amministrativo di onomastica stradale (nota a margine di Cons. Stato, Sez. I, 7 gennaio 2025, n. 4) di *Filippo D'Angelo* ..... » 565

5. La partecipazione del privato all'attività vincolata della p.a.: un passo avanti verso un "giusto procedimento" (nota a T.A.R. Puglia, Bari, 7 gennaio 2025, n. 9) di *Maria Baldari* ..... » 569

6. Procedere senza provvedere? Il silenzio amministrativo tra legalità, discrezionalità e organizzazione di *Letterio Donato* ..... » 581

7. Produzione sistemico relazionale della fiducia e delle certezze (nota a Cons. Stato, sez. VII, 10 giugno 2025, n. 5020) di *Andrea Crismani* ..... » 595

8. Il punteggio equalizzato per l'immatricolazione ai corsi di laurea in Medicina, Chirurgia e Odontoiatria (nota a Cons. di Stato, Sez. VII, 4 ottobre 2024, n. 8005) di *Carmine Filicetti* ..... » 603

9. Utilizzo di sistemi automatizzati in assenza di sorveglianza umana. AGCOM e Meta: la storia infinita (nota a TAR Lazio, sez. IV, 24 gennaio 2024, n. 1393) di *Lorenza Tomassi* ..... » 619

10. Concessione di spazi pubblici e dichiarazione di ripudio del fascismo. Sulla dichiarazione di ripudio del fascismo nella richiesta di concessione di spazi pubblici (nota a Cons. Stato, Sez. II, 19 settembre 2024, n. 7687) di *Alice Cauduro* .. » 635

III. Autotutela

1. Annullamento d'ufficio e tutela dell'interesse culturale (nota a Corte Costituzionale, 26 giugno 2025, n. 88) di *Michele Ricciardo Calderaro* ..... » 649

2. Autotutela, affidamento e interessi sensibili. La Corte Costituzionale si pronuncia sulla legittimità del termine di dodici mesi previsto dall'art. 21-*nonies* L. 241/1990 (nota a Corte Costituzionale, 26 giugno 2025, n. 88) di *Silvia Casilli* ... » 663

3. Aiuti di Stato illegittimi. Principi e profili procedimentali del recupero. Il procedimento di recupero degli aiuti di Stato illegittimamente concessi: incertezze procedurali e conflitti tra principi (nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 27 febbraio 2025, n. 2738) di *Giacomo Biasutti* ..... » 677

4. La Corte costituzionale definisce i limiti dell'annullamento d'ufficio (nota a prima lettura a Corte costituzionale 26 giugno 2025 n. 88) di *Giordana Strazza* ... » 691

5. Medesimo potere, medesima funzione o nessuna delle due? Riflessioni sull'annullamento d'ufficio come strumento di tutela (nota a Corte Costituzionale, 26 giugno 2025, n. 88) di *Francesco Volpe* ..... » 697

IV. Contratti pubblici

1. Appalti pubblici e cybersicurezza. La disciplina speciale dell'acquisto di beni e servizi informatici nei settori sensibili dopo il DPCM 30 aprile 2025 di *Simone Francario* ..... » 721

2. Appunti sparsi in tema di principio del risultato ed esecuzione del contratto di *Letterio Donato* ..... » 737

3. Correttivo 2024 e collegio consultivo tecnico: prime osservazioni di *Francesco Goisis* ..... » 743

4. Il rapporto tra ricorso al mercato e affidamento *in house*. Un'interpretazione degli artt. 14 e 17 del Testo Unico dei Servizi Pubblici Locali, decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 (nota a sentenza Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche, sez. I, sentenza n. 230 del 2025) di *Lorenzo Ferretti* ..... » 757

5. L'impiego dell'intelligenza artificiale nel giudizio di anomalia dell'offerta. Impiego di intelligenza artificiale in sede di offerta tecnica nell'ambito di una gara pubblica di appalto: ammissibilità, giudizio sull'anomalia dell'offerta e relativo sindacato giurisdizionale (nota a TAR Lazio, Sez. II, 3 marzo 2025, n. 4546) di *Ilaria Genuessi* ..... » 767

6. La decorrenza del termine di impugnazione degli atti di gara. La *vexata quaestio* alla luce della nuova disciplina del codice dei contratti (commento a Cons. di Stato, Sez. V, 18 ottobre 2024, n. 8352) di *Roberto Fusco* ..... » 783

7. In tema di responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione. Ritiro doveroso della proposta di aggiudicazione e responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione (nota a Tar Lombardia – Milano, sez. II, 3 giugno 2025, n. 1917) di *Stefania Caggegi* ..... » 799

V. Diritto di accesso

1. Diritto di accesso e riservatezza. I nominativi dei sottoscrittori di una petizione (nota a TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 11 ottobre 2024, n. 329) di *Ippolito Piazza* ..... » 809

2. Accesso difensivo, riservatezza e trasparenza amministrativa. Il conflitto tra accesso difensivo e riservatezza nel quadro dell'attuazione della trasparenza amministrativa (nota a TAR Lazio, Sez. III-*bis*, 7 aprile 2025, n. 6878) di *Cristina Fragomeni* ..... » 819

3. Il diritto di accesso di fronte all'esercizio di poteri speciali: limiti e prospettive (nota a Cons. Stato, n. 171 del 13 gennaio 2025) di *Raffaella Dagostino* ..... » 829

VI. Edilizia e urbanistica

1. Il regime delle opere edilizie incompiute. Città "immaginata" e città "realizzata" secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2024, n. 14) di *Marco Calabrò* ..... » 847

2. Inadempimento di convenzione urbanistica e perdita di *chance*. Inadempimento dell'amministrazione e perdita di *chance* del privato nelle convenzioni urbanistiche (commento a Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2025, n. 1962) di *Gabriele Torelli* ..... » 859

3. Interpretazione secondo buona fede degli accordi in materia urbanistica (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 5 settembre 2024, n. 7435) di *Michele Ricciardo Calderaro* ..... » 869

4. La nozione di "area idonea" tra disciplina statale e normativa regionale (nota a T.a.r. Veneto, 18 dicembre 2024, n. 2997) di *Clara Silvano* ..... » 885

5. Rigenerazione urbana e discrezionalità amministrativa. La proprietà pubblica in un equilibrio instabile tra onere e scelta (nota a Cons. St., sez. IV, 2 luglio 2025, n. 5719) di V*inicio Brigante* ..... » 899

VII. Energia

1. Intorno all'autonomia scientifica del diritto dell'energia di *Giampiero Paolo Cirillo* ..... » 913

VIII. Giurisdizione ordinaria e amministrativa

1. Giurisdizione su incarico di dirigente di struttura sanitaria complessa (nota a TAR Liguria, ordinanza 28 febbraio 2025, n. 230) di *Antonino Ripepi* ..... » 935

2. Conflitto di giurisdizione e *translatio iudicii*. Può il Consiglio di Stato sollevare il conflitto negativo di giurisdizione nell'ambito della *translatio iudicii*? (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, ord. 24 ottobre 2024 n. 8507 e Cassazione, S.U., ord. 12 luglio 2025 n. 19196) di *Marco Mazzamuto* ..... » 943

3. Criteri di riparto di giurisdizione in materia di edilizia residenziale pubblica. Le Sezioni Unite tornano sul riparto di giurisdizione in materia di edilizia residenziale pubblica (nota a margine della Cass. civ., Sez. Un., 26 dicembre 2024, n. 34502) di *Carolina Cappabianca* ..... » 953

IX. Interdittiva antimafia

1. Approdi e prospettive del rapporto tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario volontario (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 marzo 2024, n. 2515) di *Rocco Parisi* ..... » 965

2. Controllo giudiziario e sospensione degli effetti dell'informazione interdittiva antimafia. Possibili profili di incostituzionalità (nota a T.A.R. Calabria – Reggio Calabria, ordinanza 28 ottobre 2024, n. 646) di *Silia Gardini* ..... » 983

3. Il fattore tempo nell'aggiornamento prefettizio dell'interdittiva antimafia. L'interdittiva antimafia e il tempo "vuoto" tra controllo giudiziario e aggiornamento prefettizio (nota a TAR Calabria, Reggio Calabria, ord. 9 ottobre 2024, n 646) di *Renato Rolli e Vincenzo De Sensi* ..... » 993

X. Processo amministrativo

1. La domanda nel giudizio di ottemperanza. Ampiezza e portata della domanda formulata con il ricorso per l'ottemperanza: alcune brevi riflessioni (nota a T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-*ter*, 22 settembre 2025, n. 16354) di *Gianluigi Delle Cave* ..... » 1011

2. Giudizio di ottemperanza nei confronti di comune in stato di dissesto (nota a T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 13 novembre 2024, n. 3777) di *Vinicio Brigante* ..... » 1023

3. I limiti di ammissibilità dell'intervento di terzi nel processo amministrativo (commento a Cons. St., Ad. plen., 29 ottobre 2024, n. 15) di *Saul Monzani* ..... » 1035

4. Sull'interesse a intervenire dinanzi all'Adunanza Plenaria. Interesse al precedente e legittimazione all'intervento dinanzi alla Plenaria del Consiglio di Stato di *Andreina Scognamiglio* ..... » 1047

5. L'applicabilità dell'art. 34, comma 3 c.p.a. nel giudizio di ottemperanza al giudicato (nota a Cons. Stato, 22 gennaio 2024, n. 664) di *Stefania Florian* ..... » 1059

6. Elenco Istat delle P.A. e giurisdizione amministrativa. La giurisdizione amministrativa sull'impugnazione dell'elenco Istat delle pubbliche amministrazioni (nota a Cass. Sez. Un. 25 novembre 2024, n. 30220) di *Sonia Caldarelli* ..... » 1071

7. La notifica dei motivi aggiunti tra garanzia del contraddittorio e diritto di difesa (nota a Tar Sicilia, Palermo, sez. IV, sentenza 10 febbraio 2025, n. 328) di *Pierandrea Corleto* ..... » 1083

8. Requisiti dimensionali degli atti processuali e *jus superveniens*. Lo *jus superveniens* in materia di requisiti dimensionali degli atti di parte: una soluzione pragmatica, ma dubbia (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 13 marzo 2025, n. 3) di *Antonio Cassatella* ..... » 1101

9. Sull'efficacia nel tempo delle pronunce di incostituzionalità. Natura del rapporto giuridico e limiti all'efficacia nel tempo delle pronunce di incostituzionalità (nota a Cass., sez. I civ, 16 aprile 2025 n. 10057) di *Ludovico Di Benedetto e Fabio Conti* ..... » 1111

10. Successione a titolo particolare nel diritto controverso e trasferibilità dell'interesse legittimo. Il caso della cessione di esercizio farmaceutico (nota a Consiglio di Stato, Sezione III, 8 gennaio 2025, n. 104) di *Clotilde Angela Caforio* » 1123

I.
Ambiente e beni culturali

1. Attività di impresa e contenzioso climatico

Dal diritto al clima al diritto alla salute passando per gli artt. 9 e 41 della Costituzione (commento a Cassazione, Sezioni Unite, 21 luglio 2025, ordinanza n. 20381)

Sommario: 1. Le peculiarità del caso. – **2.** Le norme invocate sulla responsabilità civile extracontrattuale. L'elemento oggettivo. – **3.** L'elemento soggettivo. – **4.** Riflessioni conclusive alla luce degli artt. 9 e 41 della Costituzione.

1. Le peculiarità del caso.

Il caso deciso con l'ordinanza dalle Sezioni Unite della Cassazione in commento, a seguito della proposizione di un regolamento di giurisdizione, affronta un tema specifico, ossia la questione del giudice dotato dello *ius decidendi* in relazione ad un'azione di responsabilità extracontrattuale promossa contro un'impresa privata per danni al diritto alla salute e al rispetto della vita familiare e domestica, tutelati anche dagli articoli 2 e 8 della CEDU[1]. La Corte ha concluso per la sussistenza della giurisdizione civile, precisando che spetta al giudice di merito accertare i presupposti legali per l'eventuale riconoscimento dei diritti azionati.

Secondo l'impostazione degli attori, il danno lamentato – sia patrimoniale sia non patrimoniale – sarebbe causalmente riconducibile ai comportamenti inquinanti dell'impresa e all'inottemperanza di ENI

[1] Per una visione complessiva dei diversi ambiti di tutela contemplati dall'art. 8 CEDU, si rimanda a R. Conti, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Pol. Dir.*, 2013, 127 ss.; V. Zagrebelsky - R. Chenal - L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, II ed., Il Mulino, 2016, 275 ss.; M. Bonetti - A. Galluccio, *Profili specifici sull'art. 8*, in G. Ubertis - F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, 327 ss. Con specifico riferimento alla tutela del diritto ambientale tramite l'art. 8 CEDU, cfr. G. D'Avino, *La tutela ambientale tra interessi industriali strategici e preminenti diritti fondamentali*, in A. Di Stasi (a cura di), *Cedu e ordinamento italiano, la giurisprudenza dellaCorte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016 - 2020)*, Milano, 2020, 709 ss.; A. Scarcella, *Violato il diritto alla salute e quello ad un ricorso effettivo dei residenti nell'area ad elevato pericolo di inquinamento ambientale dell'ILVA di Taranto*, in *Cass. pen.*, 2019, 2293 ss.; S. Zirulla, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva*, in *Dir. pen. contemp.*, 2019, 135 ss. L'applicazione della previsione ai casi di contenzioso civilistico strategico in materia climatica è ben evidenziata in G. Puleio, *L'obbligazione climatica degli Stati nel sistema CEDU. Fondamento normativo e impatto sui rimedi civilistici*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2023, 1 ss.; U. Salanitro, *Tutela dell'ambiente e del clima nella teoria dei beni*, in Riv. dir. civ., 2025, 637 ss.

S.p.A. agli obblighi derivanti dal diritto internazionale, in particolare dall'Accordo di Parigi, oltre che alla violazione di ulteriori parametri vincolanti desunti da norme di diritto internazionale, dei quali si invoca l'efficacia tanto orizzontale quanto verticale. Gli attori aggiungono, inoltre, che ENI avrebbe violato il principio dello sviluppo sostenibile e i principi generali dell'azione ambientale.

Tra i convenuti figura non solo ENI, ma anche il Ministero dell'ambiente e Cassa Depositi e Prestiti; questi ultimi chiamati in giudizio non in quanto fautori di politiche pubbliche delle quali si contesti l'inefficacia, ma nella loro qualità di azionisti di controllo della società convenuta, che avrebbero consentito l'attività inquinante traendone beneficio economico sotto forma dell'utile di impresa.

Il regolamento di giurisdizione è stato richiesto (non tanto per un effettivo dubbio circa l'individuazione del giudice munito di giurisdizione, quanto piuttosto) per evitare un esito analogo a quello cui era pervenuto, pochi mesi prima, il Tribunale di Roma[2] che, in una causa che presentava analoghe tematiche, aveva dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione in relazione a una domanda di condanna dello Stato per omissioni connesse all'inefficacia delle politiche climatiche.

La motivazione dell'ordinanza ha affrontato una prima questione, di ordine processuale, inerente alla proponibilità del regolamento di giurisdizione da parte degli attori del giudizio principale.

La decisione della Corte si è appoggiata ad un proprio consolidato orientamento[3], riconoscendo l'ammissibilità dello strumento processuale proposto in ragione dell'interesse ad ottenere la stabilizzazione della questione concernente l'individuazione della giurisdizione.

In particolare, le Sezioni Unite hanno precisato che il caso di specie presentava, in effetti, connotati peculiari, dai quali era deducibile l'interesse concreto ad ottenere una pronuncia sulla giurisdizione: infatti, non si rinvenivano precedenti, nella giurisprudenza di legittimità, su fattispecie analoghe; l'unica decisione di merito, sia pure su una controversia con oggetto significativamente differente, aveva pronunciato il difetto assoluto di giurisdizione e le controparti in giudizio avevano sollevato diverse eccezioni proprio sull'azionabilità delle domande agite, appunto facendo valere il precedente negativo a cui si è fatto cenno.

Ci si dovrebbe domandare se gli argomenti utilizzati dalla Suprema Corte siano meramente confermativi del solco già tracciato oppure siano forieri di un nuovo orientamento sulle condizioni di proponibilità del regolamento di giurisdizione. Si potrebbe infatti arguire che chi ha scelto la giurisdizione, radicando la causa presso un determinato giudice, debba poi dimostrare, per essere legittimato a presentare regolamento preventivo di giurisdizione, che la questione sia nuova e, al contempo, che vi siano contestazioni sul difetto assolu-

[2] Tribunale di Roma, 26 febbraio 2024, n. 3552, se si vuole con commento di S. Valaguzza, *Gli orizzonti del diritto dell'ambiente a partire dal contenzioso climatico*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 917 ss.

[3] Orientamento riassunto, di recente, per esempio, da Cassazione civile, Sez. Un., 29 agosto 2023 , n. 25427, secondo cui il regolamento preventivo di giurisdizione può essere proposto anche dall'attore, in presenza di ragionevoli dubbi sui limiti esterni della giurisdizione del giudice adito, sussistendo, anche in mancanza di un'eccezione proposta dalla controparte, un interesse concreto ed immediato a sollecitare la risoluzione della questione da parte della Corte regolatrice, in via definitiva, in modo da evitare che nel corso del giudizio possano intervenire successive modifiche della giurisdizione, tali da ritardare la definizione della causa, anche al fine di ottenere un giusto processo di durata ragionevole.

to di giurisdizione[4] e sussistano precedenti contrari dai quali ci sarebbero ragioni per distanziarsi. Tale conclusione non pare, invero, derivare dall'argomentazione dell'ordinanza, che utilizza le ragioni anzidette come elementi convergenti, ma non tutti necessari, per affermare la presenza delle condizioni di proponibilità del ricorso ex art. 41 c.p.c.

Ebbene, al di là della temuta analogia con il caso deciso dal Tribunale di Roma nel quale convenuto era lo Stato Italiano – analogia strumentale al pronunciamento in sede di regolamento preventivo di giurisdizione – come i primi commenti non hanno mancato di sottolineare[5], la causa che ha condotto all'ordinanza delle Sezioni Unite presenta elementi decisamente diversi da quelli alla base del precedente giudizio conclusosi, come accennato, con la declaratoria del difetto assoluto di giurisdizione. Nel caso oggetto del regolamento di giurisdizione, infatti, il *thema decidendi* riguarda la possibile giustiziabilità di un danno derivante dall'attività di impresa, ai sensi degli artt. 2043, 2050, 2051 e 2058 c.c., e degli artt. 300 e 301 del Codice dell'ambiente; nel caso conclusosi con la declaratoria del difetto assoluto di giurisdizione, invece, l'oggetto della domanda verteva sulla responsabilità dello Stato per non aver adottato politiche climatiche efficaci, con annessa richiesta di condanna ad un *facere* specifico inerente alle strategie dell'azione politica contro il cambiamento climatico.

La differenza tra i due oggetti di causa concerne, quindi, l'articolazione tecnico-processuale della domanda giudiziale, la fonte del danno lamentato e i soggetti ritenuti responsabili.

Diversamente dall'azione di condanna promossa contro lo Stato per inefficienza delle politiche climatiche, che aveva fondato l'azione sul diritto al clima salubre[6], le

[4] A riguardo, invero, la giurisprudenza delle Sezioni Unite Cassazione civile (per es. 30 giugno 2008, n. 17776) è consolidata nel ritenere che se la parte convenuta o resistente aderisce esplicitamente o implicitamente all'assunto della parte attrice o ricorrente che ha ritenuto essere il giudice adito fornito di giurisdizione e non sussiste alcun elemento di fatto – dedotto in ricorso – che possa far dubitare di ciò, la parte attrice o ricorrente non ha interesse a vedere coonestato anticipatamente il suo assunto con una pronuncia di questa Corte sulla giurisdizione che, resa in sede di regolamento preventivo, vincoli il giudice adito.

[5] E. Romani, *Il contenzioso climatico e la tutela a geometria variabile offerta dal giudice ordinario e dal giudice amministrativo, in corso di pubblicazione*, in *Dir. proc. amm.*; G. Scarselli, *Per una corretta lettura della recente ordinanza delle Sezioni Unite (Cass. Sez. Un., 21 luglio 2025, n. 20381) in tema di contenzioso climatico*, in *Judicium*, 29 luglio 2024; M. Buffoni, *Giustizia climatica strategica e transizione ecologica. Prime indicazioni della Cassazione sullo spazio d'azione, per il giudice italiano, nell'approccio alle nuove frontiere del diritto,* in *Questionegiustizia.it*, 15 ottobre 2025; A. Molfetta, *«Eppur [qualcosa] si muove». Considerazioni a prima lettura intorno all'ordinanza sul regolamento di giurisdizione nella vertenza climatica Greenpeace e al. v. Eni e al.*, in *Corti supreme e salute*, 2025, 1; con riferimento al profilo comparato, V. Capuozzo, *Riflessioni sul ruolo del potere giudiziario nel contrasto al cambiamento climatico: un'analisi comparativa*, in questa *Rivista*, 21 ottobre 2025.

[6] Sui c.d. "nuovi" diritti, i contributi scientifici sono ormai molti, senza pretesa di esaustività, *ex multis*, A. Scalisi, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990; F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 2 ss.; S. Castignone, *Nuovi diritti e nuovi soggetti: appunti di bioetica e biodiritto*, Genova, 1996; R. Ferrara - P.M. Vipiana (a cura di), I nuovi diritti nello Stato sociale in trasformazione, Padova, 2000; A. D'Aloia, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in Id. (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano 2003; S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna 2004; E. Corcione, *Diritti umani, cambiamento climatico e definizione giudiziale di* standard *di condotta*, in *Dir. umani dir. int*, 2019, 291; K. Poneti, *Il cambiamento climatico tra* governance *del clima e lotta per i diritti*, in S. Ciuffoletti - M. Deriu - S. Marcenò - K. Poneti (a cura di), *La crisi dei paradigmi e il cambiamento climatico*, in *Jura Gentium*, XVI, 2019, 5 ss.; G. Carmellino, *La tutela d'urgenza dei nuovi diritti*, Torino, 2020; R. Di Marco, *Diritto e nuovi diritti: l'ordine del diritto e il problema del suo fondamento attraverso la lettura di alcune questioni biogiuridiche*, Torino, 2021; F. Menga - F. Ciaramelli (a cura di), *Il diritto di fronte al futuro: le sfide*

domande rivolte nei confronti di ENI non tangono, minimamente, le competenze riservate al legislatore, appuntandosi invece su una condotta illecita generata dall'attività di impresa che avrebbe disatteso gli obblighi derivanti dalle vigenti politiche climatiche.

L'ordinanza delle Sezioni Unite non modifica l'orientamento espresso dal Tribunale di Roma in merito al contenzioso climatico che abbia ad oggetto l'efficacia delle politiche climatiche[7]; anzi, sul punto, vengono rafforzate le conclusioni raggiunte nel precedente caso: la Corte ritiene infatti che nessun giudice possa disporre e imporre allo Stato l'adozione di "*atti, provvedimenti o comportamenti manifestamente espressivi della funzione di indirizzo politico*", che restano necessariamente di pertinenza esclusiva di chi esercita quella funzione, dunque non dei titolari dell'esercizio del potere giurisdizionale.

Per ciò, appare utile, anzitutto, unirsi alle voci che già hanno sottolineato la necessità di una interpretazione cauta dell'ordinanza della Suprema Corte che colga la regola enunciata alla luce delle peculiarità del caso con riferimento al quale è stata pronunciata e la delimiti con precisione. In quest'ottica ed in estrema sintesi, dall'ordinanza deriva che se una controversia riguarda un'azio-

della giustizia intergenerazionale, in *Riv. fil dir.,* 2021, 253 ss.; F. Menga, *Etica intergenerazionale*, Brescia, 2021; S. Scagliarini, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in *Gruppo di Pisa,* 2012, 1 ss.; G. Ghinelli, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico: c'è un giudice per il clima?*, in *Riv. trim. dir. e proc civ.*, 2021, 273 ss.; E. Guarna Assanti, *Il Contenzioso Climatico Europeo. Profili Evolutivi dell'Accesso alla Giustizia in Materia Ambientale*, Milano, 2024.

[7] In linea generale, in tema di contenzioso climatico: J. Peel - H.M. Osofsky, *Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge, 2015, 22; C. Ragni, *Scienza, diritto e giustizia internazionale*, Milano, 2020; W. Kahl - M.P. Weller, *Climate Change Litigation*, Monaco, 2021; J. Setzer - C. Higham, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2022 Snapshot, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment*, Londra, 2022; F. Sindico - M.M. Mbengue (a cura di), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Cham, 2021; M.L. Banda, *Climate science in the courts: a review of U.S. and international judicial pronouncements*, in 2 *Environmental Law Institute* (2020), 1; G. Bisogni, *Una giurisdizione all'altezza dei diritti sociali. Limiti attuali e ipotesi di sviluppo della loro giustiziabilità contro il legislatore*, in *Ragion Pratica*, 2017, 231 ss.; M. Limon, *Human Rights and Climate Change: Constructing a Case for Political Action*, in 33 *Harvard Environmental Law review* (2009), 439; M. Chapman, *Climate Change and the Regional Human Rights Systems*, in 37-38 *Sustainable Development Law and Policy* (2010), 60; M. Spitzer - B. Burtscher, *Liability for Climate Change: Cases, Challenges, and Concepts*, in 8 *Journal of European Tort Law* (2017), 137; L. Harrington - F. Otto, *Attributable Damage Liability in a Non-Linear Climate*, in 153 *Climate Change* (2019), 15; T. Scovazzi, *L'interpretazione e l'applicazione ambientalista della Convenzione europea dei diritti umani, con particolare riguardo al caso Urgenda*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2019, 619 ss.; M. Ramajoli, *Il cambiamento climatico tra Green Deal e Climate Change Litigation*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, 53 ss.; F. Sindico - K. McKenzie - G. Medici – Colombo - L. Wegener, *Research Handbook on Climate Change Litigation*, Cheltenham, 2024; E. Marazza, *L'accesso alle Corti per reagire all'inefficienza delle politiche climatiche*, in S. Valaguzza, (a cura di), *Esplorazioni di diritto dell'ambiente*, 221 ss.; B. Pozzo, *La* climate litigation *in prospettiva comparatistica*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, 271 ss. Si segnala l'interessante raccolta di materiali offerta dal sito *www.contenziosoclimatico.it*, che contiene costanti aggiornamenti di contributi dottrinali sul tema e dei casi pendenti e decisi. Il concetto può essere approfondito anche attraverso i contributi di A. Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Napoli, 2022; M. Ramajoli, *Il cambiamento climatico tra Green Deal e Climate Change Litigation*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, 53 ss.; M. Delsignore, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni ambientali: questioni aperte*, ivi, 2020, 179 ss.; B. Pozzo, *La* climate litigation *in prospettiva comparatistica*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, 271 ss. e, se si vuole, in S. Valaguzza, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il Pianeta?*, in *Dir. proc amm.*, 2021, 2 ss. Più di recente, il tema è stato approfondito con sguardo di diritto processuale nei contributi di E. Guarna Assanti, *Il contenzioso climatico europeo: profili evolutivi dell'accesso alla giustizia in materia ambientale*, Milano, 2024; M. Mattalia, *Contenzioso climatico e condizioni dell'azione avanti al giudice amministrativo*, Torino, 2025 e, con approccio più sistematico, da D. Bevilacqua, *La normativa europea sul clima e il Green New Deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 297 ss. Nella letteratura – invero sterminata – di diritto internazionale, si segnalano in particolare, per vicinanza all'approccio qui adottato, B. Pozzo, *Il contenzioso climatico nel prisma del diritto comparato*, in *Dir. pubbl. compar. eur.*, 2024, 987 ss.; O. Feraci, *Contenzioso climatico e diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Torino, 2025.

ne da responsabilità civile extracontrattuale per danno causato da un'impresa, non vi è dubbio che sussista la giurisdizione del giudice civile[8].

Viceversa, una lettura dell'ordinanza che ravvisasse in essa non solo il riconoscimento della sussistenza della giurisdizione del giudice civile su un asserito danno ambientale e climatico arrecato dalle imprese, ma anche un'implicita ammissione di una generalizzata responsabilità degli operatori economici, accanto a quella dei poteri pubblici, rispetto alle politiche climatiche risulterebbe un fuor d'opera.

La Cassazione non si esprime, naturalmente, sul merito delle pretese azionate: spetterà alla cognizione del giudice adito verificare, secondo le regole comuni in materia, se sussistano o meno i presupposti per integrare le contestate fattispecie di responsabilità aquiliana.

Ciò non toglie che le argomentazioni confluite nell'ordinanza presentino aspetti di estremo interesse per l'ampio dibattito suscitato dal contenzioso climatico, ai quali dedicheremo i paragrafi che seguono.

2. Le norme invocate sulla responsabilità civile extracontrattuale. L'elemento oggettivo.

Fermo restando, dunque, che la valutazione di merito sulla fondatezza delle pretese azionate spetterà al giudice della cognizione, è possibile svolgere alcune riflessioni generali, a partire dai contenuti dell'ordinanza in commento, in relazione ai rischi gravanti sull'attività di impresa in conseguenza della sua potenziale lesività per il diritto alla salute e per l'ambiente.

Diversamente dalla causa intentata contro lo Stato, discussa e decisa con la sentenza del 26 febbraio 2024, n. 3552 del Tribunale di Roma (nella quale le doglianze riguardavano non specifiche violazioni di norme poste a tutela dell'ambiente, ma il venir meno ad un generale "dovere di protezione" dedotto dalla Costituzione, dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, dalla Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992, dall'Accordo di Parigi del 2015 e da fonti integrative quali i report scientifici dell'IPCC), nella controversia in commento, il danno ingiusto è lamentato come conseguenza dell'azione di un operatore economico privato, che avrebbe agito in contrasto con norme giuridiche interne e internazionali, di cui si invoca la diretta applicazione.

Nello specifico, secondo gli attori, l'ingiustizia del danno, sotto il profilo oggettivo, deriverebbe dalla violazione, imputata a ENI, di parametri giuridici contenuti nel diritto internazionale – in primo luogo nell'Accordo di Parigi – che i convenuti avrebbero disatteso, pur avendoli assunti come vincolanti nel proprio codice etico aziendale. E non solo; l'impresa avrebbe violato anche la clausola di responsabilità intergenerazionale sancita dall'art. 9, comma 3, Cost., che consente al giudice civile di esercitare un sindacato su quella che è stata definita "obbligazione climatica"[9]. Tale

[8] G. Scarselli, *Per una corretta lettura della recente ordinanza delle Sezioni Unite,* cit.

[9] In argomento, Così, M. Carducci, *La sentenza* KlimaSeniorinnen *e il* Carbon Budget *come presidio materiale di sicurezza quantitativa e temporale, contro il pericolo e come limite esterno alla discrezionalità del potere,* cit., 1432. Con lo stesso approccio, M. Carducci, *Le affinità "emissive". La giurisprudenza*

obbligazione vincola le imprese, pubbliche e private, cui si rivolge la nuova formulazione dell'art. 41 Cost., secondo cui l'iniziativa economica non può svolgersi in modo da arrecare danno alla salute e all'ambiente.

Emerge dall'ordinanza che gli attori, per rafforzare i propri argomenti, hanno richiamato anche gli artt. 3-*ter* e 3-*quater* del Codice dell'Ambiente[10], oltre che gli artt. 2 e 9 della Convenzione di Århus[11] sulla giustiziabilità dei diritti dei singoli e delle associazioni nei confronti delle attività economiche le regole comuni[12].

È pacifico, intanto, che il giudice civile dovrà accertare il danno ingiusto, secondo difformi dai principi dell'azione ambientale.

Efficace, sul punto, la sintesi fornita dall'ordinanza: "*la fattispecie in esame si configura come una comune azione risarcitoria, fondata sull'allegazione di un danno, consistente nella lesione del diritto alla vita e al rispetto della vita privata e famigliare, la cui ingiustizia viene predicata in virtù del richiamo da un lato agli obblighi positivi e negativi derivanti dagli artt. 2 e 8 della Cedu, e dall'altro ai doveri di intervento previsti dalle fonti internazionali in tema di contrasto al cambiamento climatico, obblighi e doveri dei quali viene affermata l'efficacia vincolate non solo a carico degli Stati che hanno aderito alla Cedu ed agli Accordi richiamati, ma anche a carico di soggetti pubblici e privati (…) responsabili dell'incremento della temperatura globale*".

In linea generale, deve rammentarsi che è ingiusto un danno prodotto da una condotta posta in essere *contra ius*, presupposto causale del pregiudizio di cui si chiede il risarcimento, e che si palesi come sog-

comparata destinata ad incidere sul contenzioso climatico, in *www.dirittticomparati.it*, 2024.

[10] Il principio della tutela ambientale espresso dall'art. 3-*ter* D.lgs. n. 152/2006 non è stato approfondito dalla dottrina come canone autonomo del diritto ambientale, dovendosi rinvenire il suo fondamento direttamente negli artt. 9 e 41 Cost. secondo S. Matteini Chiari, *Tutela del paesaggio e "Codice dell'ambiente"*, in *Riv. giur. amb.*, 2008, 717 ss.; M.V. Ferroni, *La perdita della biodiversità, gli strumenti di tutela ed il codice dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2022, 123 ss., in particolare 142. Sul punto, A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol. II, Firenze, 1969, 381 ss.; R. Leonardi, *Principi e organizzazione per l'ambiente*, in S. Nespor - A.L. De Cesaris (a cura di), *Codice dell'ambiente*, III ed., Milano, 2009, 143 ss. Sull'art. 3-*quater* del medesimo testo normativo, si veda in senso critico la disamina di F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, IV ed., Torino, 2021, 181, spec. 188 ss.; M. Pennasilico, La transizione verso il diritto dello sviluppo umano ed ecologico, in A. Buonfrate - A. Uricchio, *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, Padova, 2023, 37, spec. 57 ss.; C. Boiti, *La progressiva emersione di princìpi e valori connessi alla sostenibilità*, in L. Mezzasoma - G. Berti De Marinis (a cura di), *Diritto dell'economia e sviluppo sostenibile*, Napoli, 2024, 1 ss.

[11] Sulla quale, *ex multis*, M. Hedemann-Robinson, *Access to environmental justice and European union institutional compliance with the Aarhus convention: a rather longer and more winding road than anticipated,* in 31 *European Energy Law Review*, (2022), 175.

[12] Per tutti, P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, Milano, 2021. Anche G. Puleio, *Rimedi civilistici e cambiamento climatico antropogenico*, in *Pers. merc.*, 2021, 469 ss. e B. Pozzo, *I criteri di liquidazione del danno ambientale nella prospettiva della distinzione tra danno evento e danno conseguenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 1848 ss. Ragionano sulla configurabilità di un modello di responsabilità civile imperniato sul danno da cambiamento climatico P. Femia, *Responsabilità civile e* climate change litigation, in *Enc. dir.* - I tematici, VII - *Responsabilità civile*, Milano, 2024, 847 ss.; V. Conte, *Per una teoria civilistica del danno climatico. Interessi non appropriativi, tecniche processuali per diritti transsoggettivi, dimensione intergenerazionale dei diritti fondamentali*, in *DPCE Online*, 2023; A. Mattarella, *Responsabilità degli enti e* compliance *globale. L'armonizzazione degli ordinamenti nel contrasto al crimine d'impresa*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, 386 ss.; C. Camardi, *Verso un modello europeo di responsabilità civile*, in *Accademia*, n. 25/2025, 38. Affrontano altresì la problematica, pur in una prospettiva più ampia sul contenzioso climatico, G. Ghinelli, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico: c'è un giudice per il clima?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 1273 ss.; M. Marinai, *Il contenzioso e la legislazione climatica: un interminabile valzer sulle note della* due diligence, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 1327 ss.; N. Dimitri, *Doppio movimento. Riflessioni filosofico-giuridiche su soggetto e responsabilità nel contesto della trasformazione tecnologica e della crisi climatica*, in *Eur. dir. priv.*, 2025, 270 ss.; C. Scognamiglio, *Il danno risarcibile nella disciplina della responsabilità del produttore*, in *Resp. civ. prev.*, 2025, 1107 ss.

gettivamente connotato almeno da colpa dell'agente del fatto dannoso.

Nel giudizio sulla responsabilità aquiliana, il giudice è tenuto a verificare la sussistenza dei presupposti costitutivi dell'illecito aquilano, ossia (*i*) un'azione o un'omissione colposa, (*ii*) che abbia causato un danno *contra ius* e (*iii*) un nesso di causalità diretta tra condotta imputabile e pregiudizio. Più precisamente, il giudice civile dovrà, in ordine logico progressivo: indagare la sussistenza di un evento dannoso; qualificare il danno come ingiusto; verificare la presenza di un nesso causale; e indagare la sussistenza di una condotta quantomeno colposa.

Ove poi si tratti di responsabilità per omissione – invero dall'ordinanza parrebbe che l'azione contro ENI contesti specificamente l'inottemperanza dell'ENI al dovere di adottare le misure necessarie per ridurre la quantità delle emissioni, ma una tale qualificazione dipenderà dall'esame specifico della domanda, in tutte le sue articolazioni – andrebbe anche considerato che essa può essere accertata solo se il soggetto la cui omissione ha causato il danno è "formalmente" (cioè *ex lege*) tenuto all'obbligo giuridico di evitare il danno che si è poi verificato come conseguenza della previsione di impegni specifici posti a suo proprio carico.

L'ingiustizia del danno ha connotati differenti a seconda delle diverse ipotesi di responsabilità civile extra contrattuale previsti dal codice civile.

L'ordinanza rammenta che la responsabilità di impresa potrebbe essere ricondotta, seguendo le tesi degli attori, agli artt. 2050 e 2051 c.c., alla luce del fatto che gli operatori nel settore della produzione del trasporto e della commercializzazione di combustibili fossili opererebbero nel campo di attività pericolose, che impongono a chi le esercita di adottare tutte le misure idonee ad evitare che si arrechi danno a terzi.

Dunque, al fine di verificare l'ingiustizia del danno, il Tribunale dovrà valutare se ascrivere la fattispecie nel campo (generico) di applicazione della responsabilità aquiliana di cui art. 2043 c.c. oppure in quello, maggiormente specifico, della responsabilità per lo svolgimento di attività pericolosa, *ex* art. 2050 c.c.

Quale che sia la fattispecie prescelta, non si potrà evitare di prendere una posizione sulla sussistenza di obblighi (di azione e protezione) in capo alle imprese derivanti dalla suddetta "obbligazione climatica", giacché è da questa questione che dipenderà la stessa configurabilità, in astratto, del danno, quale che sia la norma ritenuta pertinente al caso.

Gli attori hanno invocato, come si accennava, anche l'art. 2050, ricostruendo l'attività di ENI nei termini di una attività pericolosa, per veder affermato il principio secondo cui chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.

A riguardo, la domanda attorea è tecnicamente insidiosa e dimostra l'evoluzione delle strategie di "attacco" proprie dello sviluppo, per prove ed errori, delle liti strategiche. Qui la prospettiva che il Tribunale dovrà giudicare è quella di ricostruire la posizione dei convenuti nei termini di una responsabilità aggravata, che, in quanto tale, si discosta dal modello generale dell'illecito aquiliano. A ciò conseguirebbe una inversione dell'onere della prova, fondato sulla presunzione di colpa a carico di ENI, in quanto esercente di un'attività qualificabile come pericolosa. In altri termini, per integrare la fattispecie, aperta e atipica, della pericolosità dell'attività, l'attore dovrebbe dimostrare che l'impresa convenuta è impe-

gnata in attività di natura "pericolosa"; mentre l'operatore economico, ove il Tribunale dovesse accogliere la tesi della riconduzione del caso all'art. 2050 cc., per liberarsi, dovrebbe dimostrare di aver adottato tutte le misure ragionevolmente possibili per evitare il danno.

Sul punto, vi è da attendersi che la decisione del Tribunale tenga in considerazione la definizione di attività pericolosa derivante dall'interpretazione giurisprudenziale, che la qualifica come quella attività che "per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati" si presenta come tale, senza invece proporre un elenco tipizzato di casi.

La giurisprudenza civile ha introdotto il concetto di pericolosità "per natura", di determinate azioni che hanno una pericolosità intrinseca: per esempio la produzione di energia elettrica, a causa dei rischi elevati connessi sia al contatto diretto con la rete sia ai guasti nella distribuzione, come sbalzi di tensione o cortocircuiti[13]; o la produzione, lavorazione e commercializzazione di sostanze esplosive o infiammabili, come la nitrocellulosa[14].

Di fianco a questo concetto, si ritrova quello della pericolosità "per la natura dei mezzi adoperati", riferibile a situazioni in cui l'attività rientra in quelle pericolose (non per le sue caratteristiche intrinseche, ma) a causa degli strumenti, macchinari o impianti utilizzati per il suo svolgimento, quando vi sia una "potenzialità lesiva notevolmente superiore al normale": come nel caso di lavori di scavo con mezzo meccanico[15]; attività di polizia in cui sia prevista la disponibilità di armi[16]; navigazione aerea in presenza di condizioni atmosferiche peculiari[17]; gestione di un maneggio per insegnamento di equitazione[18].

Considerate le attività svolte da ENI, la decisione sull'applicabilità o meno dell'art. 2050 c.c. non è affatto scontato e richiederà, con buona probabilità, un'analisi dettagliata anche di raffronto con i precedenti giurisprudenziali a cui si è fatto brevemente cenno.

In ultimo, il Tribunale dovrà anche confrontarsi con il richiamo all'art. 2051, norma per i danni arrecati dai beni di cui si abbia la custodia[19].

Diversamente dalle fattispecie di responsabilità precedentemente citate, nel caso vi sia un legame giuridico con la cosa che produce il danno, il custode risponde sempre direttamente, salvo che provi il caso fortuito. La giurisprudenza è unanime nel qualificare la responsabilità *ex* art. 2051 c.c. come responsabilità oggettiva, che prescinde completamente da un'indagine sulla colpa (negligenza, imprudenza o imperizia) del custode[20]. L'art. 2051 c.c. fonda la responsabilità sulla mera sussistenza del rapporto di custodia e del nesso causale tra la cosa e il danno[21].

Il fondamento di tale responsabilità oggettiva, che non è collegato a specifiche norme di protezione violate, risiede in un

[13] Trib. Catania, 8 aprile 2025, n. 1966.
[14] Cass. civ., sez. III, 7 novembre 2019, n. 28626.
[15] Trib. Salerno, 20 maggio 2014, n. 2628.
[16] Cass. civ., sez. III, 17 luglio 2014, n. 21426; 30 novembre 2006, n. 25479.
[17] Cass. civ., sez. III, 19 luglio 2002, n. 10551.
[18] Cass. civ., sez. III, 27 novembre 2015, n. 24211; 12 gennaio 2015, n. 7093; Cass. civ., sez. III, 9 marzo 2010, n. 5664; 19 luglio 2008, n. 20063; 17 ottobre 2002, n. 14743.
[19] Si rammenta in dottrina che il danno non scaturisce dalla cosa, ma è arrecato "con" la cosa, perché il danno si verifica se la direzione e il controllo sulla cosa sono state inadeguate e le conseguenze dell'azione sarebbero state evitabile in condizioni diligenti del custode, V. ancora P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, 1961, 196.
[20] *Ex multis*, Cass. civ., sez. VI, 1° dicembre 2022, n. 35415.
[21] *Ex multis*, Cass. Civ., sez. III, 25 maggio 2023, n. 14526.

criterio di allocazione del rischio: il soggetto che ha il "governo" della cosa è chiamato a rispondere dei danni che essa produce.

Dunque, la responsabilità del custode del bene che produca danno, ha un perimetro di rischio maggiore di quella configurabile sia ai sensi dell'art. 2043 c.c. sia ai sensi dell'art. 2050, che richiede al danneggiato di provare, tra l'altro, la colpa e il nesso di causalità rispetto alla condotta del danneggiante.

Nello specifico, l'art. 2051 c.c. sanziona la condotta di chi abbia un potere di controllo sulla cosa e ometta di predisporre le misure di sorveglianza per evitare che essa produca danni a situazioni soggettive tutelate dall'ordinamento[22].

La giurisprudenza civile applica l'art. 2051 c.c. anche nel caso di attività di impresa, ritenendo che l'imprenditore debba controllare i rischi e rispondere delle conseguenze dannose delle "cose" di cui dispone[23]. La casistica a riguardo è piuttosto variegata: si afferma, tra l'altro, la responsabilità dell'impresa che gestisce un locale aperto al pubblico per i danni causati da acqua presente sui pavimenti; quella del gestore di un'area gioco per infortunio ai bambini[24]; vi sono anche casi che presentano maggiori tratti di potenziale analogia con quello di specie, come la responsabilità affermata per i gestori di grandi infrastrutture, ritenuti "custodi", per esempio, del manto stradale e delle relative pertinenze[25].

3. L'elemento soggettivo.

L'elemento soggettivo, come si evince da quanto esposto sopra, dipende dalla fattispecie che si consideri. I sistemi di responsabilità civile extracontrattuale presuppongono, difatti, diverse forme di imputabilità del fatto in capo al danneggiante, che dipendono dalla posizione (giuridica) nella quale questi si trovi rispetto all'evento dannoso.

Ove non si verta in ipotesi di responsabilità oggettiva, come nel caso dello svolgimento di attività pericolose, o in quello della responsabilità (aggravata) per cose in custodia, i criteri di determinazione soggettiva della responsabilità dell'agente sono però riconducibili agli ordinari parametri della responsabilità aquiliana.

Nel campo del danno all'ambiente generato da emissioni che contribuiscono ad innalzare il livello della temperatura del Pianeta, l'elemento soggettivo è da sempre segnalato come particolarmente problematico, in ragione della difficoltà di configurare quanto meno una "colpa" nel soggetto agente, a fronte di una condotta che non si ponga in violazione di norme vincolati e per il fatto di ravvisare una sorta di "colpa" diffusa e indifferenziata in ogni condotta riconducibile all'attività umana.

Sul punto assume particolare interesse il ragionamento svolto dalla Corte Internazionale di Giustizia con il parere consultivo n. 3623 del 23 luglio 2025 in tema di "Obblighi degli Stati in materia di Cambiamento Climatico", reso all'Assemblea generale delle Nazioni Unite[26].

[22] Si rammenta in dottrina che il danno non scaturisce dalla cosa, ma è arrecato "con" la cosa, perché il danno si verifica se la direzione e il controllo sulla cosa sono state inadeguate e le conseguenze dell'azione sarebbero state evitabile in condizioni diligenti del custode, V. ancora P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, 1961, 196.

[23] Corte App., Reggio Calabria, sez. I, 28 giugno 2017, n. 621.

[24] Trib. Perugia, 16 giugno 2025, n. 733/2018.

[25] Trib. Forlì, 10 novembre 2022, n. 987/2022.

[26] Per un'analisi, si rinvia a T. Scovazzi, *Il parere consultivo della Corte Internazionale di Giustizia sul cambiamento climatico*, in *RGA Online*, n. 68/2025.

Sebbene il parere riguardi la responsabilità delle istituzioni, esso contiene affermazioni di portata più generale, che potrebbero suggerire alcuni ripensamenti sia sul tema dell'imputabilità delle condotte sia sul nesso di causalità.

In particolare, la Corte conclude che la responsabilità per le violazioni degli obblighi ai sensi dei Trattati sul cambiamento climatico, e in relazione alle perdite e ai danni associati agli effetti avversi del cambiamento climatico, deve essere determinata applicando le norme consolidate sulla responsabilità degli Stati ai sensi del diritto internazionale consuetudinario e che, in tema di nesso di causalità, l'atto illecito in questione non sarebbe l'emissione di gas a effetto serra di per sé, ma la violazione degli obblighi convenzionali e consuetudinari.

Se tale considerazione valesse anche nel percorso logico giuridico di verifica di responsabilità delle imprese, potrebbe configurarsi una sorta di responsabilità soggettiva *in re ipsa* ove si ritenesse di attribuire alle previsioni del diritto internazionale consuetudinario un'efficacia anche verticale, capace di determinare obblighi anche nei confronti degli operatori economici.

In più, sul nesso di causalità, la Corte affronta la problematica relativa alla difficoltà di invocare la responsabilità nel contesto del cambiamento climatico, dato che la condotta illecita è di natura cumulativa, coinvolgendo l'azione (o l'omissione) di diversi soggetti. In argomento, la Corte precisa che il fatto che il danno climatico è il risultato di cause concorrenti non esonera i soggetti agenti da qualsiasi obbligo riparatorio, purché sussista "*un nesso causale sufficientemente diretto e certo tra un'azione o omissione illecita presunta e il danno presunto sia sufficientemente flessibile da affrontare le sfide che sorgono rispetto al fenomeno del cambiamento climatico*". Per accertare questo nesso di causalità che potremmo definire "specifico", è ritenuto decisivo il contributo di analisi scientifiche, che processualmente comportano un onere della prova particolarmente rigoroso e l'eventuale utilizzo degli strumenti di approfondimenti istruttorio tipici di ciascun giudizio.

Sono dunque la c.d. "prove scientifiche"[27] ad essere dirimenti, dal punto di vista della rimproverabilità della condotta: esse determinano se sussiste un collegamento giuridicamente qualificato tra fatto e danno, rilevando se un danno significativo al sistema climatico è stato causato come risultato delle emissioni antropogeniche di gas a effetto serra (anche) imputabili ad un certo soggetto che abbia violato le norme del diritto internazionale consuetudinario o i parametri connessi ai propri oneri e responsabilità.

Quanto anticipato comporta che l'elemento soggettivo per ravvisare un danno da responsabilità extracontrattuale in capo ad un'impresa dipenda dalla norma che si consideri applicabile al caso, dalla presenza di nessi, scientificamente provati, tra azione e danno e dalla possibilità, quindi, di ravvisare elementi di colpa, eventualmente *in re ipsa*, derivanti dalla violazione di parametri

[27] In relazione al contenzioso climatico, tra gli altri, S. Spuntarelli, *Contenzioso climatico e sapere scientifico*, in *AmbienteDiritto.it*, 1/2023, 52 ss.; M.F. Cavalcanti, *Fonti del diritto e cambiamento climatico: il ruolo dei dati tecnico-scientifici nella giustizia climatica in Europa*, in *dpceonline.it*, Sp-2/2023, 329 ss. In dottrina si è di recente osservato che ciò che rileva "non è la presa d'atto della sempre più intensa penetrazione delle conoscenze fornite dalla scienza nell'ambito della regolazione, quanto piuttosto la questione relativa all'individuazione del punto di equilibrio fra la rigidità dei vincoli dettati dalla scienza e la flessibilità che deve caratterizzare le scelte effettuabili dal regolatore pubblico.", così A. Bonomo, *L'approccio* science-based *sul cambiamento climatico: quale spazio per il decisore pubblico?*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2024, 54.

normativi che avrebbero dovuto essere considerati dal soggetto agente.

4. Riflessioni conclusive alla luce degli artt. 9 e 41 della Costituzione.

L'ordinanza della Corte riporta un passaggio significativo delle tesi attoree che consiste nell'affermare che la limitazione della libertà di determinare la politica aziendale deriverebbe anche dell'art. 9 comma 3 della Costituzione, che prevede una responsabilità intergenerazionale in funzione della tutela dell'ambiente, che impone anche all'autorità giurisdizionale di sindacare il rispetto dell'obbligazione climatica anche ai sensi della nuova formulazione dell'art. 41 della Costituzione, secondo cui l'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da arrecare danno alla salute e all'ambiente.

Senonché, un conto è affermare che, in ragione della riforma costituzionale, lo Stato debba adottare politiche di intervento pubblico volte ad orientare i fattori produttivi verso il raggiungimento di obiettivi che trascendono la semplice competizione tra le imprese[28], altro conto è sostenere che dalle medesime norme derivino auto-vincoli per le imprese, responsabili di una generica obbligazione climatica a fronte della necessità di tutelare gli interessi delle future generazioni.

Infatti, la giurisprudenza della Corte costituzionale mostra una attenta ricostruzione delle implicazioni giuridiche delle modifiche introdotte agli artt. 9 e 41 Cost., ritenendo che sussista un preciso dovere per le generazioni attuali di preservare le condizioni per le generazioni future, anche come "limite esplicito alla stessa libertà di iniziativa economica privata"[29], ma rivolge il suo sindacato alla normativa interna per armonizzarla ai principi costituzionali vigenti: il bilanciamento tra interessi economici e altri interessi primari, tra cui l'ambiente e la salute, viene cioè preso in esame con riferimento all'attività legislativa, nel rispetto della quale va ad essere svolta l'attività di impresa. Non vale cioè il contrario; nel senso che gli art. 9 e 41 della Cost. se vincolano lo Stato, non sono (ancora) interpretati come dotati di effetto diretto verticale, nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento e a prescindere dal tramite del loro recepimento in previsioni di diritto positivo conformate alla logica sottesa alla riforma della Costituzione. In altri termini "*Il livello di sacrificio (dell'ambiente, n.d.r.) considerato come tollerabile in vista dell'esigenze della soddisfazione di un bisogno è l'esatta espressione del giudizio di sostenibilità individuato per legge*"[30].

Il condizionamento che le nuove norme proiettano anche sulla libertà di iniziativa economica non può (e non deve) sfuggire al principio di legalità e alla prevedibilità delle condotte attese dalle imprese, la cui azione, se non limitata da previsioni di legge, deve potersi svolgere secondo valutazioni proprie dell'autonomia privata.

Da qui, la dottrina ha segnalato la necessità di applicare, anche alla tutela dell'ambiente, pur a fronte del riconoscimento di diritti umani risarcibili connessi ai fenomeni

[28] E. Parisi, *Il principio di sviluppo sostenibile nell'ordinamento altruista*, Napoli, 2025, 74 ss., anche per gli ampi riferimenti dottrinali.

[29] Corte Cost., 20 dicembre 2022, n. 254.

[30] E. Parisi, *Il principio di sviluppo sostenibile nell'ordinamento altruista*, cit., 153.

di deterioramento dell'ambiente e del clima, quella logica del contemperamento degli interessi che la stessa Costituzione avalla[31].

L'art. 41 Cost. non è norma in grado di attribuire diritti che comprimano la libertà economica senza l'intermediazione di una fonte legale.

Così parrebbe rilevante, per individuare limitazioni dell'attività di impresa, invece del parametro costituzionale, la regola del *do not significant harm*, che è richiamata, tra l'altro, nell'art. 452-*bis* del codice penale, per determinare la condotta produttiva del danno ambientale, qualificato in termini di deterioramento significativo e misurabile di acqua, aria, suolo, ecosistemi e biodiversità.

Così, se ad un lato vi è la possibilità che sia la legge a delimitare nuovi ambiti di responsabilità d'impresa anche in relazione all'obbligazione climatica, dall'altro lato vi è comunque il presidio di tutela figurato, in termini generali, dalle norme sanzionatorie. Proprio in quest'ottica si conferma l'attualità della decisione fornita dalla Corte Costituzionale nel noto caso Ilva, rammentando che "*Spetta certamente al potere politico amministrativo stabilire, in conformità ai principi costituzionali (art. 41, primo, secondo e terzo comma) regime, limiti e vincoli relativi ad attività di per sé non solo lecite ma socialmente utili e necessarie, ancorché genericamente "pericolose", come la produzione industriale, in particolare la produzione della grande industria dell'acciaio, con i suoi corollari di occupazione e di sviluppo dell'economia nazionale. D'altra parte, spetta certamente al potere giudiziario perseguire e reprimere le condotte violatrici di norme e lesive di diritti delle persone, con i corollari dei poteri cautelari e preventivi attribuiti all'autorità giudiziaria*"[32].

Ciò comporta che l'attività di impresa sia guidata verso le necessità di protezione dell'ambiente, nell'ottica proprio del principio di sviluppo sostenibile, ma entro parametri certi compatibili con l'autonomia imprenditoriale e con il sistema economico costituzionale del c.d. liberismo condizionato[33].

[31] G. Scarselli, *Per una corretta lettura della recente ordinanza delle Sezioni Unite,* cit.: "La tutela dell'ambiente, pure sacrosanto, non può spingersi fino al punto di impedire l'attività industriale ed economica del paese, non può spingersi fino al punto di comprimere il diritto del lavoro, e perfino i diritti di libertà delle persone garantiti in tutte le democrazie occidentali. Alla fine, qualcuno dirà che non si potrà più prendere l'aereo o girare in automobile; qualcuno arriverà ad immaginare una nuova vita in nuove città, divise in quartieri, e in ogni quartiere tutti i beni essenziali, e nessuno, a tutela dell'ambiente, potrà più uscire dal proprio quartiere", 8.

[32] Ci si riferisce a Corte cost. 9 maggio 2013, n. 8. La pronuncia ha suscitato importante riflessioni intorno al principio della separazione dei poteri e alla relazione tra diritto e politica. Tra i commenti più significativi si citano V. Onida, *Un conflitto tra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013; D. Pulitanò, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, *ivi*, 1498 ss.; R. Bin, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, in *Giur. cost.*, 2013, 1505 ss.; M. Boni, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva (n. 85/2013)*, in *Federalismi.it*, n. 3/2014. Più di recente, il tema è stato affrontato alla luce della pronuncia resa sul medesimo caso da C. giust., Grande Sez., 25 giugno 2024, in C-626/22, da F. Trimarchi Banfi, *Politica e diritto: il caso Ilva*, in *Dir. amm.*, 2025, 58 ss. Secondo M. Cecchetti, la revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente, La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2021, 11 ss., la riforma costituzionale del 2022 porterebbe a riconsiderare necessariamente l'assetto del bilanciamento proposto dalla Corte costituzionale nel 2013. Parimenti si veda A. Morrone, *L'ambiente in Costituzione. Premesse per un nuovo "contratto sociale"*, in Aa.Vv., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Atti del convegno del 29 gennaio 2022, Napoli, 2022, 9.

[33] Ancora in argomento, E. Parisi, *Il principio di sviluppo sostenibile nell'ordinamento altruista*, op. cit., 143 ss., dove il principio di

Diverso, invece, l'impatto delle norme costituzionali sulle pubbliche amministrazioni, che, in quanto istituzioni che danno corpo allo Stato, subiscono la precettività del dato costituzionale in maniera certamente più ampia e sono tenute ad effettuare un continuo bilanciamento tra iniziativa economica (soggetto a autorizzazioni o controlli), utilità sociale e interessi ambientali[34].

In sostanza, il nuovo art. 41 Cost. enuclea una vera e propria funzione pubblica "*traducibile nell'individuazione del limite tollerabile al pregiudizio prodotto dall'iniziativa nei confronti degli elementi altri rispetto all'operazione economica*"[35]. Ma, appunto, di funzione pubblica pur sempre si tratta, perché è nella sede delle valutazioni istituzionali che può compiersi il bilanciamento di cui si è detto, stabilendo vincoli e confini all' "eseguibilità" dell'interesse meramente economico.

E, di fatti, anche la giurisprudenza amministrativa che si appiglia al principio di sviluppo sostenibile, richiamando pure l'interesse delle future generazioni[36], per giustificare decisioni amministrative di rilevante impatto sull'attività economica e comunque limitative dei diritti proprietari, lo fa esaminando la ragionevolezza di provvedimenti pubblici controversi, ma mai estendendo le proprie argomentazioni fino a immaginare un auto-limite che gli operatori economici dovrebbero imporsi per dirigere le proprie azioni nel senso indicato, in astratto, nell'art. 41 Cost., ove ciò non sia recepito in previsioni di legge o provvedimenti amministrativi *ad hoc*.

Non pare possano condurre ad una interpretazione differente nemmeno gli artt. 3-*ter* e 3-*quater* del Codice dell'ambiente che, pur affermando la necessità che anche gli enti privati ispirino la propria azione ai principi della precauzione, dell'azione preventiva e della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, oltre che al principio "chi inquina paga" e al principio di sviluppo sostenibile, hanno efficacia precettiva una volta che siano tradotti in norme.

Sara Valaguzza

---

sviluppo sostenibile viene definito come "costituzionalizzato" e associato ai "connotati procedurali di un criterio di bilanciamento tra interessi, applicabile laddove venga in rilievo un'operazione di rilevanza economica capace di generale un impatto sul contesto sociale e ambientale di riferimento e consistente nell'attribuzione di un peso a interessi altri da quello economico-concorrenziale.", 143.

[34] Ampiamente sul punto, E. Parisi, *Il principio di sviluppo sostenibile nell'ordinamento altruista*, cit., 172 ss.

[35] E. Parisi, *Il principio di sviluppo sostenibile nell'ordinamento altruista*, cit., 172.

[36] Per esempio, Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2020, n. 8502; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 6 aprile 2021, n. 877; Tar Campania, sez. VIII, 4 marzo 2024, n. 1463.

2. Criteri ambientali minimi ed eterointegrazione della *lex specialis* di gara (nota a TAR Napoli, sez. I, 15 gennaio 2025, n. 427)

Sommario: 1. Premessa: le questioni giuridiche affrontate dalla sentenza. – **2.** Il quadro normativo e giurisprudenziale in cui si inserisce la pronuncia in commento. – **3.** La decisione del TAR Napoli. – **4.** Considerazioni critiche e possibili soluzioni interpretative.

1. Premessa: le questioni giuridiche affrontate dalla sentenza.

Con la sentenza in commento, la prima sezione del TAR Napoli si è pronunciata su due questioni problematiche riguardanti l'attuazione della normativa in materia di criteri ambientali minimi (d'ora in avanti, c.a.m.).

La prima questione riguarda la sussistenza o meno di un onere di immediata impugnazione del bando di gara nell'ipotesi in cui quest'ultimo non contenga alcun riferimento alle specifiche tecniche, alle clausole contrattuali e ai criteri premiali contenuti nei decreti ministeriali recanti i c.a.m.

La seconda, più complessa e problematica, attiene alle conseguenze del mancato inserimento dei c.a.m. nella *lex specialis*.

2. Il quadro normativo e giurisprudenziale in cui si inserisce la pronuncia in commento.

Prima di analizzare la sentenza in commento, è opportuno esaminare il quadro normativo e giurisprudenziale in cui essa si colloca.

L'art. 57, comma 2, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (codice dei contratti pubblici) sancisce l'obbligo per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti di inserire nella documentazione progettuale e di gara le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei c.a.m., definiti per categorie di contratti con decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica.

La definizione a livello ministeriale di determinati standard di sostenibilità ambientale ed energetica si pone l'ambizioso obiettivo programmatico di limitare l'uso delle risorse naturali e di sostituire le fonti energetiche non rinnovabili con fonti rinnovabili, nonché di ridurre la produzione di rifiuti, delle emissioni inquinanti e dei rischi

ambientali, nell'interesse della collettività e delle generazioni future.

I c.a.m. consistono concretamente in indicazioni tecniche, di natura eminentemente ambientale, che le pubbliche amministrazioni devono prendere in considerazione nel momento in cui definiscono le specifiche della prestazione oggetto della gara, nonché ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa[1].

Il processo di determinazione dei c.a.m. è stato avviato dalla legge 27 dicembre 2006 n. 296, con la quale è stata prevista l'adozione del Piano nazionale d'azione sul *green public procurement* (c.d. PAN GPP) da parte del(l'allora) Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (poi Ministero della transizione ecologica e, oggi, Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica).

Con decreto dell'11 aprile 2008, quest'ultimo Ministero, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze e con il Ministero dello sviluppo economico, ha approvato il PAN GPP, individuando i settori merceologici di intervento prioritario per la tutela dell'ambiente (arredi, materiali da costruzione, manutenzione delle strade, gestione del verde pubblico, illuminazione e riscaldamento, elettronica, tessile, cancelleria, ristorazione, materiali per l'igiene, trasporti) in relazione ai quali definire i c.a.m.[2].

Il legislatore ha gradualmente imposto l'applicazione dei c.a.m nelle procedure preordinate all'affidamento di contratti pubblici[3], con il duplice fine di ridurre gli impatti ambientali e di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, favorendo, in tal modo, l'occupazione "verde"[4].

Dapprima, è intervenuto l'art. 18 della legge 28 dicembre 2015, n. 221, che ha introdotto l'art. 68-*bis* nel d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (cd. "codice De Lise"), sancendo l'obbligo di inserire nei documenti di gara le specifiche tecniche e le clausole contrattuali previste nei c.a.m. di alcuni settori come l'illuminazione pubblica, le attrezzature elettriche ed elettroniche, i servizi energetici per gli edifici pubblici[5].

Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, come riformato ad opera del primo correttivo di cui al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56[6], aveva stabilito espressamente che tale ob-

[1] A titolo di esempio, si può menzionare il d.m. MASE del 7 febbraio 2023, che definisce i c.a.m. nel settore tessile. Esso prevede che le amministrazioni acquistino prodotti tessili con determinate specifiche tecniche (tessuto riciclabile o costituito da fibre naturali; assenza di sostanze pericolose; tessuti lavabili a basse temperature; indumenti riutilizzabili; tessuti con elevata resistenza ai lavaggi e all'usura ecc.) e che inseriscano nei bandi taluni sub-criteri premianti di natura ambientale (tessuti biologici; servizi post-vendita di riparazione, riciclo e riuso; utilizzo di fibre tessili riciclate; filiera produttiva responsabile ecc.). Il d.m. in parola indica anche le modalità per la verifica delle caratteristiche tecniche dichiarate dagli operatori economici nell'offerta, come il possesso di una eco-etichetta (ad. esempio, il marchio Ecolabel), la presenza di rapporti di prova o autodichiarazioni del produttore).

[2] Il PAN GPP è stato da ultimo aggiornato il 3 agosto 2023, con decreto del MASE, di concerto con il Ministro delle Imprese e del Made in Italy e con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, alla luce dei più recenti atti di indirizzo europei e delle intervenute novità giuridiche.

[3] Per un'analisi approfondita del percorso di funzionalizzazione dei contratti pubblici all'obiettivo dello sviluppo sostenibile, anche attraverso il «sistema dei criteri ambientali minimi», v., *ex multis*, E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, 2021; spec. 234 ss.

[4] Sul punto v. Cons. Stato, sez. V, 5 agosto 2022, n. 6934, secondo cui i criteri ambientali minimi contribuiscono a «connotare l'evoluzione del contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica».

[5] Per completezza espositiva, è opportuno ricordare che, prima ancora, lo stesso d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 prevedeva, al primo comma del previgente art. 68, che, ove possibile, dovessero essere tenuti in considerazione gli aspetti di tutela ambientale nell'individuazione delle specifiche tecniche.

[6] Si veda T. Cellura, *L'applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici. Gli acquisti verdi dopo il correttivo al nuovo codice degli appalti (d.lgs. n. 56/2017)*, Rimini, 2018.

bligo si applicasse agli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei c.a.m. adottati in attuazione del vigente Piano d'azione.

Infine, la disciplina dei c.a.m. ha trovato conferma nel codice vigente (d.lgs. n. 36/2023), che impone alla pubblica amministrazione l'obbligo di inserimento nella documentazione progettuale e di gara «almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica» (art. 57, comma 2).

La citata disposizione è applicabile a tutti i contratti pubblici, riferendosi esplicitamente sia alle stazioni appaltanti sia agli enti concedenti, a prescindere dal loro valore[7].

La stessa norma prevede che le amministrazioni aggiudicatrici «valorizzino economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai c.a.m.»: in altre parole, si impone alla pubblica amministrazione l'obbligo di considerare i fattori ecologici e ambientali nella valutazione delle offerte, modulando discrezionalmente il peso da attribuire a ciascuno di essi in base ai principi di adeguatezza e proporzionalità.

L'attuazione della normativa in materia di c.a.m. ha posto rilevanti problematiche, soprattutto di carattere processuale, ed è stata oggetto di un ampio dibattito in giurisprudenza, che ha tentato di far luce su alcuni aspetti controversi.

Una prima questione riguarda l'ammissibilità o meno dell'immediata impugnazione della *lex specialis* volta a contestare l'omesso inserimento nella medesima delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei c.a.m.

Secondo un primo orientamento – più recente e, ad oggi, minoritario – il bando di gara privo di riferimenti ai c.a.m. impedirebbe la formulazione di "offerte consapevoli" da parte dei concorrenti e, pertanto, deve essere impugnato in via diretta ed immediata.

I sostenitori di questa tesi ritengono che, se la violazione dei principi in materia ambientale risulti già immediatamente evidente e percepibile al momento dell'indizione della gara, posporre l'impugnazione della *lex specialis* al momento dell'aggiudicazione si porrebbe in contrasto con i doveri di leale collaborazione, correttezza e buona fede (che governano sia i rapporti sostanziali sia quelli processuali)[8], nonché con i principi di economicità dell'azione amministrativa e di legittimo affidamento[9].

[7] V'è da notare che l'art. 57, comma 2, d.lgs. 36/2023 non riporta il terzo comma del previgente art. 34, in forza del quale l'obbligo di contribuire al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal PAN GPP vigeva per gli affidamenti di qualunque importo, introducendo in tal modo un elemento di incertezza. Tuttavia, è ragionevole ritenere che la normativa in tema di c.a.m. si applichi anche ai contratti di importo inferiore alla soglia europea: a sostegno di tale interpretazione si pongono sia la collocazione dell'art. 57 nella Parte II del Libro II – dedicata agli istituti e alle clausole comuni degli appalti – sia la previsione di cui all'art. 48, comma 3, in base al quale «ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate […], le disposizioni del codice».

[8] Sul punto, v., in particolare, M.G. Pulvirenti, *Considerazioni sui principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica,* in *Dir. econ.*, 2023, 130: «anche nel processo amministrativo le parti devono agire secondo buona fede. È questo il senso innanzitutto del richiamo ai doveri di lealtà e probità nel codice di procedura civile (art. 88, comma 1 c.p.c.) … Si tratta di una norma evidentemente applicabile al processo amministrativo per via del rinvio alle norme "compatibili" e alle disposizioni "espressione di principi generali" del codice di rito civile (art. 39, comma 2 c.p.a.)».

[9] Questo orientamento è stato espresso, da ultimo, da TAR Lazio, Roma, sez II-*ter*, 4 dicembre 2024, n. 21878, secondo cui «posporre l'impugnazione della *lex specialis* fino al momento dell'aggiudicazione non solo non risulta coerente, ma si pone anche

Tale indirizzo interpretativo sembra ricondurre l'omesso inserimento dei c.a.m. nella *lex specialis* alle fattispecie di «gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta» ovvero ai casi eccezionali di clausole impositive di «obblighi *contra ius*»[10].

Secondo un diverso (e prevalente) indirizzo interpretativo la mancata previsione dell'obbligatorietà dei c.a.m. da parte del bando, non impedendo la partecipazione alla gara e la presentazione dell'offerta, non comporta l'onere di immediata impugnazione del bando stesso[11].

Seguendo quest'ultimo orientamento un ricorso diretto ad impugnare direttamente il bando per omesso inserimento dei c.a.m. sarebbe inammissibile per carenza di interesse ad agire.

Siffatta interpretazione risulta convincente, poiché i requisiti dell'attualità e della concretezza rappresentano parti integranti e ineliminabili dell'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.)[12], da ritenersi sussistenti soltanto a fronte di clausole del bando escludenti o impeditive della presentazione di offerte: clausole che la giurisprudenza qualifica come tali quando limitano o rendono estremamente difficoltosa la partecipazione alla gara[13].

In effetti, anche in presenza di un bando incompleto, non è possibile escludere a priori che una delle imprese partecipanti possa comunque presentare un'offerta conforme ai c.a.m., riuscendo così ad aggiudicarsi la gara.

D'altronde, la mancata previsione dell'obbligo di presentare offerte conformi ai c.a.m. – lungi dall'impedire o rendere estremamente difficoltosa la presentazione delle offerte – potrebbe addirittura essere considerato vantaggioso dalle imprese sotto il profilo tecnico ed economico, favorendo quindi una maggiore partecipazione alla gara[14].

Di maggiore complessità e rilevanza è il dibattito in merito alle conseguenze del

in contrasto con il dovere di leale collaborazione e con i principi di economicità dell'azione amministrativa e di legittimo affidamento». In termini, cfr. TAR Lazio, Roma, sez II-*ter*, 6 marzo 2024, nn. 4493, 4494 e 4495; TAR Puglia, Bari, Sez. II, 28 maggio 2024, n. 675; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 2 dicembre 2024, n. 6698.

[10] Così TAR Lazio, Roma, n. 21878/2024 cit., richiamando TAR Campania, Napoli, sez. IV, 4 maggio 2023, n. 2729.

[11] V., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2021, n. 972, secondo cui la violazione dei previgenti artt. 34 e 71 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in tema di c.a.m., non impone l'immediata impugnazione del bando di gara, non ricadendosi nei casi eccezionali di clausole escludenti o impeditive che consentono l'immediata impugnazione della *lex specialis* di gara. Più in particolare, secondo il ragionamento della V sezione, la partecipazione alla gara in un'ipotesi del genere non può considerarsi acquiescenza alle regole di gara; non può cioè essere qualificata come un *venire contra factum proprium*. In termini analoghi, Cons. Stato, sez. III, 2 novembre 2023, n. 9398; 20 marzo 2023, n. 2795; 30 dicembre 2024, secondo cui il mancato inserimento dei c.a.m. nella *lex specialis* non incide sulla formulazione dell'offerta, né in termini di impossibilità assoluta né in termini di condizionamento relativo.

[12] D'altronde, quando il legislatore ha inteso introdurre nel settore dei contratti pubblici una specifica ipotesi di onere di immediata impugnazione, a prescindere dalla sussistenza di un interesse ad agire attuale e concreto, ha avvertito la necessità di farlo tramite un'espressa previsione normativa: il riferimento è al previgente art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., su cui sia consentito rinviare a G. Taglianetti, *La disciplina dei termini per ricorrere nel rito speciale in materia di contratti pubblici tra certezza e giustizia: considerazioni a margine dell'ordinanza della Corte di giustizia UE, 14 febbraio 2019, C-54/18,* in *Riv. giur. ed.*, n. 3/2019, 485 ss.

[13] Per un'elencazione delle fattispecie rientranti nel *genus* delle clausole immediatamente escludenti, v. Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, in *Foro it.* 2019, III, 67; per un commento alla sentenza: S. Terracciano, *Immediata impugnazione dei bandi di gara: tra novità legislative e conferme giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1438 ss.; L. Bertonazzi, *Notarelle originali in tema di impugnazione dei bandi*, *ivi*, 2019, 959 ss.

[14] Si consideri la possibile differenza di costi che potrebbe emergere per i partecipanti qualora fossero obbligati a utilizzare prodotti e modalità di lavorazione imposti dai c.a.m., rispetto al caso in cui, invece, fossero liberi di scegliere tra materiali e pratiche esecutive alternativi. Tale differenza potrebbe influire in modo significativo sulla competitività economica delle offerte: l'obbligo di aderire ai c.a.m. potrebbe comportare un incremento dei costi, mentre la libertà di scelta consentirebbe una maggiore flessibilità, con il conseguente vantaggio di poter ridurre le spese di partecipazione.

mancato inserimento dei c.a.m. nella legge di gara, poiché riguarda il delicato equilibrio tra la tutela della concorrenza e il perseguimento di obiettivi ambientali.

Secondo un primo orientamento, invalso prevalentemente nella giurisprudenza di primo grado, l'obbligo di rispettare i criteri minimi ambientali deriva direttamente dall'articolo 57 del d.lgs. 36/2023, che costituisce norma imperativa e cogente, e dai decreti ministeriali in essa richiamati, i quali operano indipendentemente da una loro espressa e puntuale previsione negli atti di gara (cd. tesi della eterointegrazione normativa[15]).

Di conseguenza, l'omesso inserimento dei c.a.m. nella legge di gara non implica, di per sé, l'illegittimità della stessa[16].

A supporto di ciò è stato anche invocato il principio del risultato, che porrebbe l'accento «sull'esigenza di privilegiare l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica, prendendo in considerazione i fattori sostanziali dell'attività amministrativa, escludendo che la stessa sia vanificata, in tutti quei casi in cui non si rinvengano obiettive ragioni che ostino al suo espletamento»[17].

Da tale impostazione deriva che «anche in assenza di un'esplicita previsione nella *lex specialis*», da un lato, le imprese sono obbligate «*ex lege* ad offrire prodotti rispondenti ai c.a.m.»,[18] e, dall'altro, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a verificare la ri-

[15] Per una generale ricostruzione dei presupposti del ricorso all'eterointegrazione della legge di gara, v. Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3811, in *Foro amm. CdS*, 2013, p. 2062, ove si chiarisce che il meccanismo della eterointegrazione può operare soltanto in caso di lacune della legge di gara e non in caso di ambiguità interpretative del bando. Di talché, «solo nel caso in cui la stazione appaltante ometta di inserire nella disciplina di gara elementi previsti come obbligatori dall'ordinamento giuridico, soccorre il meccanismo di integrazione automatica in base alla normativa in materia, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli artt. 1374 e 1339 c.c., colmandosi in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione»; viceversa, prosegue la quinta sezione, «quando la legge di gara contiene disposizioni contrastanti con quanto normativamente previsto, non può disporsi l'esclusione dalla gara del concorrente che non abbia allegato quanto espressamente previsto dalla legge, dovendo tenersi conto che solo fondamentali esigenze di certezza del diritto e tutela della *par condicio* dei concorrenti possono impedire all'amministrazione di disattendere i precetti fissati nella normativa di gara dalla stessa formulata, in ossequio al principio di affidamento formalmente elevato al rango di principio generale dell'azione amministrativa dall'art. 1 comma 1, l. 7 agosto 1990 n. 241, che impedisce che sul cittadino possano ricadere gli errori dell'amministrazione». La dottrina ha da sempre manifestato forti perplessità in ordine alle ipotesi di inserzione automatica di clausole, nella misura in cui mettono a repentaglio le esigenze di certezza e conoscibilità delle condizioni di partecipazione, nonché l'affidamento dei partecipanti sulla loro completezza ed esaustività: per un approfondimento, cfr. E. Boscolo, *Il divieto di eterointegrazione del bando: certezza e stabilità della* lex specialis, in *Giur. it.*, 1, 2018, 173 ss.; G. Crepaldi, *Norme imperative di legge e principio di eterointegrazione del bando di gara*, in *Foro amm. CdS*, 2007, 568 ss.

[16] In questo senso, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 26 novembre 2024, n. 21224, secondo cui, in base all'attuale normativa, il bando di gara «deve reputarsi automaticamente eterointegrato dai menzionati criteri ambientali».

[17] TAR Napoli, sez. I, 15 gennaio 2024, n. 377, secondo cui ai fini dell'operatività dei c.a.m. è sufficiente un loro mero richiamo nella *lex specialis*: «l'onere di diligenza impone al concorrente di adeguare la propria offerta ai criteri ambientali minimi che la stazione appaltante non ha trascurato, e che l'operatore economico è così messo in grado di conoscere e valutare, per formulare un'offerta consapevole». In un simile contesto, proseguono i giudici partenopei, «apparirebbe ultroneo pretendere da parte della stazione appaltante la declinazione dei criteri ambientali minimi contenuti nella relativa normativa di legge, che si sostanzierebbe nell'obbligo meramente formale di riproduzione del suo contenuto, ogni qualvolta non sia dedotto e dimostrato che, con riferimento alla specificità dell'appalto o ad altre circostanze peculiari, una tale esigenza si imporrebbe, per l'impossibilità che il concorrente possa formulare un'offerta adeguata».

[18] TAR Venezia, sez. I, 18 marzo 2019, n. 329, che ha rigettato il ricorso rivolto avverso il bando di gara e l'aggiudicazione definitiva, ritenendo direttamente applicabili i criteri ambientali minimi anche in ipotesi di completa omissione dal bando di gara: «si deve ritenere che l'obbligo di rispettare i criteri minimi ambientali derivi direttamente dalla previsione contenuta all'art. 34 del d.lgs. n. 50/2016, che costituisce norma imperativa e cogente e che opera, pertanto, indipendentemente da una sua espressa previsione negli atti di gara».

spondenza delle offerte tecniche presentate alle prescrizioni previste nei decreti ministeriali applicabili in base all'oggetto della gara.

In base a questa lettura, non è irragionevole pretendere che un operatore economico sia a conoscenza dell'esistenza e del contenuto dei c.a.m. (in ossequio al principio *ignorantia legis non excusat*) e che, pertanto, adegui la propria offerta ai citati criteri, in conformità al canone dell'ordinaria diligenza *ex* art 1176 c.c.[19].

Di conseguenza, la presentazione di offerte non conformi ai decreti ministeriali e ai relativi allegati che stabiliscono i c.a.m. giustifica l'esclusione del concorrente, anche se il rispetto degli stessi non è stato espressamente previsto nella *lex specialis* della gara[20].

Ciò è possibile in forza del generale meccanismo di cui agli artt. 1339 e 1374 c.c.[21].

Un'ulteriore e importante inferenza logica di tale impostazione è che l'impresa ricorrente, qualora sia in grado di dimostrare che la propria offerta sia stata comunque formulata in modo da rispettare i c.a.m., nonostante il loro omesso richiamo nel bando, potrebbe ottenere in via giurisdizionale, oltre all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, anche l'aggiudicazione del contratto in sostituzione della impresa aggiudicataria, *ex* art. 122 c.p.a.

In sintesi, accedendo a questa prima impostazione ermeneutica, l'impresa partecipante è obbligata *ex lege* ad offrire prodotti rispondenti ai c.a.m., anche in assenza di esplicita previsione nella *lex specialis*, e, in caso di mancata aggiudicazione, potrebbe agire in giudizio contestando la mancata esclusione delle offerte difformi dagli stessi c.a.m. allo scopo di conseguire la commessa, soddisfacendo così direttamente il suo interesse finale (vale a dire la stipula del contratto e l'esecuzione dello stesso).

Secondo una diversa tesi, che potremmo definire "della necessaria caducazione della procedura di gara", l'inevitabile conseguenza del mancato inserimento dei c.a.m. nella *lex specialis* «è la caducazione dell'intera gara e l'integrale riedizione della stessa, emendata dal vizio in questione»[22].

Quest'ultimo orientamento intercetta le fondamentali esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa e, quindi, di stabilità e certezza del rapporto negoziale tra la pubblica amministrazione e l'impresa aggiudicataria, oltre che di tutela del legittimo affidamento dei concorrenti nell'esercizio legittimo del potere[23].

---

[19] Su questo specifico aspetto, risulta interessante quanto evidenziato nella pronuncia in commento: «la tematica della sostenibilità ambientale degli appalti è oramai entrata a far parte di una specifica professionalità dell'operatore economico interessato, il quale appronta risorse umane e strumentali per corrispondere ai dettami di legge volti alla preservazione dell'ambiente naturale nell'affidamento di contratti pubblici».

[20] A questo proposito, cfr. TAR Toscana, Firenze, sez. III, 20 febbraio 2020, n. 225, secondo cui la conformità dell'offerta alle caratteristiche ambientali obbligatorie deve «essere esattamente documentata, senza che sussista la possibilità del soccorso istruttorio».

[21] Come osservato da S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 12, «l'integrazione è fuori del contratto, ma al tempo stesso ne determina l'operare; il contratto è il suo oggetto, ma alla costruzione del proprio oggetto essa non manca di partecipare. Di ciò l'art. 1374 è testimonianza eloquente, nel suo apparente contrapporre due diverse fonti degli obblighi discendenti dal contratto: quanto in esso è espresso, da un canto, e la legge, gli usi e l'equità, dall'altro». In modo non dissimile, l'art. 1339 c.c. stabilisce che le clausole, i prezzi di beni e servizi, imposti dalla legge, sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione di clausole difformi. Ne deriva che i contraenti possano vedere estesi i loro reciproci obblighi oltre quelli espressamente pattuiti: ampiamente, sul punto C. Scognamiglio, *L'integrazione*, in *Trattato dei contratti,* a cura di P. Rescigno - E. Gabrielli, Torino, 2006, 1149 ss.

[22] Così, Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773, secondo cui la circostanza che l'offerta della società appellante non fosse rispettosa dei c.a.m. «non configura vizio finché detta offerta era conforme alla *lex specialis*».

[23] Sulla relazione esistente tra affidamento, presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo e certezza del

In base a questo indirizzo interpretativo la puntuale declinazione dei c.a.m. nella *lex specialis* consente alle imprese partecipanti di formulare un'offerta più consapevole e più aderente alle esigenze ambientali, a vantaggio anche dell'interesse generale della collettività; essa, inoltre, favorisce una più chiara definizione dei reciproci diritti ed obblighi contrattuali, assicurando, in un'ottica di risultato, una maggiore efficacia nell'attuazione delle politiche ambientali[24].

Per inciso, è interessante osservare come il principio del risultato sia stato richiamato a supporto sia della tesi della eterointegrazione normativa (TAR Napoli, n. 377/2024 cit., secondo cui la rinnovazione della gara per l'omesso inserimento dei c.a.m. nel bando comprometterebbe l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica) sia della tesi della necessaria caducazione del bando di gara (Cons. Stato, n. 4701/2024 cit., secondo cui la rinnovazione della gara e la puntuale declinazione dei c.a.m. nella *lex specialis* comporterebbero la presentazione di offerte più adeguate al conseguimento degli obiettivi ambientali).

Il che avvalora l'idea in base alla quale il principio del risultato non è un criterio interpretativo univoco e decisivo, bensì incerto e sussidiario, prestandosi a interpretazioni differenti e, talvolta, finanche contrapposte[25].

3. La decisione del TAR Napoli.

Nel contesto così delineato si inscrive la pronuncia in commento.

In sintesi, la fattispecie sottoposta al collegio riguarda una procedura di gara indetta dall'Azienda Ospedaliera di Rilevo Nazionale (AORN) dei Colli di Napoli, preordinata all'affidamento del servizio di conduzione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti tecnologici a servizio delle proprie strutture.

All'esito della gara una delle imprese partecipanti impugnava la *lex specialis*, unitamente all'aggiudicazione definitiva[26] e a tutti gli atti di gara, contestando il mancato inserimento dei c.a.m. applicabili all'oggetto dell'affidamento.

L'amministrazione resistente e l'impresa aggiudicataria hanno eccepito, tramite le rispettive memorie, la tardività del ricorso per mancata impugnazione del bando nel termine decadenziale di trenta giorni decorrenti dalla sua pubblicazione, nonché l'infondatezza nel merito del ricorso stesso.

Nell'esaminare l'eccezione di tardività, il TAR partenopeo si è limitato a richiamare la giurisprudenza del Consiglio di Stato (in particolare, la sentenza n. 2795/2023 cit.), secondo cui l'omesso recepimento dei

diritto cfr. G. Treves, *Presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936; M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, IV, 157 ss., spec. 187; F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, 2001; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; G. Mannucci, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023.

[24] In tal senso, v. Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701, secondo cui la tesi della "eterointegrazione" avrebbe l'effetto di spostare nella fase di esecuzione del contratto ogni questione relativa alla conformità della prestazione ai criteri ambientali, così contraddicendo la logica del risultato, che mira piuttosto ad una sollecita definizione, in termini di certezza e stabilità del rapporto negoziale. Secondo i giudici della III sezione «la genericità del richiamo a criteri semplicemente "non trascurati" attenua fortemente il relativo onere del partecipante».

[25] Per tale opinione, sia consentito rinviare a G. Taglianetti, *Contratti pubblici e principio del risultato. Profili sostanziali e processuali,* in *www.federalismi.it,* n. 14/2024, spec. 255 ss.

[26] Non è chiaro se quest'ultima fosse stata contestata per illegittimità derivata o anche per vizi propri.

c.a.m. nella legge di gara non integra un vizio tale da imporre l'immediata impugnazione del bando, non essendo preclusivo della partecipazione e non precludendo la formulazione delle offerte.

Su questo punto la decisione appare condivisibile, alla luce delle argomentazioni giuridiche già sviluppate *supra*, al precedente § 2.

Vale la pena aggiungere che, nel caso in esame, la società ricorrente aveva partecipato alla gara e presentato un'offerta conforme ai c.a.m. di riferimento, come sottolineato più volte dal TAR Napoli.

Ciò dimostra concretamente che l'assenza di tali c.a.m. nella *lex specialis* non aveva ostacolato la partecipazione delle imprese alla gara né la formulazione di un'offerta "consapevole".

Dunque, il collegio è passato ad esaminare «il principale motivo di ricorso», riguardante le conseguenze del mancato inserimento dei criteri ambientali minimi nella *lex specialis*.

Si è ritenuto, al riguardo, che il bando di gara, sebbene privo della concreta declinazione dei criteri ambientali minimi, non fosse illegittimo.

Sul punto, la sentenza in commento si è consapevolmente discostata dal consolidato orientamento del Consiglio di Stato in base al quale il mancato inserimento dei c.a.m. negli atti di gara postula necessariamente la caducazione della gara stessa.

I giudici della I sezione hanno motivato il rigetto del ricorso facendo riferimento alla peculiarità della fattispecie concreta, consistente nella circostanza che la ricorrente avesse comunque formulato un'offerta conforme ai c.a.m. di riferimento, nonostante il loro omesso richiamo nel bando[27].

Il che dimostrerebbe, secondo il ragionamento posto a base della decisione, che la denunciata incompletezza del bando non ha avuto «incidenza sostanziale e lesiva»; di conseguenza – prosegue il Collegio – lo stesso non può essere considerato illegittimo, anche in virtù del principio della fiducia, il quale «pone una presunzione di legittimità dell'azione amministrativa, superabile con fondati elementi di segno opposto, da cui trarre in maniera adeguata il convincimento dell'opacità dell'operato della p.a., tale da aver precluso al privato di poter compiutamente svolgere la propria attività».

Il giudice campano ha, quindi, invocato il principio della fiducia come criterio interpretativo della *lex specialis*, pur essendo quest'ultima regolata, *ratione temporis*, dal codice del 2016.

Ha così interpretato tale principio come «una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa».

A ben vedere, la pronuncia in esame, in continuità con la citata sentenza n. 377 del 2024 della medesima sezione, ha sposato la tesi dell'eterointegrazione normativa, seguendo un iter argomentativo basato non più sul principio del risultato, ma su quello della fiducia.

Siamo, dunque, di fronte all'elaborazione di una soluzione organica e meditata, dalla

[27] La conformità dell'offerta presentata dalla società ricorrente ai c.a.m. è stata più volte rimarcata dal giudice campano. In particolare, nel punto 3.6. si legge: «Come detto, la ricorrente non ha trascurato la rilevanza degli interessi in gioco, assumendo l'interesse sostanziale della stazione appaltante e facendolo proprio, nel formulare l'offerta … Tanto considerato, risulta quindi che il concorrente si sia premurato di formulare un'offerta collimante con le migliori tecniche di rispondenza all'osservanza dei criteri minimi ambientali, nella piena consapevolezza della materia e nella correlativa assunzione degli obblighi che ne derivano … Nel caso di specie, per quanto innanzi chiarito, emerge che la ricorrente abbia adeguato la propria offerta all'osservanza dei criteri minimi ambientali».

quale emergono molti spunti interessanti, ma anche diversi dubbi e aspetti critici.

4. Considerazioni critiche e possibili soluzioni interpretative.

Le maggiori perplessità si addensano sull'iter logico seguito dal TAR Napoli per risolvere la problematica concernente le conseguenze del mancato inserimento dei c.a.m. nella *lex specialis*.

Il Collegio afferma la necessità di esaminare «compiutamente la fattispecie sottoposta al suo esame, senza automatismi, avendo riguardo agli elementi del caso concreto e compiendo, ove necessario, una rinnovata valutazione» (pt. 3.4.)

Tale metodo di indagine è astrattamente condivisibile.

Invero, a parere di chi scrive, la caducazione della gara e la rinnovazione della stessa non rappresentano sempre la soluzione più adeguata per la tutela del ricorrente e dell'interesse ambientale coinvolto nella procedura di evidenza pubblica: a fronte dell'omesso inserimento dei c.a.m. nella legge di gara, la decisione di caducare o meno l'intera procedura concorsuale non può prescindere da una concreta analisi delle offerte presentate.

Tuttavia, ed è questo l'aspetto che desta maggiori perplessità, l'analisi dei giudici si è concentrata esclusivamente sull'offerta della società ricorrente, senza considerare quella dell'impresa aggiudicataria.

È, invece, attraverso l'analisi dell'offerta presentata dall'aggiudicataria che si può verificare se la denunciata incompletezza del bando abbia avuto o meno un'«incidenza sostanziale e lesiva».

La criticità della sentenza riguarda, quindi, l'ordine logico e metodologico nell'analisi delle offerte presentate in sede di gara: esaminando l'offerta della società ricorrente, il giudice ha compiuto una valutazione che, logicamente, sarebbe dovuta avvenire in via eventuale, solo dopo aver verificato la rispondenza ai c.a.m. dell'offerta della società controinteressata.

Invero, ad avviso di chi scrive, in simili controversie – in cui il ricorrente contesta il mancato inserimento dei c.a.m. nel bando di gara, impugnando il bando stesso, unitamente all'aggiudicazione definitiva e a tutti gli atti della procedura – il giudice amministrativo dovrebbe innanzitutto analizzare, dandone conto in motivazione, l'offerta presentata dall'impresa aggiudicataria, verificando se tale offerta sia o meno conforme ai c.a.m. di riferimento.

Si aprono, in tal modo, tre possibili scenari.

1. Qualora né l'impresa aggiudicataria né l'impresa ricorrente abbiano presentato offerte conformi ai c.a.m. l'annullamento del bando e dell'intera procedura di gara appare l'unica strada percorribile.

In tale ipotesi la normativa in tema di c.a.m. viene violata sia sotto il profilo formale (il bando di gara non contiene le specifiche tecniche e le clausole contrattuali recate dai decreti ministeriali, come prescritto oggi dall'art. 57, comma 2, d.lgs. n. 36/2023), sia sotto il profilo sostanziale (le offerte presentate dall'impresa aggiudicataria e dalla ricorrente non sono conformi ai c.a.m.); sicché l'annullamento del bando (e, "a cascata", dell'intera procedura di gara[28]) appare un esito inevitabile.

In tale fattispecie, per un verso, non si può procedere – com'è ovvio – all'aggiu-

[28] Sull'effetto caducante dell'annullamento del bando di gara determinato dalla mancata inclusione dei criteri ambientali minimi, cfr. Cons. Stato, sez. III, 11 ottobre 2024, n. 8171.

dicazione della gara in capo al ricorrente, residuando in capo a quest'ultimo soltanto l'interesse strumentale alla riedizione della gara; per altro verso, appare incongruo rigettare il ricorso limitandosi ad un mero richiamo della teoria della eterointegrazione, poiché, nell'ipotesi data, anche l'offerta presentata dall'impresa aggiudicataria non è conforme ai c.a.m.

2. Qualora, invece, emerga in giudizio il mancato rispetto dei c.a.m. da parte dell'impresa aggiudicataria e, al contempo, la conformità dell'offerta del ricorrente agli stessi c.a.m. il giudice dovrebbe accogliere il ricorso stabilendo se dichiarare o meno l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, *ex* art. 122 c.p.a. (ciò, naturalmente, a condizione che il ricorrente abbia presentato una idonea domanda in tal senso).

Nell'ipotesi testé prospettata, imporre a tutti i costi la rinnovazione della gara (anche in presenza di un'offerta conforme allo schema normativo di riferimento) avrebbe conseguenze inaccettabili, ponendosi in conflitto con il principio di buon andamento (e tempestività) dell'azione amministrativa, nonché con le esigenze di economia processuale (dato che la rinnovazione, anche solo parziale, della gara comporta il rischio di nuovo contenzioso), oltre che con il principio del risultato.

Quest'ultimo, infatti, può considerarsi realizzato se il contratto pubblico venga affidato direttamente (senza, cioè, la ripetizione della gara) all'impresa ricorrente che abbia ritualmente impugnato l'aggiudicazione definitiva dimostrando in giudizio (tramite schede tecniche e/o altra documentazione) di avere diligentemente formulato un'offerta conforme allo schema normativo di riferimento nonostante l'omesso inserimento dei c.a.m. nella *lex specialis*: il risultato avuto di mira dall'art. 57 del d.lgs. n. 36/2023 è rappresentato non già dall'inserimento formale nel bando delle clausole e delle specifiche tecniche previste nei decreti ministeriali, bensì dalla concreta attuazione delle politiche ambientali alle quali risulta funzionale la sostanziale conformità dell'offerta presentata dall'impresa aggiudicataria ai criteri ambientali minimi.

A questo proposito, lo stesso Consiglio di Stato ritiene, in linea di principio, ammissibile e giustificabile l'operatività della integrazione legale del bando laddove «il rispetto della norma eterointegrante sia indispensabile al fine di garantire il raggiungimento del risultato di interesse pubblico cui è preordinato lo svolgimento della gara»[29].

Di converso, l'adesione incondizionata alla tesi della rinnovazione (parziale o totale) della procedura di gara rischierebbe seriamente di vanificare il perseguimento degli obiettivi di sostenibilità: la caducazione e la rinnovazione della procedura illegittima, pur comportando il ripristino della legalità violata, si rivelerebbero non pienamente satisfattive per il ricorrente e per l'interesse pubblico perseguito in concreto dall'amministrazione, oltre a contraddire la *concezione soggettiva* della giurisdizione *amministrativa*[30].

[29] Cons. Stato, n. 7023/2018.

[30] Secondo un condivisibile indirizzo interpretativo, su cui sembra convergere la dottrina amministrativistica, il principio dispositivo e quello di effettività, che caratterizzano un processo ormai divenuto "di parti", impongono al giudice, in caso di graduazione dei motivi di ricorso, di dare prevalenza al risultato maggiormente satisfattivo per l'interesse del ricorrente piuttosto che all'interesse pubblico. In argomento, cfr. V. Caianiello, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979, spec. 24; R. De Nictolis, *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, in *www.federalismi.it*, n. 18/2010, spec. § 6; M. Ramajoli, *L'atto introduttivo del giudizio amministrativo tra forma e contenuto*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1051 ss. Sul tema, la sentenza n. 5 del 27 aprile 2015 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato funge da spartiacque: cfr., al riguardo, le osservazioni di E. Follieri, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, in *Giur. it*, 2015, 2192 ss.; L.R. Perfetti -

3. Resta infine da esaminare l'ulteriore ipotesi in cui emerga in giudizio la conformità ai c.a.m. dell'offerta presentata dall'impresa aggiudicataria.

In tale ipotesi la contestazione del bando di gara risulterebbe inammissibile per difetto di interesse ad agire, a prescindere dal contenuto dell'offerta presentata dal ricorrente.

In una simile circostanza sarebbe manifestamente iniquo annullare l'intera procedura di gara facendo ricadere sull'operatore economico diligente (l'impresa vincitrice della gara) un errore (vale a dire l'omesso inserimento dei c.a.m. nel bando di gara) commesso in primo luogo dalla stessa amministrazione.

Nelle ultime due fattispecie prospettate (in cui si ipotizza la presentazione in sede di gara di offerte conformi ai c.a.m.), l'applicazione di meccanismi di integrazione legale consente di conciliare gli obiettivi di sostenibilità ambientale con la tutela della concorrenza, comportando l'aggiudicazione del contratto in favore dell'impresa che abbia diligentemente formulato un'offerta conforme ai c.a.m. nonostante l'omesso inserimento di questi ultimi nella *lex specialis*.

Dunque, la tesi della rinnovazione e la tesi della etereointegrazione del bando di gara non sono necessariamente contrapposte.

L'adesione all'una o all'altra non dovrebbe dipendere da scelte aprioristiche, bensì da un'analisi minuziosa della legge di gara e delle offerte presentate dai concorrenti, oltre che dalle domande formulate dalle parti in giudizio.

La sentenza in commento, pur non risultando del tutto condivisibile per la sequenza logico-giuridica dell'analisi, riveste comunque una certa importanza, in quanto pone in luce la necessità di affrontare le problematiche legate al mancato inserimento dei c.a.m. nel bando di gara mediante un approccio analitico e privo di automatismi, valutando "caso per caso" le offerte presentate durante la gara.

Giuliano Taglianetti

G. Tropea, *"Heart of darkness": l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 218 ss.

3. *Do not significant harm* e neutralità climatica

Sui principi del *do not significant harm* e della neutralità climatica: alcune riflessioni a margine del Green Deal europeo

Sommario: 1. Inquadramento del tema. – **2.** I "nuovi" principi ambientali derivanti dal GD: la neutralità climatica e il DNSH. – **2.1.** (*segue*) l'azione del principio di neutralità climatica. – **3.** Il principio DNSH *at a glance*: funzioni e caratteristiche. – **3.1.** (*segue*) e il suo perimetro applicativo. – **4.** Il DNSH nel settore dei contratti pubblici. – **5.** Il principio DNSH nei procedimenti ambientali. – **6.** Conclusioni.

1. Breve inquadramento del tema.

È noto che il principio *do not significant harm*[1] ("DNSH") è uno dei pilastri del c.d. "Green Deal" europeo[2] ("GD").

Il GD non costituisce una reazione estemporanea diretta a fronteggiare situazioni emergenziali ma, piuttosto, sembrerebbe «più vicino a una pianificazione ragionata e

[1] Il DNSH, in particolare, fa la sua comparsa a novembre 2019 nel Regolamento (UE) 2019/2088 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari (*disclosure* di sostenibilità). Esso, infatti, introduce, per tutti i partecipanti al mercato finanziario e per i consulenti finanziari, l'obbligo di comunicare come i rischi di sostenibilità siano considerati e integrati nelle loro scelte di investimento e quale considerazione assumano gli impatti negativi sui fattori di sostenibilità nei loro processi e nelle loro politiche di impegno. Più nel dettaglio, il considerando 17, con riferimento agli "investimenti sostenibili", specifica che «*le imprese che beneficiano di tali investimenti rispettino prassi di buona governance e sia assicurato il principio di precauzione teso a non arrecare danni significativi, affinché non sia pregiudicato in maniera significativa né l'obiettivo ambientale né quello sociale*». L'art.2, par.1, n. 17, del regolamento cit. (dove si fornisce la definizione di "investimento sostenibile") non reca poi, però, una definizione di "danno significativo". Sul rapporto DNSH e sostenibilità pure finanziaria, si veda M. Delsignore, *Il principio DNSH e la lotta al greenwashing*, in *Federalismi.it*, 2024, 27.

[2] Il GD europeo è una strategia di contrasto al cambiamento climatico lanciata dall'UE nel dicembre 2019. L'atto che ne tratteggia le linee essenziali è, di fatto, una Comunicazione della Commissione, un documento di policy, intitolato per l'appunto Green Deal europeo COM(2019)640. L'esordio della comunicazione illustrativa del GD cattura subito il senso della *roadmap*: «*ogni anno* […] *l'atmosfera si riscalda e il clima cambia. Degli otto milioni di specie presenti sul pianeta un milione è a rischio estinzione. Assistiamo all'inquinamento e alla distruzione di foreste e oceani. Il Green Deal europeo è la risposta a queste sfide. Si tratta di una nuova strategia di crescita mirata a trasformare l'UE in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse*». In dottrina, tra i contributi più recenti, si veda D. Bevilacqua, *Il Green New Deal*, Milano, 2024; Id. *Il green deal, l'economia circolare e lo "stato conformatore"*, in *RGE online*, 2023, 38; Id., *La normativa europea sul clima e il Green New Deal*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2022, 297 ss.; D. Bevilacqua - E. Chiti, *Green Deal, costruire una nuova europa*, Bologna, 2023; E. Chiti, *Verso una sostenibilità plurale? La forza trasformatrice del Green Deal e la direzione del cambiamento giuridico*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2021, 3; A. Moliterni, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2022, 34 ss.

mission oriented, fortemente legata, cioè, a obiettivi, non condizionando le dinamiche di mercato e la concorrenza, ma incidendo sui fini, sui mezzi e sulle strategie di investimento». Il GD, da tale angolo visuale, realizza un nuovo bilanciamento tra la concorrenza e la lotta al cambiamento climatico, in cui la seconda pare destinata ad avere la prevalenza[3]. Una delle conseguenze maggiori di questo nuovo equilibrio riguarda la regolazione del mercato pure per il mezzo di nuovi principi guida.

A fronte di un'impostazione tradizionalmente intesa a garantire la competizione tra le aziende operanti nel settore, il GD, quindi, «determina la necessaria affermazione di un approccio 'attivo' alla materia, con l'adozione di regole intese a incentivare la transizione energetica e a creare meccanismi di solidarietà e condivisione degli oneri tra gli Stati»[4]. Del resto, l'adozione stessa del programma di che trattasi incide profondamente anche sulle politiche industriali, inducendo l'Unione a proporre e sostenere un modello di industria europea fondato su un approccio circolare e rigenerativo. Il Green Deal, difatti, non modifica esclusivamente il bilanciamento realizzato in materia di governo dell'economia da parte dell'Unione, ma segnala anche una nuova modalità di operare nell'ambito delle politiche sociali, in cui si passa da un sistema di regolazione, all'adozione di strategie attive di protezione sociale e decarbonizzazione[5].

Ebbene, la portata applicativa di quanto sopra premesso la si rinviene, oltre che in alcune pronunce dei giudici amministrativi (come quella in commento), pure nella declinazione stessa, concreta, del principio DNSH (come detto costituente uno degli arti del GD), bene perimetrata dal Regolamento UE 2020/852 (c.d. "Regolamento Tassonomia"), il cui art. 3 chiarisce che nel valutare un'attività economica – con riferimento alle misure dei Piani nazionali per la ripresa e resilienza (PNRR) – si tiene conto dell'impatto ambientale dell'attività stessa e dell'impatto ambientale dei prodotti e dei servizi da essa forniti durante il loro intero ciclo di vita, in particolare prendendo in considerazione produzione, uso e fine vita di tali prodotti e servizi[6]. Del resto, lo stesso Recovery Plan europeo mira a ripensare lo spazio UE, vincolando gli Stati non soltanto con obbligazioni "di mezzi" ma anche "di ri-

[3] D. Bevilacqua, *Il Green New Deal*, cit., 44 ss.; G. Monti, *Four options for a greener competition law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2020, 11, 124 ss.; A. Gerbrandy, *The difficulty of conversations about sustainability and European competition law*, in *Antitrust Chronicle*, 2020, 12, 62 ss.; K. Pouikli, *Towards mandatory Green Public Procurement (GPP)* requirements *under the EU Green Deal: Reconsidering the role of public procurement as an environmental policy tool*, in *ERA Forum*, 2021, 21.

[4] Questo quanto evidenziato pure da D. Bevilacqua, *Il Green New Deal*, cit., 31 ss. Sul punto, si vedano anche le riflessioni di F. De Leonardis, *Lo stato ecologico*, Torino, 2023; A. Moliterni, *La transizione alla green economy e il ruolo dei pubblici poteri*, in G. Rossi - M. Monteduro (a cura di), *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020, 55 ss.; M. Cocconi, *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, 2020; E. Frediani, *Lo sviluppo sostenibile: da ossimoro a diritto umano*, in *Quad. cost.*, 2017, 3, 626 ss.

[5] L'EGD opera, difatti, in maniera assai differente rispetto agli strumenti tradizionali delle politiche ambientali europee, operanti secondo lo schema determinato dagli artt. 191 e 192 TFUE, con particolari conseguenze sul principio di "*no harm*" secondo A. Sikora, *European Green Deal*, cit., 687 ss. che conclude l'analisi della riconducibilità all'ordinamento europeo del programma sostenendo che «*what the EGD fails to address and explore is the constitutional dimension of environmental protection in the EU legal order. Constitutional entrenchment of environmental protection seems to be precisely a missing point of the EGD*».

[6] Pare opportuno evidenziare che, a livello internazionale, esistono nozioni analoghe al DNSH. Un esempio è il tema dei sussidi dannosi per l'ambiente: nell'ambito della biodiversità, la Convenzione di Kunming-Montreal (art. 18) mira espressamente a identificare ed eliminare finanziamenti destinati ad attività che ne compromettono la tutela.

sultato", laddove i destinatari saranno tenuti non solo a spendere il danaro pubblico, concesso o prestato loro a fondo perduto, ma dovranno anche garantire un risultato conforme ai principi, agli obiettivi e alle aree di investimento programmati a livello eurounitario.

2. I "nuovi" principi ambientali derivanti dal GD: la neutralità climatica e il DNSH.

Preme evidenziare, in primissima battuta, come il GD non accoglie un'impostazione conflittuale tra crescita economica e tutela dell'ambiente, ma si propone, invece, di realizzare attraverso lo sviluppo di politiche industriali e di regolazione uno sviluppo sostenibile tale per cui nel 2050 l'economia europea «non genererà emissioni nette di gas ad effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse» (cfr. Comunicazione della Commissione in *incipit*). La prima fase di questa transizione sembra destinata ad essere contraddistinta da misure riconducibili alla c.d. "*disruptive green industrial policy*", segnata dallo smantellamento o riqualificazione delle attività industriali altamente inquinante. Un approccio che è destinato «a sollevare una conflittualità giuridica, ma anche politica tra la sostenibilità ambientale e la sostenibilità sociale»[7].

Ora, proprio l'adozione del GD denota la massima apertura dell'ordinamento dell'Unione ai principi ambientalisti, in quanto tale atto pone l'ambiente e lo sviluppo sostenibile al centro dell'agenda politica dell'Unione. I principi di cui si discute rientrano nell'ambito dei principi del diritto dell'Unione, ma la tendenza ad utilizzarli sotto varie dizioni e con diversi significati induce a formulare talune classificazioni e distinzioni preliminari[8].

Tuttavia, *in primis*, occorre chiarire che vi sono principi di carattere generale che, pur non potendo essere definiti propriamente ambientali, forniscono un contributo determinante per la politica dell'Unione in questo settore. Come evidenziato in dottrina, ne costituisce una delle migliori espressioni il noto principio di sussidiarietà[9], che

[7] Cfr. F. Torres, *The European Green Deal: More than an Exit Strategy to the Pandemic Crisis, a Building Block of a Sustainable European Economic Model*, in *Journal of Common Market Studies*, 2021, 170 ss.; C. Hamilton, *Earthmasters: The Dawn of the Age of Climate Engineering*, 2021, New Haven; B. Tonoletti, *Cambiamenti climatici come problema di diritto pubblico universale*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2021, 37 ss.

[8] Il famoso rapporto Brundtland del 1987 ("*Our Common Future*") ha definito come "sostenibile" lo sviluppo capace di soddisfare le necessità del presente senza compromettere le opportunità delle generazioni future. L'idea è ripresa esattamente dagli artt. 3 e 11 del T.F.U.E. Queste norme, infatti, fanno degli imperativi della sostenibilità e dell'integrazione l'architrave della tutela ambientale, in chiave sistemica. I due macro-principi di che trattasi ambiscono ad impedire che, durante la coevoluzione dei due sistemi "società" e "ambiente", un pericoloso scarto si insinui, nel tempo e nello spazio, tra la scala delle azioni, dei processi e delle responsabilità umane e la scala dei processi e delle dinamiche ambientali. Da qui discendono due necessità simmetriche: la cautela e l'apprendimento. Ed è a questa logica che rispondono i principi di prevenzione, precauzione, intervento alla fonte, responsabilizzazione del potenziale inquinatore, condivisione delle informazioni. Si veda M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, 102 ss.; R. Ferrara, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2021, 2, 16 ss.; S. Grassi, *La tutela dell'ambiente nelle fonti internazionali, europee ed interne*, in *Federalismi.it*, 2023; M. Onida, *Il diritto ambientale dell'UE nel tempo, tra agenda europea e politiche nazionali*, in *Federalismi.it*, 2020.

[9] Il T.U.E. stabilisce, all'art. 5, che nei settori che non sono di sua esclusiva competenza, "la Comunità interviene secondo il principio di sussidiarietà". In altri termini, il principio non fissa stabilmente la titolarità formale delle funzioni, ma vale a dislocarne l'esercizio verso l'alto o verso il basso in rapporto alla natura delle questioni in gioco. La sentenza della CGUE, 25 maggio 2023, n.

ha trovato la sua prima declinazione nell'ordinamento comunitario proprio in questo settore, là dove segnala la necessità che la Comunità agisca nei limiti in cui gli obiettivi comunitari di salvaguardia della qualità dell'ambiente e della salute umana possano essere perseguiti in maniera più adeguata dal livello superiore (art. 25 Trattato di Roma). Questo principio introdotto dall'Atto Unico Europeo[10] ha rivestito – e tutt'ora riveste – un ruolo fondamentale nella creazione di una disciplina sovranazionale dell'ambiente, considerato che l'azione dell'Unione, per la portata e gli effetti, può risultare più idonea al perseguimento di un determinato scopo rispetto a quella presa a livello statale, regionale e locale[11]. Sullo stesso piano si colloca il principio di proporzionalità[12], il quale impone alle istituzioni dell'Unione di adottare solo atti che non superino i limiti di ciò che è appropriato e necessario per il conseguimento degli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi. Le medesime considerazioni possono estendersi, evidentemente, ad altri principi di carattere generali, quali ad esempio, solo per citarne alcuni, quelli di solidarietà, di leale cooperazione e di non discriminazione[13].

Su un piano formalmente differente si collocano, invece, i principi specifici in materia ambientale[14], che sono posti a fonda-

575 ha, ad esempio, ritenuto che, in applicazione del principio di sussidiarietà, spettasse agli Stati la fissazione delle soglie o dei criteri utili a stabilire in concreto l'entità dell'impatto ambientale dei progetti ai fini dell'applicazione degli artt. 4 e 11 della Direttiva 2014/52/UE in tema di VIA. Il Consiglio europeo ha messo limpidamente a fuoco il punto in un passo della Risoluzione sul V Programma di azione ambientale che «*combina il principio della sussidiarietà con il concetto più ampio di condivisione delle responsabilità. Quest'ultimo concetto non si basa tanto sulla scelta di operare ad un livello ad esclusione degli altri, ma piuttosto sulla scelta di combinare gli strumenti e gli attori a diversi livelli, senza per questo voler rimettere in questione la divisione delle competenze tra Comunità, gli Stati membri e le autorità regionali o locali. Per un singolo obiettivo o problema l'accento può essere posto a livello della Comunità, nazione, regione e per un altro a livello regionale, locale, settoriale oppure a livello di aziende, collettività, consumatori*». In dottrina, si veda F. Fonderico, *La disciplina comunitaria dell'ambiente*, in *Rassegna parlamentare*, 2003, 4, 961 ss.; Id., *Sesto programma d'azione per l'ambiente e le strategie tematiche*, in *Riv. giur. amb.*, 2007, 5, 695 ss.; R. Giuffrida - F. Amabili (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2018.

[10] Firmato nel 1986, l'Atto Unico di che trattasi integrò il Trattato CEE con disposizioni finalmente dedicate all'ambiente, che fecero della protezione ambientale una componente essenziale del processo di integrazione europea (artt. 130r-130t). Le scelte dell'Atto Unico, non a caso, furono poi confermate nel Trattato di Maastricht del 1992, che elevò la tutela dell'ambiente a competenza formale e dichiarata dell'Unione, consacrando l'obiettivo dello sviluppo sostenibile e codificando i principi fondamentali in materia.

[11] M.C. Carta, *Il Green Deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE*, in *Eurojus*, 2020; M. Faioli, *Sul significato sociale della dimensione europea*, in *Federalismi.it*, 2019; F. Munari, *Do Environmental Rules and Standard Affect Firms' Competitive Ability?*, in *European Papers*, 2019, 207 ss.; R. Ferrara, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2018, 801 ss.

[12] Anche alla luce delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza eurounitaria, pare corretto misurare la proporzionalità in ragione dell'obiettivo di elevato livello di tutela: CGUE, 07 settembre 2004, in causa C-127/02, cit. Il principio secondo cui, «*in linea generale la tutela dell'ambiente ha trovato anticipata applicazione rispetto all'evento dannoso con l'introduzione, nell'ordinamento, del principio di precauzione (art. 174, § 2, del Trattato CE, oggi art. 191, § 2 Trattato FUE, art. 301 codice dell'ambiente), in forza del quale per ogni attività che comporti pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione*», ad esempio, è affermato da Cons. di Stato, sez. IV, 7 maggio 2021, n. 359. Nel senso della stretta necessità della misura, in tema sanitario e ambientale, cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655; Id., sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 1240, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[13] In dottrina, M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC*, 2018, 37 ss.; P. Lombardi, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *Federalismi.it*, 2023; M. Cecchetti, *Diritto ambientale e conoscenze scientifiche tra valutazione del rischio e principio di precauzione*, in *Federalismi.it*, 2022.

[14] Sui principi, in particolare, si vedano le riflessioni di F. Fracchia, *I principi generali nel codice dell'ambiente*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2021, 3, 4 ss.; Id., *L'ambiente nella prospettiva giuridica*, in F. Cuturi (a cura di), *La natura come soggetto di diritti. Prospettive antropologiche e giuridiche a confronto*, 2020, Firenze, 159 ss.; Id., *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, in *Dir. econ.*, 2009, 491 ss. Si veda anche F. Fonderico, *La tutela dell'ambiente*,

mento della politica dell'Unione, la quale deve mirare ad un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità nelle varie regioni d'Europa (art. 191, par. 2, TFUE). Si tratta di principi aventi natura e portata differenti, che risentono di una varietà di obiettivi perseguiti dall'Unione, ma che hanno in comune la tutela, diretta o indiretta, dell'ambiente (a titolo esemplificativo l'integrazione ambientale e lo sviluppo sostenibile, a carattere omnicomprensivo; o ancora il principio chi inquina paga[15], dal contenuto più specifico e circoscritto; il principio di precauzione[16], che si inserisce in una logica di intervento *ex ante*[17]).

Per quanto qui di immediato interesse, quindi, pare opportuno provare a costruire un'ulteriore distinzione, cioè tra principi ormai consolidati (quelli indicati dall'art. 191 TFUE *supra* ad esempio), e quelli, invece, di nuova (o nuovissima) generazione, che sono emersi in modo compiuto solo recentemente, come – ad esempio – quello della "neutralità climatica" o "di non arrecare un danno significativo"[18] (*do not significant*

in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, 1021 ss.; Id., *La "codificazione" del diritto dell'ambiente in Italia: modelli e questioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 612 ss.; F. Giampietro, *I principi ambientali nel d.lgs. n.152/06: dal T.U. al Codice dell'ambiente ovvero le prediche inutili?*, in *Ambiente e sviluppo*, 2008, 6; D. Sorace, *Tutela dell'ambiente e principi generali sul procedimento amministrativo*, in R. Ferrara - M.A. Sandulli (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente. I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, 2020, Milano, 3 ss.; F. Lorenzotti - B. Fenni (a cura di), *I principi del diritto dell'ambiente e la loro applicazione*, Napoli, 2015; S. Grassi, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, 4 ss.; R. Ursi, *La terza riforma della Parte II del Testo unico ambientale*, in *Urb. e app.*, 2011, 13 ss.; F. De Leonardis, *Le trasformazioni della legalità nel diritto ambientale*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Roma, 2021, 123 ss.; R. Ferrara, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 509 ss.; M. Renna, *I principi in materia di ambiente*, in *Riv. dir. amb.*, 2012, 70 ss., che evidenzia come, in particolare, «*la sussidiarietà è servita a far sì che la Comunità potesse attrarre verso l'alto e, di conseguenza, svolgere competenze normative che al livello più basso, ossia al livello degli Stati membri, non potevano essere o, comunque, non erano svolte adeguatamente, a motivo, in particolare, delle dimensioni degli obiettivi da realizzare e delle competenze da esercitare*»; G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2021, 170 ss.; P. Dell'Anno, *Principi di diritto ambientale internazionale ed europeo*, 2004, Milano; Id., *Il ruolo dei principi del diritto ambientale europeo: norme di azione o norme di relazione?*, in *Gazzetta Ambiente*, 2003, 131 ss.

[15] La CGUE ha chiarito che l'art. 191, par. 2, TFUE, che contiene il principio in parola, «*è rivolto all'azione dell'Unione e non può essere invocato dai provati al fine di escluderne l'applicazione di una normativa nazionale emanata in una materia rientrante nella politica ambientale, quando non sia applicabile nessuna normativa dell'UE adottata in base all'art. 192 TFUE che disciplini specificamente l'ipotesi di cui trattasi*» (CGUE, 13 luglio 2017, n. 129/16).

[16] Il Comitato economico sociale europeo ha riassunto in poche efficaci battute detto principio vale a dire: «*il principio di precauzione presenta tre componenti fondamentali: la precauzione richiede anzitutto maggiori sforzi volti ad accrescere le conoscenze; la precauzione presuppone la creazione di strumenti di vigilanza scientifica e tecnica per identificare le nuove conoscenze e comprenderne le implicazioni; la precauzione comporta infine l'organizzazione di un ampio dibattito sociale in merito a ciò che è auspicabile e ciò che è fattibile*» (parere su "Il ricorso al principio di precauzione", 2020, Bruxelles). Secondo T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 17 febbraio 2016, n. 2107, in *giustizia-amministrativa.it*, il principio di precauzione non può divenire «*un canone di interpretazione della normativa di settore*» *con l'effetto di sottoporre la realizzazione dell'impianto a prescrizioni molto più severe di quelle previste dalla legge pur quando non vi sia una incertezza scientifica circa i rischi legati a una determinata attività*»; è solo «*la mancanza di certezze scientifiche dovute a insufficienti informazioni e conoscenze scientifiche riguardanti la portata dei potenziali effetti negativi di un organismo o di una sostanza che impone l'adozione di misure adeguate al fine di evitare o limitare effetti potenzialmente negativi*». Si veda anche M. Allena, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 2016, 411 ss.; S. Cognetti, *Precauzione nell'applicazione del principio di precauzione*, in *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, 2019, Napoli, 387 ss.

[17] Anche il primato della, diversa, "prevenzione" è costantemente affermato dalla giurisprudenza della CGUE. Si pensi, recentemente, alla sentenza della Corte del 17 aprile 2018 (Commissione c. Repubblica d Polonia) ove, in tema di protezione della biodiversità, si è stabilito che «*l'articolo 12, paragrafo 1, lett. a) e d) della direttiva 2009/147/CE impone agli Stati membri di adottare i provvedimenti necessari ad istituire un regime di rigorosa tutela delle specie animali*»; regime che presuppone «*l'adozione di misure coerenti e coordinate di carattere preventivo*».

[18] Come evidenziato in dottrina, «*il concetto di "danno significativo", o meno, risulta assolutamente vago: siamo, dunque, di fronte*

harm, "DNSH"), direttamente discendenti pure dal Green Deal[19].

Sulla neutralità climatica, da obiettivo a principio, non è immediata la riflessione, anzitutto perché nemmeno la Commissione UE si avventura nella sua definizione esatta. Essa, infatti, è presentata, anzitutto, come obiettivo complessivo della strategia in esame e, sul piano contenutistico, la si intende come l'azzeramento delle emissioni nette di gas a effetto serra. Neutralità climatica come neutralità di emissioni in sostanza. La normativa europea sul clima, però, aiuta a scolpirne i contenuti in modo più chiaro[20]. Ed infatti, il Regolamento UE 2021/1119 ci fornisce anzitutto un chiarimento di sostanza in tal senso: che la neutralità climatica (già qui elevata a principio?) ha dei suoi obiettivi autonomi (art. 2 del Regolamento cit.) e si poggia su due capisaldi. Il primo, quello della riduzione irreversibile e graduale delle emissioni. Il secondo, l'aumento degli assorbimenti dai pozzi regolamentati nel diritto UE, che includono tanto le soluzioni naturali quanto quelle tecnologiche. In questo modo, in sostanza, «si introduce nella strategia europea la capacità che la stessa natura ha di contrastare il cambiamento climatico, ponendo al centro del progetto gli ecosistemi e la loro protezione»[21]. L'idea di fondo che emerge dalla lettura in combinato disposto dei due articoli (artt. 1 e 2 del Regolamento clima) è, quindi, sostanzialmente, la seguente: poiché oggi si emette più anidride carbonica di quanta se ne possa assorbire – e ciò contribuisce drammaticamente al riscaldamento globale –, occorre trovare un nuovo equilibrio per compensare le emissioni antropogeniche; da un lato, riducendo le emissioni e tenendole sotto controllo; dall'altro, promuovendone la rimozione e la cattura attraverso soluzioni tecnologiche o naturali[22].

Nella formulazione complessiva della normativa europea sul clima, in uno con il GD, quindi, si evince come la neutralità climatica vada oltre la mera decarbonizzazione, trascendendo l'obiettivo ed elevandosi, per ambizione e ampiezza, a vero e proprio principio guida, per lo spettro di azioni che copre a tutela dell'ambiente e per la profondità di funzione sugli interventi che prospetta[23]. Il principio *de quo*, del resto, sembrerebbe emergere anche da una lettura attenta di ulteriori atti di sviluppo e applicazione del GD qui esaminato, ad esempio del Regolamento (UE) 2024/1781 che

ad un concetto giuridico indeterminato, il cui contenuto è sostanzialmente lasciato alla discrezionalità tecnica delle autorità che sono chiamate ad applicare il criterio». A. Bartolini, *Green Deal europeo e il c.d. principio DNSH*, in *Federalismi.it*, 2024, 2. Si veda anche D. Bevilacqua, *Il Green New Deal*, cit., 237 ss., ove l'Autore evidenzia che «*in futuro avrà un ruolo chiave il modo in cui verrà interpretato il concetto di "danno significativo": su questo punto riprende vigore la discrezionalità del soggetto attuatore, quindi dalle amministrazioni nazionali, ma questa a sua volta sarà condizionata, di volta in volta, dagli organi giudiziari coinvolti in eventuali dispute*».

[19] B. De Witte, *The european union's Covid 2019 recovery plan: the legal engineering of an economic policy shift*, in *Common Market Law Review*, 2021, 635 ss. Si veda anche A. Averardi, *Potere pubblico e politiche industriali*, Iovene, Napoli, 2018, 122 ss.; L. Butti - S. Nespor, *Il diritto del clima*, Milano, 2022, 89 ss.; A. Bonomo, *Il potere del clima. Funzioni pubbliche e legalità della transizione ambientale*, Bari, 2023, 13 ss.; L. Salvemini, *Il nuovo diritto dell'ambiente tra recenti principi e giurisprudenza creativa*, Torino, 2022, 145 ss.

[20] F. Rolando, *L'attuazione del principio di integrazione ambientale nel diritto dell'Unione europea*, in *DPCE online*, 2022, 3, 23 ss.

[21] Cfr. C. Sabel - D.G. Victor, *Fixing the climate strategies for an uncertain world*, New Heaven, 2022.

[22] In dottrina, si veda D. Bevilacqua, *Il Green New Deal, cit.*, 89 ss.

[23] B. Tonoletti, *I cambiamenti climatici come problema di diritto pubblico universale*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2021, 37 ss.; E. Bruti Liberati, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir. Pubb.*, 2021, 415 ss.; F. Rolando, *L'attuazione del Green Deal e del Dispositivo per la ripresa e resilienza: siamo effettivamente sulla strada per raggiungere la sostenibilità ambientale?*, in *Dir. Un. UE*, 2022.

istituisce un quadro per la definizione dei requisiti di progettazione ecocompatibile che i prodotti dovranno rispettare per essere immessi sul mercato europeo o messi in servizio. Ed infatti, i plurimi scopi e obiettivi del Regolamento appena citato sono, a tutta evidenza, legati dall'unico *fil rouge* della – sopra elevata – neutralità climatica, ossia: la fissazione di requisiti di progettazione ecocompatibile e di specifici obblighi di informazione riguardanti, tra gli altri, durabilità, riparabilità, riutilizzabilità, circolarità, impronta di carbonio e impronta ambientale dei prodotti, da fornire ai consumatori per favorire scelte di consumo sostenibili[24]; l'introduzione del *Digital Product Passport25*, volto a facilitare la tracciabilità dei prodotti lungo l'intera catena del valore; la definizione di requisiti obbligatori per gli appalti pubblici verdi, al fine di incentivare l'acquisto di prodotti sostenibili da parte delle P.A.; la previsione del divieto di distruzione dei prodotti di consumo invenduti, a vantaggio di riparazione, riutilizzo e riciclaggio; il rafforzamento dei controlli doganali e delle attività di vigilanza del mercato, allo scopo di garantire l'osservanza dei requisiti di progettazione ecocompatibile.

Ma tra i principi in materia ambientale di più recente introduzione nell'ordinamento dell'Unione, occupa certamente rilievo il principio di non arrecare un danno significativo (DNSH[26]), che si traduce, anche in tal caso, in una valutazione di conformità delle misure adottate dalle istituzioni europee e dagli Stati membri, in attuazione del diritto dell'Unione[27]. Tale principio è conosciuto soprattutto perché costituisce un limite al finanziamento delle misure nazionali introdotte attraverso i vari PNRR[28], assumendo estrema rilevanza nelle differenti fasi di attuazione, monitoraggio e controllo[29]. Ora. al

[24] Ai sensi del Regolamento *supra*, il primo piano di lavoro dovrà essere adottato dalla Commissione entro il 19 aprile 2025 e dovrà dare precedenza ai prodotti che hanno un impatto ambientale maggiore, *ex plurimis*: ferro e acciaio, alluminio, prodotti tessili, detergenti, vernici e sostanze chimiche.

[25] Il Passaporto Digitale del Prodotto è uno strumento che, nella logica del Regolamento citato, consente di raccogliere, in maniera accurata, completa e aggiornata, informazioni sul prodotto e sul suo ciclo di vita, dalla sua realizzazione alla fine della sua vita utile al fine di promuovere la trasparenza e la sostenibilità della *supply chain*.

[26] Preme evidenziare come sulla natura di "principio" del DNSH non vi è uniformità di vedute. Secondo A. Bartolini, *op. ult. cit.*, il principio DNSH sarebbe in realtà «*ontologicamente un criterio di selezione dei danni significativi o non significativi all'ambiente: per cui a fini di chiarezza espositiva occorrerebbe finirla con usare il termini principio e sostituirlo con il termine criterio*». Secondo l'Autore, il DNSH potrebbe essere inquadrato quale "condizionalità ambientale" ossia rientrante in quegli «*obblighi gravanti tra stati o comunque tra autorità pubbliche, per cui un determinato vantaggio è condizionato all'avverarsi di determinati comportamenti o attività da parte dell'altra, avvicinandosi sostanzialmente allo schema dell'onere* […]. *Tra le condizionalità ambientali in senso ampio introdotte dal dispositivo di ripresa e resilienza (c.d. recovery fund) vi è anche l'implementazione del criterio DNSH*». Cfr. pure P. Casalino, *La fase di prima attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza: gestione, monitoraggio e controllo, principi trasversali e condizionalità per il corretto utilizzo delle risorse europee*, in *Riv. Corte Conti*, 2021, 5, 5 ss.

[27] Non è questa la sede per una trattazione di dettaglio del principio in parola. Tuttavia, preme evidenziare qui come lo stesso sembrerebbe essere, come bene evidenziato in dottrina, una diretta applicazione del principio di sostenibilità, in quanto tende a coniugare la tutela dell'ambiente con quella dello sviluppo economico e in qualche modo collegabile a quello di non regressione; cfr. F. De Leonardis, *Lo stato ecologico*, Torino, 2023, 262 ss. Sul punto, si veda anche F. Spera, *Da valutazione "non arrecare un danno significativo" a "principio DNSH": la codificazione di un nuovo principio europeo e l'impatto di una analisi trasversale rivolto al futuro*, in *I Post di ASIDUE*, 2022, IV.

[28] Si veda, sul punto, T.A.R. Lazio, Roma, sez. V, 08 ottobre 2024, n. 17304, in *giustizia-amministrativa.it*.

[29] A ben vedere, il Dispositivo per la Ripresa e Resilienza, come meglio si dirà nel seguito, non stabilisce una definizione di questo principio, ma rinvia all'atto che lo ha effettivamente introdotto: il Regolamento Tassonomia. Secondo il regolamento in esame, un'attività è considerata "ecocompatibile" se non arreca un danno significativo ad uno dei sei obiettivi ambientali definiti dall'art. 9 (*ex aliis*, la mitigazione dei cambiamenti climatici; l'uso sostenibile e la protezione delle acque e delle risorse marine; la transizione verso un'economia circolare; la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento; ecc.). Per ognuno di essi, l'art. 17 descrive le

nuovo principio DNSH si deve riconoscere, anzitutto, «una più chiara incidenza e attitudine a condizionare le scelte politiche», in virtù dell'inserimento di regole puntuali nel PNRR, nonché l'idoneità ad orientare le scelte delle imprese e i relativi[30]. Tuttavia, in punto di riflessione critica, non si può non rilevare che la portata del principio in esame potrebbe contrastare con quella degli altri principi ambientali *supra* se sol si consideri, ad esempio, il principio di precauzione[31], o quello dell'azione preventiva e lo stesso principio di integrazione, che sembrano ambire alla protezione dell'ambiente senza stabilire un limite di tollerabilità dell'inquinamento, là dove, il principio DNSH (come bene evidenziato in dottrina[32]) assolve una funzione «più tipicamente compromissoria che promozionale»: le misure non devono arrecare un danno che, peraltro, per essere scongiurato deve essere significativo. Ne consegue che attraverso la descritta tecnica «vengano implicitamente ammessi tutti gli altri interventi ancorché possano determinare un impatto ambientale negativo»[33].

Sulla base di quanto appena esposto, pare quindi il caso di rilevare come il DNSH non sembrerebbe essere identificabile *tout court* quale principio-valore (a differenza del principio di neutralità climatica, invero questo obiettivo primario del GD); ed infatti, a ben vedere, il Regolamento Tassonomia sembrerebbe configurare il DNSH quale strumento al più per raggiungere gli obiettivi di ecosostenibilità (in altri termini, un mezzo per addivenire alla neutralità *supra* citata). Sembrerebbe, invece, trovare una migliore configurazione se pensato quale principio-regola (tanto è vero che il "non arrecare un danno significativo all'ambiente" *tout court* – con riferimento ai finanziamenti PNRR e quindi, a cascata, con riferimento a tutte le opere che attingono al Piano *de quo* – costituisce regola precisa e bene perimetrata).

Ora, va da sé che, benché ognuno dei principi indicati renda necessario un bilanciamento di interessi confliggenti, in questo caso il punto di equilibrio sembra essere stato fissato piuttosto al ribasso. In parole povere, il perseguimento dell'interesse "prevalente" alla neutralità climatica non sostituisce i vincoli del DNSH e non garantisce da sé l'eco-sostenibilità come obbligazione di risultato nella mitigazione climatica. Del resto, la neutralità climatica è qualificata vincolante dal Regolamento UE n. 2021/1119 solo sul versante della scadenza temporale: il 2050. Essa, cioè, «fissa il termine entro il quale ottenere le obbligazioni di risultato della mitigazione climatica, nel

attività che determinerebbero un danno significativo, chiarendo che l'impatto ambientale deve essere valutato tenendo conto dei prodotti e servizi forniti durante il loro intero ciclo di vita.

[30] I. Costanzo, *La valutazione di conformità al principio "Do No Significant Harm" (DNSH)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 5, 676 ss.; G.M. Caruso, *Il principio "do no significant harm": ambiguità, caratteri e implicazioni di un criterio positivizzato di sostenibilità ambientale*, in *La Cittadinanza europea*, 2022, 2, 151 ss.

[31] T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 5 giugno 2019, n. 543, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «*in realtà, per il principio di precauzione, è possibile e doveroso applicare valori limite più conservativi di quelli in vigore, qualora l'impianto inquinante disponga della tecnologia idonea, o possa esserne dotato con una spesa ragionevole, e la gestione dell'attività rimanga economicamente sostenibile*»; si è comunque affermato (T.A.R. Molise, sez. I, 15 marzo 2017, n. 82) che, «*poiché la complessità dei sistemi ecologici non permette di avere un quadro completo delle conoscenze, né di prevedere con esattezza lo sviluppo delle dinamiche dei sistemi*», il principio di precauzione «*richiede che si agisca avendo sempre come riferimento lo scenario più prudente tra quelli possibili, vale a dire quello che corrisponde all'attuale livello di dubbio nella conoscenza delle situazioni e nella previsione dei fenomeni futuri*».

[32] Si veda, nello specifico, A. Bartolini, *Green Deal europeo e il c.d. principio DNSH*, in *Federalismi.it*, 2024, 15, 51 ss.

[33] In termini G. Cordini - P. Fois - S. Marchisio (a cura di), *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Torino, 2017, 144 ss.

rispetto sia dei vincoli del principio-criterio DNSH sia del *consensus* internazionale di UE e Stati sulle soglie qualitative e quantitative del pericolo, che UNFCCC e Accordo di Parigi richiedono di garantire»[34].

2.1. (*segue*) l'azione del principio di neutralità climatica.

Ad ogni buon conto, si consideri che la neutralità climatica, per come espressamente tracciata *supra*, ossia «quell'equilibrio tra le emissioni e gli assorbimenti di tutta l'Unione dei gas a effetto serra da raggiungere entro il 2050», agisce sotto due profili: da un lato, si mira alla riduzione irreversibile e graduale delle emissioni antropogeniche dei gas a effetto serra e, dall'altro, all'aumento degli assorbimenti dai pozzi, cioè foreste, vegetazione, suolo, corpi idrici (così artt. 1 e 2 regolamento UE 2021/1119, ovvero la normativa europea sul clima). E allora se – da obiettivo – si elevasse la neutralità in esame a principio, come sembrerebbe militare una lettura sistematica delle disposizioni eurounitarie sul punto, parrebbe ancor più agevole leggere le componenti principali del GD. In primo luogo, un principio a guida di una rinnovata politica industriale, coerente con gli obiettivi di graduale azzeramento delle emissioni fissati dalla strategia per la neutralità climatica. In secondo luogo, un principio posto a inequivocabile presidio del processo di decarbonizzazione, che della neutralità climatica è un aspetto centrale[35].

Ora, si è correttamente evidenziato che la locuzione "principi del diritto europeo" è una sintesi verbale, di fenomenologie diverse, non tutte riconducibili ai principi del diritto in senso stretto[36]. Il nucleo duro dei principi, scritti e non scritti, è quello di essere delle norme generalissime che indicano dei valori, degli obiettivi generali da raggiungere, lasciando peraltro, poi, all'interprete e in particolare alla giurisprudenza ampi margini di apprezzamento. Nel diritto ambientale, come sopra detto, si pensi alla precauzione (che impone di arrestare un'attività di fronte al dubbio scientifico della sua pericolosità[37]). Altre volte i principi in-

[34] M.C. Verciano, *La discrezionalità del potere nella lotta al cambiamento climatico*, in *Federalismi.it*, 2023, 3. In particolare, secondo l'A. sembra che il Green Deal europeo non rifletta affatto la «*più alta ambizione possibile*», richiesta dall'Accordo di Parigi nella pianificazione delle quote di abbattimento delle emissioni in una prospettiva di DNSH e ciò in quanto mancherebbe il parametro quantitativo e temporale del *Carbon Budget* globale residuo. Detta circostanza renderebbe la previsione europea viziata su quattro fronti: *(i)* in termini di irragionevolezza, «*dato che il Regolamento non assume espressamente, come parametro di riferimento, il Carbon Budget globale residuo, allo scopo di calcolare il proprio*»; *(ii)* per conseguente irrazionalità, poiché qualsiasi mitigazione climatica, anche quanto funzionalizzata a un obiettivo autoreferenziale come la neutralità climatica, «*consiste pur sempre in un'appropriazione di quote del Carbon Budget globale residuo, sicché ignorarlo non vuol dire escluderlo*»; *(iii)* per ulteriormente connessa illogicità, in quanto la previsione di bilancio è proiettata sulla finestra temporale 2030-2050 cioè quando il *Carbon Budget* globale residuo sarà già esaurito, come ormai pacificamente accertato dalla comunità scientifica; *(iv)* per consequenziale contrarietà con il principio DNSH, in quanto «prevedere un bilancio tardivo e inutile implica praticamente andare incontro a decisioni e azioni significativamente difformi dal contenuto di mitigazione climatica, indicato dall'art. 1 del Regolamento Ue n. 2020/852, e per ciò stesso dannose».

[35] Cfr. in dottrina i rilievi di U. Barelli, *Il PNRR ed il principio "Do not significant harm"*, in *RGA on line*, 2023, 39 e di I. Costanzo, *La valutazione di conformità al principio do not significant harm (DNSH)*, in *Giorn dir. amm.*, 2023, 676 ss.

[36] Si veda, recentemente, in argomento G. Morbidelli, *I principi eurounitari e la legge n. 241/1990: quale rapporto?*, in A. Bartolini - T. Bonetti - B. Marchetti - B.G. Mattarella - M. Ramajoli (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, 2021, 34 ss.

[37] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 1240: «*il Collegio ritiene che il principio di precauzione: a) i cui tratti giuridici si individuano lungo un percorso esegetico fondato sul binomio analisi dei rischi-carattere necessario delle misure adottate, presuppone l'esistenza di un rischio specifico all'esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili*

dicano dei criteri di scelta, su cui compiere delle valutazioni: si pensi al principio di proporzionalità (da intendersi come criterio per individuare il minor sacrificio) o al buon andamento (come criterio di efficienza ed efficacia dell'azione). E allora, proprio in tale ottica, il GD richiede un approccio che si attua mediante canoni di flessibilità tali da accompagnare con i minimi urti il percorso di transizione[38], di guisa da richiedere *ex se* un principio guida o, comunque, un principio "valore": esso è la neutralità climatica (nei cui confronti la regola del DNSH è al più uno strumento, un mezzo, per raggiungere gli obiettivi di ecosostenibilità, non viceversa).

Contestualmente e all'esito, quindi, della realizzazione degli obiettivi del GD, pare evidente il cambio di paradigma con riferimento alla neutralità climatica, che si candida ad essere elevato a nuovo principio generale oltre che ambientale, riflettendo esso un nuovo assetto sociale ed ecologico europeo, che trova oggi applicazione anche al di fuori delle attività e delle decisioni squisitamente ambientali (si pensi anche alle questioni e alle tematiche intergenerazionali). Del resto, tanto è quanto accaduto con riferimento al principio della sostenibilità (dall'ambiente ai conti pubblici), al principio di sussidiarietà (introdotto in prima battuta dall'Atto Unico Europeo con riferimento al solo ambiente) e, più recentemente al principio di precauzione, che, dal diritto dell'ambiente, ha preso le mosse per trovare poi applicazione anche ai settori della sanità, della lotta alla corruzione o della tutela della *privacy*[39]. Tanto è possibile prevedere, dunque, con riferimento alla *vis* espansiva del principio di neutralità climatica.

3. Il principio DSNH *at a glance*: funzioni e caratteristiche.

Muovendo, ora, al DNSH, giova prendere le mosse, anzitutto, dal dato normativo eurounitario da cui il principio *de quo* immediatamente discende. In particolare, il Regolamento (UE) 2021/241, che istituisce il Dispositivo per la ripresa e la resilienza, stabilisce che tutte le misure dei Piani nazionali per la ripresa e resilienza (PNRR) debbano soddisfare il principio di "non arrecare danno significativo agli obiettivi ambientali". Tale vincolo si traduce in una valutazione di conformità degli interventi al principio DNSH, con riferimento al sistema di tassonomia delle attività ecosostenibili indicato all'articolo

e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura; b) non può legittimare un'interpretazione delle disposizioni normative, tecniche ed amministrative vigenti in un dato settore che ne dilati il senso fino a ricomprendervi vicende non significativamente pregiudizievoli; c) non conduce automaticamente a vietare ogni attività che, in via di mera ipotesi, si assuma foriera di eventuali rischi per la salute delle persone e per l'ambiente, privi di ogni riscontro oggettivo e verificabile, richiedendo esso stesso una seria e prudenziale valutazione, alla stregua dell'attuale stato delle conoscenze scientifiche disponibili, dell'attività che potrebbe ipoteticamente presentare dei rischi, valutazione consistente nella formulazione di un giudizio scientificamente attendibile».

[38] Come efficacemente evidenziato da D. Bevilacqua, *Il Green New Deal*, cit., 237 ss., «*in futuro avrà un ruolo chiave il modo in cui verrà interpretato il concetto di "danno significativo": su questo punto riprende vigore la discrezionalità del soggetto attuatore, quindi dalle amministrazioni nazionali, ma questa a sua volta sarà condizionata, di volta in volta, dagli organi giudiziari coinvolti in eventuali dispute*».

[39] La tendenza espansiva dei principi ambientali trova una espressa conferma nel dettato dell'art. 3-*quater* del d.lgs. n. 152/2006, ove si riconosce allo sviluppo sostenibile il rango di principio potenzialmente applicabile a tutte le attività umane concernenti l'ambiente e alle scelte amministrative ambientali. In particolare, ai sensi del comma 2, il principio va rispettato anche ove non si faccia questione di interventi pubblici specificamente destinati alla tutela dell'ambiente.

17 del Regolamento (UE) 2020/852[40]. L'art. 2 del Regolamento 852 cit., in particolare, introduce quattro distinte condizioni per qualificare un'attività economica come ecosostenibile. Si tratta, in particolare, di verificare che la stessa: contribuisca al raggiungimento di uno o più degli obiettivi ambientali; non arrechi un danno significativo a nessuno degli obiettivi ambientali; sia svolta nel rispetto delle garanzie minime di salvaguardia e sia conforme ai criteri di vaglio tecnico fissati dalla Commissione e specificati negli articoli successivi ovvero attraverso successivi regolamenti delegati.

Qui il DNSH (a differenza di quanto avviene nel successivo Regolamento 241 cit.) non è enunciato, espressamente e immediatamente, come un principio, ma al contrario come una delle condizioni della ecosostenibilità di un'attività. Così al DNSH, declinato sui sei obiettivi ambientali definiti nell'ambito del sistema di tassonomia delle attività ecosostenibili, viene data, quale perimetrazione di scopo, quella di valutare se una misura possa o meno arrecare un danno ai sei obiettivi ambientali individuati nell'Accordo di Parigi per come riprodotti nel GD[41].

In particolare, un'attività economica arreca un danno significativo (da un punto di vista generale, con ampi margini di discrezionalità si direbbe): *(i)* alla mitigazione dei cambiamenti climatici, se porta a significative emissioni di gas serra (GHG); *(ii)* all'adattamento ai cambiamenti climatici, se determina un maggiore impatto negativo del clima attuale e futuro, sull'attività stessa o sulle persone, sulla natura o sui beni; *(iii)* all'uso sostenibile o alla protezione delle risorse idriche e marine, se è dannosa per il buono stato dei corpi idrici (superficiali, sotterranei o marini) determinandone il deterioramento qualitativo o la riduzione del potenziale ecologico[42]; *(iv)* all'economia circolare, inclusa la prevenzione, il riutilizzo ed il riciclaggio dei rifiuti, se porta a significative inefficienze nell'utilizzo di materiali recuperati o riciclati, ad incrementi nell'uso diretto o indiretto di risorse naturali, all'incremento significativo di rifiuti, al loro in-

[40] Il Regolamento ha classificato le attività economiche ai fini della loro ecosostenibilità, individuando con chiarezza sia gli obiettivi ambientali da perseguire sia i criteri di vaglio tecnico da rispettare nel riconoscimento dei finanziamenti e degli investimenti delle attività economiche. Sul punto si veda L. Lionello, *Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione*, in *Vita e Pensiero*, 2022; A.S. Bruno, *Il PNRR e il principio del "Do Not Significant Harm" davanti alle sfide territoriali*, in *Federalismi.it*, 2022; C. De Vincenti, *Il principio "Do Not Significant Harm": due possibili declinazioni*, in *Astrid*, 2022.

[41] Con l'Accordo di Parigi, adottato il 12 dicembre 2015 (ed entrato in vigore il 4 novembre 2016) nell'ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (*United Nations Framework Convention on Climate Change*, UNFCCC), è stato convenuto di mantenere l'aumento della temperatura media mondiale ben al di sotto di 2°C rispetto ai livelli preindustriali, proseguendo gli interventi volti a limitare tale aumento a 1,5°C. L'obiettivo di intensificare l'impegno globale a favore del clima, gettando le basi per una transizione rapida, giusta ed equa, sostenuta da profondi tagli alle emissioni e dal potenziamento degli investimenti nel settore ambientale, è stato sottoscritto dai Paesi partecipanti alla Conferenza delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici ("COP 28"), svoltasi negli Emirati Arabi Uniti dal 30 novembre al 12 dicembre 2023. Nell'ambito della successiva "COP29" di Baku, per quanto qui di immediato interesse, è stato previsto lo stanziamento di 300 miliardi l'anno in aiuti climatici (quello che in termini tecnici è il *New Collective Quantified Goal*, il "Nuovo Obiettivo Quantitativo Globale" 2025-2035) che dovrebbero arrivare in quota crescente entro 11 anni in forma di sovvenzioni a fondo perduto o in prestiti a basso tasso di interesse, in finanza pubblica e privata mobilitata, con i Paesi sviluppati nel ruolo di leader. Si badi bene, tuttavia, che qui non è rinvenibile alcun vincolo giuridico: l'accordo, da tale angolo visuale, resta un'astratta aspirazione, pure per i Paesi più vulnerabili agli effetti della crisi climatica. L'occasione, quindi, è mancata anche laddove si consideri il testo dell'art. 9 dell'Accordo di Parigi, ove si prevede che «*le Parti che sono paesi sviluppati forniscono risorse finanziarie per assistere le Parti che sono paesi in via di sviluppo per quanto riguarda sia la mitigazione che l'adattamento, continuando ad adempiere agli obblighi ad essi incombenti in virtù della convenzione*».

[42] Con riferimento a tale aspetto, in relazione al rispetto del principio DNSH, si veda T.A.R. Marche, sez. I, 31 gennaio 2024, n. 118, in *giustizia-amministrativa.it*.

cenerimento o smaltimento, causando danni ambientali significativi a lungo termine; *(v)* alla prevenzione e riduzione dell'inquinamento, se determina un aumento delle emissioni di inquinanti nell'aria, nell'acqua o nel suolo; *(vi)* alla protezione e al ripristino di biodiversità e degli ecosistemi, se è dannosa per le buone condizioni e resilienza degli ecosistemi o per lo stato di conservazione degli habitat e delle specie, comprese quelle di interesse per l'UE [sul piano nazionale, per la valutazione di detti obiettivi e, quindi, per l'applicazione del DNSH, è stata predisposta la "Guida operativa per il rispetto del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente" (Guida DNSH)[43], periodicamente aggiornata].

Di poi, la Comunicazione 2021/C 58/01 della Commissione UE, precisa che la valutazione del danno significativo dovrebbe includere la fase di produzione, la fase di uso e quella di fine vita, ovunque si prevedano i maggiori danni. Ad esempio, per una misura che sostiene l'acquisto di veicoli, la valutazione dovrebbe tenere conto, tra l'altro, dell'inquinamento (ad es. emissioni nell'atmosfera) generato durante il montaggio, il trasporto e l'uso dei veicoli, e della gestione adeguata dei veicoli a fine vita. In particolare, una gestione adeguata a fine vita delle batterie e dei componenti elettronici (ad es. il loro riutilizzo e/o riciclaggio di materie prime critiche ivi contenute) dovrebbe assicurare che non è arrecato nessun danno significativo all'obiettivo ambientale dell'economia circolare.

Da tale angolo visuale, quindi, il Regolamento (UE) 2020/852 (unitamente al Regolamento Delegato 2021/2139[44]) descrive, *de facto*, i criteri generali affinché ogni singola attività economica non determini un "danno significativo", contribuendo quindi agli obiettivi di mitigazione, adattamento e riduzione degli impatti e dei rischi ambientali. Si assiste, poi, a un cambio di registro: ossia che gli interventi del PNRR devono rispettare il "principio" DNSH[45] e, sulla base di quanto previsto dal Dispositivo per la ripresa e la resilienza, almeno il 37% (art. 18, comma 4, Reg. 2021/241) delle risorse complessive del Piano deve contribuire alla transizione verde e alla mitigazione dei

[43] La Guida, in particolare, per come aggiornata dalla circolare del MEF n. 22 del 14.05.2024, fornisce una disamina di dettaglio pure degli aspetti più pratici qui esaminati. La Guida, infatti, che si compone – tra l'altro – di Schede tecniche relative a ciascun settore di intervento, ha la funzione di fornire alle amministrazioni titolari delle misure PNRR e ai soggetti attuatori, una sintesi delle informazioni operative e normative che identificano i requisiti tassonomici, ossia i vincoli DNSH e nelle quali sono riportati i riferimenti normativi, i vincoli DNSH e i possibili elementi di verifica. Si consideri che la circolare si premura di specificare che la Guida in oggetto non ha carattere vincolante, specificando che «*la Guida è uno strumento di orientamento e supporto. Rimane in capo alle Amministrazioni titolari la responsabilità di assicurare la conformità ai requisiti DNSH degli interventi finanziati, anche tramite la trasmissione di indicazioni puntuali ai soggetti attuatori in sede di monitoraggio e rendicontazione dei traguardi e obiettivi (milestone e target) e in sede di verifica e controllo della spesa*».

[44] Si consideri che il Regolamento Delegato (UE) 2021/2139 della Commissione del 04 giugno 2021 integra il Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio fissando i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare a quali condizioni si possa considerare che un'attività economica contribuisce in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici o all'adattamento ai cambiamenti climatici e se non arreca un danno significativo a nessun altro obiettivo ambientale. Detto Regolamento è stato integrato dal Regolamento Delegato (UE) 2023/2485 che introduce criteri di vaglio tecnico supplementari per gli obiettivi climatici per nuove attività economiche non previste nel precedente documento.

[45] Questo è il caso, a titolo meramente esemplificativo, dell'investimento relativo all'efficientamento energetico delle cittadelle giudiziarie (Missione 2 Componente 3 del PNRR), per il quale è stato esplicitato come la misura non comporti emissioni di gas ad effetto serra (GHG) significative in quanto gli edifici non sono dedicati all'estrazione, stoccaggio, trasporto o produzione di combustibili fossili e, soprattutto, come il programma intenda, invece, aumentare l'efficienza energetica, portando a un sostanziale miglioramento delle prestazioni energetiche degli edifici già esistenti interessati.

cambiamenti climatici, come definito dal c.d. "*tagging*" climatico[46].

In punto metodologico, si evidenzia come la conformità con il principio del DNSH viene verificata *ex ante* per ogni singola misura tramite schede di auto-valutazione standardizzate, che condizionano il disegno degli investimenti e delle riforme e/o qualificano le loro caratteristiche con specifiche indicazioni tese a contenerne il potenziale effetto sugli obiettivi ambientali ad un livello sostenibile[47]). I criteri tecnici riportati nelle autovalutazioni DNSH, opportunamente rafforzati da una puntuale applicazione dei criteri tassonomici di sostenibilità degli investimenti, costituiscono quindi elementi guida lungo tutto il percorso di realizzazione delle misure del PNRR.

Le Amministrazioni sono qui, quindi, chiamate a garantire concretamente che ogni misura non arrechi un danno significativo agli obiettivi ambientali, adottando specifici requisiti in tal senso nei principali atti programmatici e attuativi. In particolare, nella fase attuativa, occorre dimostrare che le misure sono state effettivamente realizzate senza arrecare un danno significativo agli obiettivi ambientali, sia in sede di monitoraggio e rendicontazione dei risultati degli interventi, sia in sede di verifica e controllo della spesa e delle relative procedure a monte. Appare evidente, adunque, che la responsabilità del rispetto del principio viene affidata integralmente alla P.A. titolare o attuatrice della misura, nonché all'eventuale soggetto gestore, lungo le varie fasi di attuazione del progettato intervento – ossia *ex ante*, ma anche *in itinere* ed *ex post* in punto di monitoraggio –, ciò senza alcuna apparente garanzia di controllo esterno e senza un *corpus* normativo di dettaglio che ne dia chiara attuazione.

3.1. (*segue*) e il suo perimetro applicativo.

Quanto all'applicazione in concreto del principio DNSH, sorge, anzitutto, naturale l'interrogativo sul suo rapporto con il più risalente principio dello sviluppo sostenibile. Come evidenziato in dottrina, infatti, mentre quest'ultimo aveva e ha come fine quello di contemperare le spesso non convergenti esigenze economiche, sociali e ambientali, in omaggio a quanto chiedeva già la Commissione Bruntland, il principio in trattazione «pare isolare il fattore ambientale per sottrarlo a qualsiasi forma di bilanciamento con gli interessi economici»[48].

[46] Peraltro, si segnala come investimenti e attività PNRR non devono: produrre significative emissioni di gas ad effetto serra, tali da non permettere il contenimento dell'innalzamento delle temperature di 1,5 C° fino al 2030 (sono pertanto escluse iniziative connesse con l'utilizzo di fonti fossili); essere esposte agli eventuali rischi indotti dal cambiamento del clima, quali ad es. innalzamento dei mari, siccità, alluvioni, esondazioni dei fiumi, nevicate abnormi; compromettere lo stato qualitativo delle risorse idriche con una indebita pressione sulla risorsa; utilizzare in maniera inefficiente materiali e risorse naturali e produrre rifiuti pericolosi per i quali non è possibile il recupero; introdurre sostanze pericolose, quali ad es. quelle elencate nella cosiddetta *Authorization List* del Regolamento UE n. 1907/2006 c.d. "Reach"; compromettere i siti ricadenti nella rete Natura 2000.

[47] Metodologia, quest'ultima, applicata anche per l'iniziativa "REPower EU", che si innesta sul Dispositivo per la ripresa e resilienza per dare una risposta all'eccessiva dipendenza dell'UE dalle importazioni di gas, petrolio e carbone dalla Russia e a fronte delle perturbazioni del sistema energetico mondiale. Il Regolamento (UE) 2023/435 del 27 febbraio 2023 individua gli obiettivi specifici di questa iniziativa, le fonti di finanziamento e conferma le modalità di valutazione delle proposte di misure già adottate per i PNRR. Viene in questo contesto confermato il principio DNSH che continua ad applicarsi alle riforme e agli investimenti, al netto di una specifica deroga per le misure che contribuiscono a migliorare le infrastrutture energetiche per soddisfare il fabbisogno immediato di sicurezza dell'approvvigionamento (e che non può riguardare più del 30% dei costi totali stimati delle misure incluse nel capitolo REPowerEU.

[48] R. Bifulco, *Nascita di un principio? la tormentata formazione del do no significant harm*, in *RGA online*, 2024. L'Autore evidenzia

Non anche a quelli sociali, però, giacché il Regolamento Tassonomia, agli art. 3, par. 1, lett. c) e 18, chiede espressamente il rispetto delle garanzie minime di salvaguardia in materia di diritti sociali. Tuttavia, leggendo il secondo Considerando del Regolamento *de quo*, è possibile rinvenire un punto di contatto tra sviluppo sostenibile e DNSH, ed è l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile[49].

Ora, preme qui ribadire che l'art. 5 del Regolamento UE 2021/241 stabilisce che il dispositivo finanzia unicamente le misure che rispettano il principio "non arrecare un danno significativo". L'art. 18 del Regolamento cit., al par. 4, lett. d), conferma tale previsione, richiedendo agli Stati membri di indicare nei propri Piani le modalità con cui possono garantire che nessuna misura per l'attuazione delle riforme e degli investimenti in esso inclusa arrechi un danno significativo agli obiettivi ambientali.

Il legislatore europeo non sembrerebbe, quindi, aver preteso un contributo di segno positivo (il c.d. "contributo sostanziale"), ma avrebbe solo posto un requisito negativo: quello di non peggiorare significativamente le condizioni ambientali (ossia il DNSH), la cui valutazione è rimessa alle Amministrazioni deputate all'attuazione del Piano rispetto a ciascuna delle diverse misure agevolative previste. Le Amministrazioni nazionali sarebbero dunque chiamate – anche in fase di attuazione – a garantire concretamente che ogni misura non arrechi un danno significativo agli obiettivi ambientali[50].

Il principio *de quo*, quindi, in punto applicativo, condiziona, di fatto, trasversalmente la realizzazione di ogni misura del Piano, diventando pure uno specifico vincolo all'attività di pianificazione. Tuttavia, è proprio da tale angolo visuale che il DNSH scricchiola quanto a natura giuridica di principio squisitamente ambientale, dal momento che esso sembrerebbe svolgere più funzioni (checché non direttamente alternative). La prima e più evidente applicazione, infatti, riguarda il ruolo di criterio di "condizionalità ambientale", con l'effetto di escludere dal sostegno finanziario quei progetti e investimenti che risultano incompatibili con la salvaguardia dell'ambiente. Una seconda funzione di questo principio consiste, poi, nel rafforzare *tout court* la protezione ambientale, quale cioè ulteriore livello di controllo rispetto alla normativa *green* tradizionale. Si aggiunge una terza dimensione, che mira a garantire che i finanziamenti UE siano destinati esclusivamente a investimenti con elevate prestazioni ambientali (è il caso PNRR che si discosta da altri programmi eurounitari, es. il programma "InvestEU", che sembrerebbe prediligere le prime due accezioni applicative del DNSH).

In buona sostanza, adunque, può dirsi che il principio in questione si articola

come «*mentre nel regolamento Tassonomia il DNSH è applicato nei confronti delle attività economiche, nel regolamento sul dispositivo esso trova un'applicazione per ogni misura, sia che si tratti di riforme sia che si tratti di investimenti. Inoltre queste due tipologie di attività possono concernere, a loro volta, diversi livelli, come lo sviluppo di piani di investimento (progetti per la ricarica delle batterie per autoveicoli), orientare investimenti pubblici (investimenti in materia di impianti per il trattamento dei rifiuti), indirizzare e incentivare investimenti privati (si pensi agli schemi per dirottare fondi verso progetti a sostegno dello sviluppo nella transizione verso l'idrogeno). Dunque, all'interno del regolamento sul dispositivo, il principio è utilizzato nella maniera più trasversale possibile*».

[49] Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015, essa fissa gli obiettivi di sviluppo sostenibile (c.d. "OSS") con riguardo alle sue tre dimensioni: economica, sociale e ambientale.

[50] In giurisprudenza, si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 23 dicembre 2024, n. 10317, in *giustizia-amministrativa.it*.

in tre obblighi ben distinti: due di natura restrittiva e uno di carattere propositivo. Il primo, come emerge *de plano* da quanto sopra evidenziato, impone di non causare un impatto negativo significativo su nessuno degli obiettivi ambientali stabiliti dall'articolo 9 del Regolamento UE 2020/852[51]. Il secondo elemento è il rispetto delle cosiddette "garanzie minime di salvaguardia", previste dall'articolo 18 del Regolamento UE 2020/852. Ciò implica l'obbligo di tutelare i diritti umani, in coerenza con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, e di aderire al principio del "non nuocere", che costituisce un pilastro della normativa europea sul clima, come evidenziato nei considerando 6 e 9 del Regolamento UE 2021/1119. Infine, l'elemento a carattere positivo richiede che le decisioni e le misure adottate apportino un contributo rilevante agli stessi obiettivi ambientali sanciti dal Regolamento UE 2020/852. In questo modo, il principio DNSH si declina pure in un quadro di criteri operativi, dettagliati negli articoli da 11 a 15 del Regolamento cit., i quali determinano gli effetti concreti dell'azione pubblica. Questi tre elementi non operano in modo indipendente o alternativo, ma sono strettamente integrati tra loro, contribuendo congiuntamente non solo alla mitigazione del cambiamento climatico ma anche a garantire il rispetto del principio di *neminem laedere*.

4. Il DNSH nel settore dei contratti pubblici.

Come detto, il principio DNSH comporta una verifica specifica da effettuare valutando l'impatto ambientale dell'attività economica che assume rilievo di volta in volta e dei prodotti e servizi da essa forniti durante il loro intero ciclo di vita, in particolare prendendo in considerazione produzione, uso e fine vita di tali prodotti e servizi. In particolare, si è avuto modo di affermare in via pretoria come la previsione, nelle *lex specialis*, della conformità delle forniture al principio di che trattasi (ove finanziate con il PNRR) non introduce cause di esclusione ulteriori in violazione del principio di tassatività – disciplinato dall'art. 10 del d.lgs. n. 36/2023 – ma di prendere atto che il «documento richiesto – ossia la checklist contenente gli elementi di controllo per l'analisi DNSH – si atteggia quale elemento essenziale dell'offerta tecnica che, una volta non allegato alla medesima, impedisce alla stazione appaltante di compiere la doverosa verifica circa il rispetto del principio *do not significant harm*»[52].

Ed invero, con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici (con finanziamenti PNRR), una corretta allocazione del principio DNSH dovrebbe prevedere l'inserimento dello stesso, in maniera chiara, trasparente e inequivocabile, non solo nella fase di gara vera e propria ma anche, e forse soprattutto, nella fase di esecuzione. Quanto alla prima fase, si pensi che già il disciplinare di gara dovrebbe recare un richiamo univoco al Regolamento Tassono-

[51] Aspetto che colloca il DNSH, *de facto*, all'interno dell'architettura normativa europea, rendendolo complementare ad altri principi cardine, come quello di integrazione ambientale e le cosiddette "garanzie minime", con l'obiettivo di contrastare il cambiamento climatico. Di conseguenza, qualsiasi incertezza sull'ambito di applicazione del DNSH non è lasciata alla discrezionalità dei singoli poteri, ma è soggetta all'interpretazione della Corte di Giustizia dell'UE per garantire un'applicazione uniforme.

[52] T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 04 marzo 2024, n. 263, in *giustizia-amministrativa.it*.

mia e al principio *de quo*, con indicazione delle dichiarazioni rilevanti da rendersi a cura dell'operatore economico concorrente (ossia di assumersi gli obblighi specifici del PNRR[53] relativamente al non arrecare un danno significativo agli obiettivi ambientali e, ove applicabili, agli obblighi trasversali, quali, *inter alia*, il principio del contributo all'obiettivo climatico e digitale, il *tagging*). Dichiarazioni, peraltro, dovute pure dal subappaltatore (art. 119 del d.lgs. n. 36/2023) e dall'eventuale soggetto ausiliario in caso di avvalimento (art. 104 d.lgs. cit.). E ciò, si badi, oltre alla puntuale indicazione, nella *lex specialis*, della conformità dell'offerta degli O.E. alle specifiche tecniche e alle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi (CAM[54]) applicabili *ex* art. 57, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023. Non a caso, proprio i CAM mirano a selezionare prodotti e servizi o ad affidare lavori migliori dal punto di vista ambientale[55], vale a dire con minori impatti ambientali (rispetto alle opzioni prive di requisiti ambientali), ciò considerando l'approccio del ciclo di vita, a partire dalla scelta delle materie prime sino alla fase di smaltimento al termine della vita utile del prodotto o servizio[56] (circostanza, questa, che bene ancora il DNSH pure all'interno dei criteri di che trattasi, laddove si consideri che i CAM sono in costante e periodica evoluzione[57] proprio per tenere conto delle innovazioni ambientali, dei progressi tecnici e tecnologici nei mercati di riferimento). Il rispetto dei criteri ambientali minimi, da tale prospettiva, può assicurare il rispetto del requisito tassonomico del DNSH. Nell'ambito delle azioni volte alla riduzione dell'impatto ambientale degli ap-

[53] Su DNSH come condizionalità imposta dal dispositivo per la ripresa e resilienza v. P. Casalino, *La fase di prima attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza: gestione, monitoraggio e controllo, principi trasversali e condizionalità per il corretto utilizzo delle risorse europee*, in *Riv. Corte Conti*, 2021, 5, 10 ss.

[54] Al momento sono stati adottati CAM per 24 tipologie di forniture e affidamenti: arredi per interni (d.m. 254/2022); arredo urbano (d.m. 07 febbraio 2023); ausili per l'incontinenza (d.m. 24 dicembre 2015); calzature da lavoro e accessori in pelle (d.m. 17 maggio 2018); carta (d.m. 4 aprile 2013); cartucce (d.m. 17 ottobre 2019); edilizia (d.m. 256/2022); eventi culturali (d.m. 347/2022); illuminazione pubblica (fornitura e progettazione; d.m. 27 settembre 2017); illuminazione pubblica (servizio; d.m. 28 marzo 2018); illuminazione e raffrescamento/riscaldamento per edifici (d.m. 7 marzo 2012); infrastrutture stradali (d.m. 279/2024); lavaggio industriale, noleggio di tessili (d.m. 9 dicembre 2020); prestazione energetica (d.m. 12 agosto 2024); pulizie e sanificazione (d.m. 51/2021); rifiuti urbani e spazzamento stradale (d.m. 255/2022); ristorazione collettiva (d.m. 65/2020); ristoro e distributori automatici (d.m. 6 novembre 2023); servizi energetici per gli edifici (d.m. 7 marzo 2012); servizi energetici a prestazione per sistemi edifici-impianti (d.m. 12 agosto 2024); stampanti (d.m. 17 ottobre 2019); tessili (d.m. 7 febbraio 2023); veicoli (d.m. 17 giugno 2021); verde pubblico (d.m. 63/2020). Tutti questi decreti, peraltro, vengono aggiornati periodicamente sulla base dell'evoluzione tecnologica e di mercato.

[55] Sulla obbligatorietà dei CAM, *ex plurimis*, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 05 agosto 2022, n. 6934: «*la ratio dell'obbligatorietà dei CAM sta nell'esigenza di garantire che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell'obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma anche in quello di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, "circolari" e nel diffondere l'occupazione "verde"*».

[56] In dottrina, *ex aliis*, si veda F. Di Giovanni, *"Appalti verdi" e responsabilità sociale dell'impresa*, in M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Napoli, 2016, 63 ss.; F. De Leonardis, *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, 3, 67 ss.; O. Hagi Kassim, *Gli appalti verdi*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, 509 ss.; G. Fidone - F. Mataluni, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2016, 3; D. Bevilacqua, *La normativa europea sul clima e il Green New Deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 2, 297 ss.; F. Fracchia - S. Vernile, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, 2, 15 ss.; I. Baisi, *Criteri di sostenibilità ambientale*, in G.F. Cartei - D. Iaria (a cura di), *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 426 ss.

[57] Si veda, *ex aliis*, il Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione adottato con decreto del Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e con il Ministro delle imprese e del Made in Italy del 3 agosto 2023, ove è confermata l'indicazione di revisionare e l'aggiornare i CAM vigenti nonché la definizione dei CAM su nuove categorie di appalti o concessioni.

palti PNRR, invero, si intravede una forte correlazione tra le disposizioni per il rispetto del principio DNSH e le prescrizioni contenute, ad esempio, nel CAM "Edilizia" di cui al d.m. 23 giugno 2022, n. 256.

Quanto sopra, poi, dovrebbe necessariamente riverberarsi anche nella fase esecutiva, per il mezzo di clausole contrattuali precise e dettagliate con riferimento al rispetto del DNSH. Tanto, a titolo esemplificativo, potrebbe rinvenirsi nella sezione dedicata agli obblighi specifici in capo all'aggiudicatario (quanto al rispetto e all'attuazione dei principi e degli obblighi specifici PNRR), alle modalità di svolgimento del servizio (fermo restando il fatto che i soggetti attuatori sono tenuti a disciplinare nelle condizioni particolari di gara tutte le prescrizioni tecniche specifiche dell'intervento), alle cause di risoluzione (laddove il mancato rispetto delle condizioni per la *compliance* al principio DNSH, oltre all'applicazione di penali contrattuali, può costituire causa di risoluzione del contratto pubblico ai sensi dell'art. 1456 c.c.).

Inoltre, in evidente applicazione del principio in commento, pare opportuno evidenziare l'utilità di previsioni contrattuali volte alla imposizione in capo all'appaltatore della valorizzazione, ove applicabile, di soluzioni volte alla riduzione dei consumi energetici e all'aumento dell'efficienza energetica, determinando un sostanziale miglioramento delle prestazioni energetiche e contribuendo alla riduzione delle emissioni di GHG. Da tale prospettiva, la piena implementazione del DNSH nella fase esecutiva della commessa pubblica imporrebbe pure la traslazione della responsabilità, in capo all'aggiudicatario, del rispetto delle norme e dei regolamenti vigenti nell'ambito del raggiungimento degli obiettivi di mitigazione, adattamento e riduzione degli impatti e dei rischi ambientali (oltre, ovviamente, alla responsabilità circa il concreto e pieno recepimento delle indicazioni specifiche finalizzate al rispetto del principio DNSH e al controllo dell'attuazione dello stesso nella fase realizzativa, anche negli Stati di Avanzamento dei Lavori-SAL, di guisa che gli stessi contengano una descrizione dettagliata sull'adempimento delle condizioni imposte dal rispetto del principio in esame).

5. Il principio DNSH nei procedimenti ambientali.

Giova premettere che la non sovrapponibilità *tout court* tra DNSH e legislazione ambientale (come detto *supra*) ha l'indubbio merito di rafforzare pure il livello di protezione ambientale. In altre parole, si vuole evidenziare qui come la conformità alla legislazione ambientale diventa la soglia minima mentre il DNSH diventa un requisito ulteriore, con susseguente innalzamento della soglia di protezione appena citata[58], come una sorta di ispessimento dei filtri di carattere ambientale. Ed infatti, il principio DNSH rafforza *ex se* l'interesse ambientale, quasi a mo' di falange; e ciò è evidente laddove sol si consideri il fatto che esso sarebbe vincolante non solo nella condotta (cioè, prestare la massima attenzione, nella valutazione amministrativa, al profilo ambientale) ma anche nel risultato (non arrecare un danno significativo al bene ambiente), quasi a escludere, o comunque a

[58] Si pensi alla realizzazione di impianti alimentati da energia fossile, i quali, astrattamente, possono ben essere conformi alle disposizioni di cui al d.lgs. n. 152/2006 (in termini di VIA ad esempio); e però il mancato rispetto del principio DNSH precluderebbe comunque al progetto l'accesso al finanziamento con fondi pubblici.

molto depotenziare, qualsiasi ponderazione degli altri interessi coinvolti[59].

Trattandosi di valutazione squisitamente tecnica, pochissimo spazio, invero, viene riservato qui al bilanciamento dei profili di sostenibilità ambientali con quelli sociali/economici, isolando adunque il fattore ambientale «dalle diverse influenze che potrebbero intaccarlo, comprese le pur legittime esigenze o aspirazioni dei soggetti su cui la misura riverserà i propri effetti»[60].

Ora, con riferimento a procedimenti preliminari per il rilascio di titoli tipicamente ambientali[61], quali ad esempio la VIA[62], la VAS, l'AIA e l'AUA[63], i vincoli DNSH agiscono tendenzialmente, pure alla luce di quanto ripercorso nei paragrafi precedenti, nella fase *ante operam*, di guisa che sarà cura del soggetto attuatore tenerne conto in fase di proposta dell'investimento[64]. È interessante notare come, con riferimento a tali aspetti, si è efficacemente proposto (cfr. la Guida DNSH citata) che il corretto mantenimento di tutte le condizioni previste in sede autorizzativa possa essere supportato pure da un sistema documentato di responsabilità e di registrazioni come quello previsto dai sistemi di gestione ambientale tipo ISO 14001 o EMAS, verificati da un organismo di valutazione della conformità accreditato per lo specifico scopo a norma del Regolamento (CE) n. 765/2008. Ad ogni buon conto, diversamente dal caso dei contratti pubblici, nel caso delle autorizzazioni ambientali, sarà qui cura delle P.A. coinvolte quantomeno: *(i)* garantire il corretto mantenimento di tutte le condizioni previste in sede autorizzativa, richiamando in tal senso l'adempimento alla verifica di ottemperanza delle condizioni ambientali associate ai provvedimenti autorizzatori (sebbene, soprattutto nel caso di amministrazioni di piccole dimensioni, l'assenza del coinvolgimento obbligatorio di istituzioni o organi tecnici di supporto tecnico-scientifico, potrebbe assurgere a problematicità quanto alla corretta verifica delle misure proposte dall'operatore rispetto ai sei obiettivi ambientali del DNSH[65]); *(ii)* la raccolta e la conservazione di tutti gli elementi di verifica.

[59] A differenza, a titolo esemplificativo, della VIA, ove il rispetto del principio di integrazione si manifesta proprio nella ponderazione di plurime istanze – ambientali e non – rilevanti per la scelta. Si rileva, qui, a differenza del DNSH, un carattere compromissorio, che non si risolve *tout court* nella inibizione di opere e progetti che abbiano impatti negativi sull'ambiente. In buona sostanza, nel procedimento di che trattasi, l'interesse ambientale è sì vincolante ma non predominante rispetto ad altre istanze, di guisa che esso può essere modulato a seconda del peso che assume in specifici contesti e tempi.

[60] Si veda anche I. Costanzo, *Il principio do no significant harm (DNSH) nel processo di transizione ecologica: un itinerario di riflessione*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2023, 4, 702 ss.

[61] Si veda, sul punto, la Comunicazione della Commissione 2021/C58/01 con riferimento al valore probatorio ai fini DNSH del positivo espletamento delle procedure VIA e VAS.

[62] La VIA, invero, costituisce culla di molteplici principi del diritto ambientale, in specie quello di prevenzione e di integrazione. Quest'ultimo, in particolare, prevede che nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni dell'UE siano tenute in debita considerazione le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente. A livello applicativo, il principio *de quo* si traduce nell'obbligo, nel procedimento, di valutazione dell'interesse ambientale. Se così perimetrato, è facile coglierne la continuità con il principio DNSH, in quanto, analogamente al principio di integrazione, esso mira ad integrare la valutazione dell'interesse ambientale nelle scelte economiche e di sviluppo, al fine di realizzare le condizioni per uno sviluppo sostenibile. Sul punto I. Costanzo, *op. ult. cit.*, 710 ss.

[63] Ancorché buona parte dei requisiti DNSH siano previsti dalla normativa nazionale, si evidenzia, tuttavia, come alcuni elementi specifici potrebbero non essere previsti nell'istruttoria dei procedimenti citati (ad esempio alcuni obiettivi ambientali, quai la mitigazione dei cambiamenti climatici o l'adattamento ai cambiamenti climatici che non sempre rientrano nella prassi). In altri casi, gli interventi previsti potrebbero addirittura non prevedere autorizzazioni ambientali.

[64] Si veda, sul punto, Cons. Stato, sez. IV, 5 agosto 2024, n. 6966, in *giustizia-amministrativa.it*.

[65] A differenza del procedimento di VIA, ad esempio, ove il provvedimento di compatibilità ambientale è emanato, a seconda dei casi previsti dalla legge, a livello regionale o statale, qui pure con il coinvolgimento di una Commissione tecnica di verifica *ad hoc*.

Approccio, quest'ultimo, che consente, nei fatti, di verificare la coerenza con il principio DNSH all'interno dello stesso processo di VAS o VIA che al contempo garantisce la presenza delle valutazioni e analisi a supporto di livello strategico, necessarie per giustificare il rispetto dello stesso principio di che trattasi[66].

Restano, tuttavia, alcune incoerenze nell'applicazione del principio DNSH nella materia in esame. La prima riguarda un aspetto concettuale, ossia che la valutazione DNSH debba considerare l'impatto ambientale di una misura in termini assoluti, ossia confrontandolo con una situazione di impatto nullo (aspetto, questo, che conduce a esiti problematici, come la valutazione negativa di soluzioni basate sul gas naturale, poiché, in termini assoluti, la sua produzione comporta senza dubbio alcuno emissioni di CO_2[67]). Una seconda criticità riguarda l'applicazione stessa del DNSH, che potrebbe imporre – nei procedimenti di che trattasi – un criterio comparativo non perfettamente coerente per valutare l'impatto ambientale, basato cioè sul confronto con la situazione esistente che l'investimento andrebbe a sostituire[68] (piuttosto che con uno scenario privo di impatti). In terzo luogo, manca, oggi, un coordinamento normativo ordinato tra il DNSH e le procedure ambientali, onde evitare uno sdoppiamento di valutazioni poco logico (si pensi, ad esempio, che i criteri attraverso cui si esplica il principio DNSH ben potrebbero essere inclusi fra quelli già adoperati nella VIA quanto alla valutazione di progetti specifici; ancora, si consideri che i sei obiettivi della mitigazione e dell'adattamento ai cambiamenti climatici sembrerebbero già rispondenti alla *ratio* della VAS, nonché della VIA medesima).

6. Conclusioni.

Si è osservato come il principio DNSH abbia trovato la sua prima applicazione concreta nell'ambito dell'economia e della finanza. La conformità a tale criterio, in questo scenario, rappresentava un riconoscimento per gli operatori economici che desideravano distinguersi come responsabili da un punto di vista *green*, in contrapposizione alla pratica di segno opposto del *greenwashing*. Tuttavia, si badi, non esisteva alcun obbligo generalizzato di rispettarlo. Grazie, però, alla sua struttura, il criterio DNSH è stato rapidamente adottato in altri settori, acquisendo un'importanza sempre più crescente (si pensi alla sua rilevanza oggi nell'assegnazione dei fondi previsti dal Dispositivo per la Ripresa e Resilienza).

La valutazione di conformità DNSH è, quindi, divenuta un requisito imprescindibile e si è affiancata alle altre procedure ambientali destinate a verificare la sostenibilità delle attività umane. Ora, rispetto a strumenti e normative già orientati *de natura* alla tutela ambientale (come la VIA e la VAS e i principi sottostanti), il principio DNSH sembrerebbe, di fatto, un'evoluzione

[66] Cfr., sul punto, la Guida DNSH.

[67] Da tale prospettiva si apprezza anche la differenza, in punto procedurale, con la VIA: mentre la verifica DNSH si applica orizzontalmente a tutte le misure finanziabili tramite il Dispositivo per la resilienza, la VIA riguarda solamente tipologie di interventi espressamente individuate dalla normativa. Stante l'obiettivo della neutralità climatica fissato dal GD, peraltro, molti progetti individuati dal d.lgs. n. 152/2006 negli Allegati rilevanti (es. raffinerie o attività di perforazione) sarebbero, alla luce del DNSH, non autorizzabili.

[68] Aspetto questo, invero, poco fondato, in quanto una valutazione assoluta è richiesta, a ben vedere, solo quando esiste un'alternativa praticabile dal punto di vista tecnologico ed economico. In assenza di tale alternativa, è certamente possibile dimostrare la conformità al DNSH adottando le migliori tecnologie disponibili nel settore per minimizzare l'impatto ambientale dell'investimento/opera.

del principio di integrazione, nel senso di rafforzarne l'efficacia nel prevenire la realizzazione di progetti contrari ai principi della sostenibilità (si veda, in parallelo, la riduzione della discrezionalità amministrativa nella verifica del rispetto del DNSH rispetto a quanto avviene, ad esempio e con riferimento ai plurimi interessi da bilanciare nel gioco procedimentale, nella VIA). A differenza, però, del principio di integrazione, il DNSH appare decisamente più rigido: esso mira a garantire un livello minimo e inderogabile di protezione ambientale, indipendentemente dal tipo di attività svolta e dalla sua rilevanza economica o sociale[69].

Il valore aggiunto di questo principio, adunque, sembrerebbe consistere in una maggiore (e rinnovata) attenzione al dato tecnico-scientifico e nel rafforzamento del principio di prevenzione. Peraltro, è evidente la capacità del DNSH, in quanto principio, di espandersi sia in ampiezza orizzontale che in profondità verticale: con riferimento al primo profilo, infatti, il DNSH è sempre più "richiesto" (e applicato) in molteplici settori strategici per la crescita economica degli Stati membri dell'UE, non solo se si guarda al PNRR ma anche se si volge lo sguardo ai Fondi Strutturali Europei 2021-2027; quanto al secondo profilo, non può tacersi circa il fatto che la verifica di conformità DNSH è altamente pervasiva, essendo obbligatoria per qualsiasi misura, indipendentemente dalla previsione di impatti negativi significativi sugli ecosistemi.

Nel settore dei contratti pubblici, questo si traduce pure nel fatto che gli impegni presi dalle Amministrazioni, in sede di autovalutazione DNSH, devono essere tradotti in precise avvertenze e monitorati fin dai primi atti riferibili alla misura fino al collaudo/certificato di regolare esecuzione degli interventi o alla conclusione delle attività. Costituisce, a titolo esemplificativo, valore aggiunto l'esplicitazione degli elementi essenziali necessari all'assolvimento del DNSH nei decreti di finanziamento e negli specifici documenti tecnici di gara, eventualmente prevedendo meccanismi amministrativi automatici che comportino la sospensione dei pagamenti e l'avocazione del procedimento in caso di mancato rispetto del DNSH stesso. Allo stesso modo, nelle gare d'appalto, sarà utile che i documenti d'indirizzo alla progettazione (così come la *lex specialis* nel suo complesso) fornisca indicazioni tecniche per l'applicazione progettuale delle prescrizioni finalizzate al rispetto del DNSH; analogamente i documenti di progettazione, capitolato e disciplinare dovrebbero riportare indicazioni specifiche affinché sia possibile riportare anche negli stati di avanzamento dei lavori una descrizione dettagliata sull'adempimento delle condizioni imposte dal rispetto del principio *de quo*[70].

Del resto, il valore aggiunto del principio DNSH sta proprio nel maggior ossequio al dato tecnico-scientifico, cui è ancorata la valutazione, e al potenziamento del prin-

[69] Si veda, sul punto, I. Costanzo, *op. ult. cit.*, 711 ss.

[70] Come chiarito anche nella Guida DNSH, per assicurare il rispetto dei vincoli DSNH in fase di attuazione è opportuno che le Amministrazioni titolari di misure e i soggetti attuatori: *(i)* indirizzino, a monte del processo, gli interventi in maniera che essi siano conformi inserendo gli opportuni richiami e indicazioni specifiche nell'ambito degli atti programmatici di propria competenza, tramite per esempio l'adozione di liste di esclusione e/o criteri di selezione utili negli avvisi per il finanziamento di progetti; *(ii)* adottino criteri conformi nelle gare di appalto (o procedure di affidamento) per assicurare una progettazione e realizzazione adeguata degli interventi; *(iii)* raccolgano le informazioni necessarie per la rendicontazione di ogni singola milestone e target nel rispetto delle condizioni collegate al principio del DSNH e definiscano la documentazione necessaria per eventuali controlli. Cfr. A. Bartolini, *Green Deal europeo e il c.d. principio DNSH*, in *Federalismi.it*, 2024, 15, 51 ss.

cipio di prevenzione, grazie al vincolo applicativo generalizzato, non tipologico[71]. DNSH che, nei fatti, contribuisce a definire i caratteri e, al contempo, la causa di giustificazione dello stesso intervento nell'economia di matrice europea, perché garantisce un sostegno finanziario già conformato ad alcuni obiettivi ambientali per investimenti che, altrimenti, non si sarebbero realizzati.

Vero è che, nella pratica, le P.A., a livello nazionale, spesso si limitano a recepire le indicazioni contenute nella Guida DNSH, in quanto i bandi e i contratti di finanziamento obbligano i soggetti attuatori a svolgere, pena la decadenza dal beneficio, a svolgere la procedura di autovalutazione secondo le indicazioni della Guida medesima (pur in assenza di alcun carattere vincolante). Circostanza questa registrata più volte in via pretoria (da ultimo nella pronuncia in commento), ove si rileva come le Amministrazioni – titolari del finanziamento – recepiscono proprio i contenuti della Guida (pure per il mezzo della *lex specialis*), ma loro carattere cogente. Tuttavia, non può tacersi, sul punto, come il dato giurisprudenziale[72] confermi anche il fatto cha la P.A. può certamente sempre discostarsi dai contenuti autovalutativi della Guida *de qua*, purché motivatamente, lasciando quindi intendere che qui non è tanto necessario il rispetto di una predefinita griglia di criteri del DNSH, quanto piuttosto la sua *ratio* (il principio, per l'appunto, di non arrecare danno all'ambiente, misurabile in concreto per il mezzo di plurimi indicatori purché idonei allo scopo).

Ed è forse da tale prospettiva che è maggiormente sentita la necessità di una definitiva positivizzazione del principio in esame. Sul punto, il d.lgs. n. 152/2006 – nel fare propri i principi comunitari di tutela ambientale a cui devono uniformarsi sia il potere pubblico, nella sua attività di normazione ovvero di esercizio delle funzioni amministrative, sia i privati nelle proprie attività economiche e di vita quotidiana – non contempla ancora espressamente il DNSH. Ora, sebbene la mancanza di un riferimento formale non ne compromette certo né la rilevanza né l'applicabilità, è lecito comunque chiedersi se, in una prospettiva futura di riforma, non sia opportuno positivizzare esplicitamente il principio in oggetto[73]. Ciò, peraltro, permetterebbe di indirizzare con maggiore certezza – negli ambiti *supra* descritti – l'azione dei poteri pubblici nazionali, già orientata alla tutela ambientale, alla solidarietà tra generazioni e allo sviluppo sostenibile, anche in relazione agli obiettivi stabiliti dalla tassonomia ambientale[74]. Circostanza, invero, necessaria qualora si intendesse applicare il DNSH, quale principio per l'appunto, anche al di fuori delle disposizioni che ne prevedono espressamente l'applicazione (*inter alia*, gli affidamenti PNRR), superando così anche quelle criticità evidenziate in dottrina quanto alla natura di mero criterio del DNHS in esame (checché

[71] G.M. Caruso, I*l principio "do non significant harm": ambiguità, caratteri e implicazioni di un criterio positivizzato di sostenibilità ambientale*, in *La cittadinanza europea*, 2022, 2, 141 ss.

[72] T.A.R. Lazio, Roma, sez. V *ter*, 26 marzo 2024, n. 5923, in *giustizia-amministrativa.it*.

[73] Cfr. U. Barelli, Il *principio DNSH e il nuovo criterio DNSH*, in *RGA online*, 2023, 39; F. Spera, *Da valutazione "non arrecare un danno significativo" a "principio DNSH": la codificazione di un nuovo principio europeo e l'impatto di una analisi trasversale rivolto al futuro*, in *I Post di ASIDUE*, 2022, 4.

[74] Sul punto, la stessa Guida DNSH costituisce solo un tentativo (nobile e di indubbia utilità) di indirizzare l'attività dei funzionari amministrativi, attualmente sforniti non solo di un chiaro quadro legislativo a regolazione del principio in esame, ma anche di strategie per valutare con consapevolezza e competenza l'effettiva sostenibilità degli interventi da attuare.

la portata stessa della regola insita nel concetto "*do not significant harm*", sul piano ambientale, rechi in sé una *vis* espansiva tale, come visto, da superare i confini formali del Regolamento Tassonomia[75], straripando su tutte le valutazioni ambientali, anche in assenza di espresso riferimento ad esso).

Del resto, nel contesto della transizione ecologica, l'intervento statale in ambito economico si conforma sempre più al principio di non arrecare danni significativi agli obiettivi ambientali, indipendentemente dalla natura delle risorse impiegate. Questo processo spinge, inevitabilmente, a qualificare i criteri di sostenibilità ambientale come veri e proprio vincoli strutturali all'esercizio della stessa discrezionalità amministrativa (come bene emerge dagli spunti pretori offerti nelle prime pronunce sul tema); cambiamento, questo, destinato a persistere ben oltre la scadenza del PNRR.

Gianluigi Delle Cave

[75] Si ricorda che l'obbligo di non arrecare un danno significativo nasce, invero, al di fuori del diritto ambientale e dei Piani, collocandosi nell'ambito della regolazione della finanza privata. Cfr. R. Ferrara, *La valutazione di impatto ambientale fra principio di precauzione e DNSH (do no significant harm): spunti di riflessione*, in *Riv. giur urb.* 2024, 12.

4. Attestato di libera circolazione di un bene culturale e potere di autotutela

Il Consiglio di Stato solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990 (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 16 ottobre 2024, n. 8296)

Sommario: 1. Il caso di specie. – **2.** I termini per l'esercizio dei poteri di autotutela. – **3.** Attestato di libera circolazione di un bene culturale ed esercizio dei poteri di autotutela: un'analisi giurisprudenziale. – **4.** La non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale. – **5.** Brevi osservazioni conclusive.

1. Il caso di specie.

Nel 2015 l'Ufficio Esportazione di Verona rilasciava, ai sensi dell'art. 68 del d.lgs. n. 42 del 2004, l'attestato di libera circolazione[1] relativo a un olio su tela raffigurante una figura femminile, attribuito alla scuola italiana del XVI secolo, dal valore stimato di € 65.000,00. L'opera veniva, in seguito, venduta ed esportata all'estero.

Nel 2019, all'esito di un restauro, emergeva un elemento distintivo dell'opera, in precedenza almeno parzialmente celato a causa del suo cattivo stato di conservazione, che permetteva a uno studioso – grazie alla lettura del carteggio Vasari – di attribuire proprio al Vasari la sua esecuzione.

Nel 2021, la Direzione generale archeologia belle arti e paesaggio del Ministero della Cultura, venuta a conoscenza di tale circostanza, annullava in autotutela, ai sensi dell'art. 21-*nonies*, della l. n. 241 del 1990, l'attestato di libera circolazione, reputando che esso fosse viziato da travisamento dei fatti.

In risposta alle osservazioni prodotte dal privato destinatario del provvedimento, l'Amministrazione confermava la propria decisione, giustificando l'esercizio dei poteri in autotutela con l'atteggiamento poco

[1] In termini generali, sulla circolazione internazionale dei beni culturali in dottrina si vedano, *ex multis*, A. Lanciotti, *La Circolazione dei beni culturali nel diritto internazionale privato e comunitario*, Napoli, 1996; M. Frigo, *La circolazione internazionale dei beni culturali. Diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2007; F. Lafrange, *La circolazione internazionale dei beni culturali dopo le modifiche al Codice*, in *Aedon*, 2009; P. Venditti, *La circolazione dei beni culturali in ambito internazionale e la tutela del proprietario in caso di trasferimento illecito o illegale*, in *Arte e Diritto*, 2024, 1, 85 ss. Con specifico riferimento all'attestato di libera circolazione si veda, tra i molti commentari al Codice dei beni culturali e del paesaggio, C. Ferrazzi, *Commento all'art. 68*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019, 675 ss.

collaborativo e, anzi, omissivo tenuto dalla parte al momento della presentazione dell'istanza, in violazione del dovere di correttezza nei rapporti tra privati e pubblica Amministrazione. Infine, veniva emesso un provvedimento espresso di diniego dell'attestato di libera circolazione, avviando altresì il procedimento per la dichiarazione dell'interesse artistico e storico particolarmente importante, ai sensi dell'art. 68, comma 6, del d.lgs. n. 42 del 2004.

Avverso i citati provvedimenti venivano proposti due distinti ricorsi innanzi al T.A.R. Roma dal privato destinatario dei provvedimenti e dall'attuale proprietario della tela, sorretti da un articolato elenco di motivi. Entrambi i ricorsi venivano respinti[2].

I ricorrenti in primo grado presentavano due autonomi ricorsi in appello, che venivano riuniti dal Consiglio di Stato adito, in quanto aventi a oggetto la medesima vicenda sostanziale.

Per quanto di interesse, le sentenze di primo grado venivano censurate nella parte in cui avevano respinto i motivi di ricorso con cui era stata denunciata l'illegittimità dei provvedimenti in ragione del decorso del termine di dodici mesi previsto dall'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990[3], per l'esercizio del potere di annullamento in autotutela.

In particolare, il Giudice di prime cure, pur ritenendo applicabile al caso di specie il termine di dodici mesi stabilito per gli atti autorizzativi, non aveva reputato fondato il motivo di ricorso, affermando che, nel caso di specie, tale termine avrebbe potuto subire una deroga, in ragione del comportamento omissivo tenuto dal privato, che avrebbe impedito la corretta attribuzione della tela da parte dell'Amministrazione. Secondo l'interpretazione del T.A.R. Roma, avrebbe trovato applicazione la previsione di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, della l. n. 241 del 1990[4].

Il Consiglio di Stato ha ritenuto condivisibili le censure svolte dagli appellanti con specifico riferimento all'inconfigurabilità, nel caso in esame, di una condotta di "falsa rappresentazione dei fatti", non potendo esserne raggiunta la piena prova.

A questo punto, il Giudice dell'appello non è addivenuto alla riforma delle sentenze di primo grado, in favore dei privati, ma ha sollevato d'ufficio innanzi alla Corte costituzionale questione di legittimità costituzionale dell'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990, per contrasto con gli artt. 3, comma 1, 9, comma 1 e comma 2, 97, comma 2 e 117, comma 1.

Più precisamente, ad avviso del Collegio, tale previsione, quando riferita ai provvedimenti di autorizzazione incidenti su un

[2] Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*quater,* 19 luglio 2022, n. 10294, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[3] Di seguito il testo dell'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990: "*Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo*".

[4] Si riporta il testo dell'art. 21-*nonies*, comma 2 bis, della l. n. 241 del 1990: "*I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445*".

interesse sensibile e di rango costituzionale come la tutela del patrimonio storico e artistico sarebbe in contrasto con:

"- il parametro costituzionale di ragionevolezza ex art. 3, comma 1, Cost., quale limite alla discrezionalità del legislatore nella costruzione della disciplina di legge;

- la stessa protezione del primario bene costituzionale della integrità ex art. 9, comma 1 e comma 2, del patrimonio storico e artistico della Nazione;

- la responsabilità individuale e collettiva nei confronti dell'eredità culturale sancita dall'art. 1 lett. b) e d) della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società firmata a Faro il 27 ottobre 2005;

- l'obbligo dello Stato italiano a 'riconoscere l'interesse pubblico associato agli elementi dell'eredità culturale, in conformità con la loro importanza per la società' e 'promuovere la protezione dell'eredità culturale' ex art. 5 lett. A) e b) della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società firmata a Faro il 27 ottobre 2005;

- il valore, pure di rango costituzionale, ex art. 97, comma 2, Cost. Del buon andamento dell'amministrazione".

Gli argomenti adottati dal Consiglio di Stato per sostenere la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale forniscono l'occasione per svolgere alcune riflessioni in merito all'esercizio del potere di annullamento in autotutela, nel caso in cui i provvedimenti autorizzatori riguardino interessi sensibili, quali la tutela dell'ambiente e dei beni culturali.

2. I termini per l'esercizio dei poteri di autotutela.

Come noto, l'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990 detta la disciplina dell'annullamento d'ufficio, che, insieme alla revoca di cui all'art. 21-*quinquies*, costituisce una delle forme di esercizio del potere di autotutela della pubblica Amministrazione, previste dal nostro ordinamento[5].

L'art. 21-*nonies* definisce attentamente le condizioni che possono determinare l'Amministrazione a emanare un provvedimento di secondo grado, capace di travolgere un precedente provvedimento, privandolo *ex tunc* della sua capacità di produrre effetti giuridici. In particolare, l'Amministrazione può annullare un provvedimento d'ufficio solamente al ricorrere – congiuntamente – dei seguenti presupposti: quando questo sia illegittimo, poiché affetto da uno dei vizi elencati dall'art. 21 *octies*, quando l'annullamento risponda a un interesse pubblico e, infine, laddove tale potere intervenga entro un determinato lasso temporale. L'annullamento in autotutela, in ogni caso, deve te-

[5] Sull'annullamento d'ufficio si vedano, tra i più recenti contributi dottrinali, M. Sinisi, *Autotutela e governo del territorio,* in *Riv. giur. ed.*, 2024, 2, 157 ss.; Id., *Il potere di autotutela caducatoria (art. 21-quinquies e 21-nonies l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in M.A. Sandulli (a cura di), *principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023, 543 ss.; M.A. Sandulli - G. Strazza, *L'autotutela tra vecchie e nuove incertezze: l'Adunanza plenaria rilegge il testo originario dell'art. 21 nonies, l. n. 241 del 1990*, in S. Toschei (a cura di), *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato*, Roma, 2018; M.A. Sandulli, *Autotutela e stabilità del provvedimento nel prisma del diritto europeo*, in P.L. Portaluri (a cura di), *L'amministrazione pubblica nel prisma del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma Madia*, Napoli, 2017; C. Deodato, *L'annullamento d'ufficio,* in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017; 1173 ss. e F. Francario, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it,* 8, 2017; A. Carbone, *Il termine per esercitare l'annullamento d'ufficio*, in A. Rallo - A. Scognamiglio, *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, Napoli, 2016, 85 ss.

nere in considerazione gli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

In relazione al requisito temporale, la norma in esame detta alcune precisazioni. In via generale, non è stabilito un termine fisso entro il quale può essere emesso un provvedimento di secondo grado, dal momento che il legislatore fa riferimento a un generico "termine ragionevole". È lasciato, dunque, un certo margine di discrezionalità in capo all'Amministrazione[6]. Tuttavia, quando l'atto di primo grado rientra nella categoria dei "provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici", viene individuato espressamente dalla norma il termine massimo di dodici mesi dalla sua adozione per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio. In questo modo, come meglio si dirà nel prosieguo, il legislatore ha voluto prestare una particolare tutela al legittimo affidamento risposto dal privato nella validità del provvedimento, in un'ottica di certezza dei rapporti giuridici[7].

Oltre alle ipotesi "ordinarie" sopra richiamate, l'art. 21-*nonies* ha introdotto al suo comma 2 *bis* un'eccezione alla regola, ammettendo l'esercizio dell'annullamento d'ufficio anche oltre i termini di cui al comma 1, al ricorre di determinate circostanze.

Più precisamente, i provvedimenti amministrativi possono essere annullati anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi qualora siano stati "*conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato*".

In accordo con l'interpretazione offerta dalla più recente giurisprudenza amministrativa[8], il comma 2-*bis* individua due differenti casistiche, in cui l'applicazione del "termine ragionevole" trova giustificazione nel venir meno dell'esigenza di tutela dell'affidamento del privato, ove questo abbia ottenuto i titoli oggetto dell'autotutela in modo fraudolento.

La differenza sostanziale tra le due ipotesi sta nel fatto che nella prima – cioè in caso di false rappresentazioni dei fatti – è possibile superare il limite di dodici mesi a prescindere da qualsivoglia accertamento penale di natura processuale, tutte le volte che l'istante abbia rappresentato dolosamente uno stato preesistente diverso da quello reale. Sarà l'Amministrazione a dover accertare con i propri mezzi, caso per caso e in modo inequivocabile, la falsa rappresentazione. In caso di dichiarazioni sostitutive di certificazioni false o mendaci, se frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante, invece, sarà necessario l'accertamento definitivo in sede penale[9].

[6] Sulla corretta individuazione del "termine ragionevole" di cui all'art. 21-*nonies*, comma 1, in giurisprudenza si vedano, ad esempio, Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2024, n. 7188, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 18 aprile 2024, n. 7672, in *Red. Giuffrè*, 2024; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 3 febbraio 2023, n. 184, *ivi*, 2022 e soprattutto, con riferimento al permesso di costruire, Cons. Stato, Ad. plen. 17 ottobre 2017, n. 8, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 5, I, 1089, con nota di N. Posteraro.

[7] Uno specifico termine – in origine di diciotto mesi – per l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti di autorizzazione e attribuzione di vantaggi economici, come noto, è stato introdotto per la prima volta dalla legge n. 124 del 2015. Questo è stato portato agli attuali dodici mesi dall' art. 63 del d.l. 77 del 2021, convertito in l. n. 108 del 2021.

[8] In giurisprudenza in questi termini si segnalano, tra le più recenti pronunce, T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. III, 10 luglio 2024, n. 2192, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 27 febbraio 2024, n. 1926, in *Riv. giur. ed.*, 2024, 2, I, 307; Id., Sez. IV, 18 marzo 2021, n. 2392, *ivi*, 2021, 3, I, 921 e Id., Sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940, *ivi*, 2018, 3, I, 680.

[9] La distinzione è rilevante – ed espressamente menzionata – anche nella pronuncia in commento, riguardante un'ipotesi di potenziale falsa rappresentazione dei fatti, per la quale, tuttavia,

Per i casi descritti dall'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, della l. n. 241 del 1990 – e in particolare per le ipotesi di accertamento penale delle dichiarazioni false o mendaci – dottrina e giurisprudenza hanno adottato l'insidiosa nozione di "autotutela doverosa". In questa categoria sono state fatte rientrare ulteriori ipotesi sia di elaborazione giurisprudenziale sia normativa[10].

L'autotutela doverosa, la cui esatta portata è a tutt'oggi discussa, contempla ipotesi in cui – al ricorrere di determinate circostanze e anche in deroga ai termini di cui all'art. 21-*nonies,* comma 1 – l'Amministrazione è tenuta ad annullare *ex officio* un provvedimento precedentemente emesso.

Secondo parte della dottrina, l'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis* detterebbe una c.d. autotutela doverosa "parziale", caso in cui cioè si assiste a una semplice dequotazione del termine per procedere all'annullamento d'ufficio[11].

Simili casistiche sembrano dimostrative di un'insofferenza da parte degli interpreti a una rigida applicazione dei limiti generali per l'esercizio dell'annullamento d'ufficio, dettati a tutela dell'affidamento dei privati, ove la tutela dell'interesse pubblico assume portata prioritaria rispetto all'affidamento dei privati.

3. Attestato di libera circolazione di un bene culturale ed esercizio dei poteri di autotutela: un'analisi giurisprudenziale.

Il Codice dei beni culturali e del paesaggio detta un'attenta disciplina della circolazione dei beni culturali in ambito internazionale, che trova collazione agli artt. 64-*bis* ss.[12]. Si tratta di un istituto essenziale per la tutela dei beni culturali, dal momento che la fuoriuscita di un determinato bene dai confini nazionali potrebbe compromettere l'integrità stessa del patrimonio culturale. Come stabilito dall'art. 64-*bis*, comma 3, i beni costituenti il patrimonio culturale, infatti, non sono assimilabili a merci[13].

---

come accennato nel primo paragrafo, l'Amministrazione non ha ritenuto sussistente un quadro indiziario univoco tale da provare simile condotta. In questo caso, pertanto, non è stata ritenuta applicabile l'eccezione alla regola generale del limite dei dodici mesi per procedere all'annullamento d'ufficio.

[10] Sull'autotutela doverosa, in dottrina, tra i più recenti contributi, si vedano, *ex multis*, N. Posteraro, *Il dovere di provvedere a fronte di una richiesta di annullamento in autotutela*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., 359-361; M. Giavazzi, *Legalità, certezza del diritto e autotutela: riflessioni sulla funzionalizzazione dell'annullamento d'ufficio all'effetto utile*, in *CERIDAP*, 4, 2020; F.V. Virzì, *La doverosità del potere d'annullamento d'ufficio*, in *Federalismi.it*, 14, 2018; S. Tuccillo, *Autotutela: potere doveroso?*, *ivi*, 16, 2016; N. Posteraro, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017)*, *ivi*, 20, 2017; G. Manfredi, *Annullamento doveroso?*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017; C. Deodato, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. Sandulli (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, cit., 1190 ss.

[11] Cfr. N. Durante, *L'autotutela doverosa*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022. Un'attenta ricostruzione dell'autotutela doverosa è stata recentemente svolta da Cons. Stato, Sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415, in questa *Rivista*, 2024, con nota di F. Campolo. Nella citata sentenza il Consiglio di Stato ha chiarito come l'ipotesi di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis* costituisca un caso di autotutela doverosa parziale, da intendersi non come individuante un obbligo di emanare senz'altro un provvedimento di secondo grado, ma solo nel senso di imporre la valutazione dell'istanza di autotutela presentata dal privato interessato, oltre i termini di legge, verificando la sussistenza dei presupposti di cui al suo primo comma.

[12] Per i riferimenti dottrinali in materia di circolazione internazionale dei beni culturali e attestato di libera circolazione si rimanda a quanto indicato *sub* nota 1.

[13] L'art. 64 *bis,* comma 3 del d.lgs. n. 42 del 2004, più precisamente, stabilisce che "*Con riferimento al regime della circolazione internazionale, i beni costituenti il patrimonio culturale non sono assimilabili a merci*".

Per quei beni per i quali il d.lgs. n. 42 del 2004 non stabilisce un divieto di uscita definitiva dal territorio italiano, ai sensi del suo art. 65, questa è possibile previo ottenimento di un attestato di libera circolazione. Il successivo art. 68 del d.lgs. n. 42 del 2004 definisce modalità e tempi per la presentazione dell'istanza volta al rilascio di detto attestato, spettante all'Ufficio esportazione della competente Soprintendenza.

A seguito dello svolgimento del procedimento di cui all'art. 68 citato, l'Ufficio esportazione può proporre al Ministero l'acquisto coattivo della cosa per la quale è richiesto l'attestato di libera circolazione, per il valore indicato nella denuncia, ai sensi dell'art. 69 del d.lgs. n. 42 del 2004, ove sia riconosciuto al bene un interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico, ai termini dell'art. 10 del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

L'attestato di libera circolazione rientra pacificamente – come riconosciuto nella pronuncia in esame – nella nozione di autorizzazione[14]. Pertanto, ai fini dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, è assoggettato al limite temporale di dodici mesi dall'adozione del provvedimento.

Le criticità date dalla rigida applicazione di detto termine ai beni culturali si manifestano con tutta evidenza nelle ipotesi, come quella oggetto della pronuncia in esame, in cui solo successivamente al rilascio dell'attestato di libera circolazione – anche a distanza di diversi anni – un bene ritenuto idoneo alla circolazione internazionale, poiché non rientrante nelle ipotesi di "divieto di uscita" ai sensi dell'art. 65 del d.lgs. n. 42 del 2004, si scopre, invece, meritevole di appartenere a questa categoria.

L'ipotesi più insidiosa è proprio quella dell'attribuzione di un dato bene a un determinato autore di fama internazionale, solo a seguito di nuovi studi condotti sull'opera stessa. Così, ad esempio, un quadro per anni attribuito alla scuola/bottega di un certo artista, a seguito di un'attenta attività di restauro viene riconosciuto come di esecuzione diretta del Maestro.

La nuova attribuzione, in questi casi, può incrementare in maniera esponenziale l'importanza, il valore e, di conseguenza, le esigenze di tutela e valorizzazione dello specifico bene culturale.

Negli ultimi anni, sono giunti innanzi al Giudice amministrativo alcuni casi di impugnazioni di provvedimenti di annullamento in autotutela di attestati di libera circolazione, ritenuti illegittimi in ragione del superamento del termine di dodici mesi di cui all'art. 21-*nonies*, comma 1, che hanno ottenuto una certa risonanza mediatica[15].

Tra questi, appare di rilievo una recente pronuncia del T.A.R. Veneto[16], riguardante

[14] Si legge nella sentenza in commento che "*La nozione tradizionale di 'autorizzazione', inteso come provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato beneficiario consistente nella rimozione di un ostacolo all'esercizio di una facoltà spettante allo stesso, è talmente ampia, nell'interpretazione costante della giurisprudenza amministrativa [...] da farvi rientrare anche atti che vanno a influire sulla tutela di interessi di rango superprimario e tendenzialmente poziore rispetto all'affidamento del privato alla stabilità del titolo ottenuto*".

[15] A dimostrazione di come il problema legato alla nuova attribuzione di un'opera solo a seguito dell'avvenuto rilascio dell'attestato di libera circolazione sia molto sentito nel settore del mercato dell'arte si veda M. Lampertico - L. Castelli, *I problemi giuridici di maggiore attualità nel mercato dell'arte: dialogo tra un giurista e un gallerista*, in *Arte e Diritto*,1, 2024, 163 ss.

[16] Cfr. T.A.R. Veneto, 31 gennaio 2024, n. 182, in *www.giustizia-amministrativa.it*. La pronuncia ha avuto un certo risalto mediatico ed è stata commentata, ad esempio, da M. Pirelli, *Guercino: il Tar del Veneto sblocca l'uscita. Il MiC non può annullare il via libera all'export perché cambia l'attribuzione*, in *www.sole24ore.com*, 13 febbraio 2024.

l'impugnazione del provvedimento con cui l'Ufficio esportazione di Verona, nel 2023, aveva annullato in autotutela un attestato di libera circolazione rilasciato nel 2019, avente a oggetto un dipinto raffigurante San Francesco in estasi e l'angelo musicante, attribuito al tempo alla bottega del Guercino. L'annullamento trovava giustificazione nella nuova attribuzione dell'opera, avvenuta a seguito di un successivo restauro, al Guercino stesso. Anche in questo caso, l'Amministrazione motivava il superamento del termine di dodici mesi previsto dall'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990 con l'asserita configurabilità dell'eccezione di cui al successivo comma 2-*bis,* in ragione della condotta omissiva-colposa del privato.

Il T.A.R. Veneto accoglieva il ricorso, affermando che, nel caso di specie, non fosse possibile sostenere la tesi della Soprintendenza, secondo cui il rilascio dell'attestato sarebbe stato indotto da false rappresentazioni e dichiarazioni del denunciante. Sul punto il Giudice ha significativamente evidenziato come "*non ogni incompletezza, omissione, errore, imprecisione nella redazione delle istanze può essere valorizzata ai fini del legittimo esercizio dell'autotutela oltre il termine previsto dall'art.* 21-nonies*, comma 1, legge 241/1990. Occorre, invece, che sussista una "falsa rappresentazione" dei fatti idonea a indurre in errore l'amministrazione, ossia una rappresentazione di fatti divergente dalla realtà (quindi falsa, o anche solo parziale) di cui l'amministrazione non possa avvedersi nel corso di un'ordinaria istruttoria e che disveli, pertanto, un intento fraudolento o malizioso del richiedente, come tale non meritevole di tutela*".

Nei medesimi termini si era in precedenza espresso Cons. Stato, Sez. VI, 21 novembre 2023, n. 9962[17], che aveva ritenuto illegittimo l'annullamento d'ufficio di un attestato di libera circolazione di un dipinto del XVI secolo, attribuito al Bassano, emesso oltre dodici mesi dopo il suo rilascio. L'Amministrazione, anche in questo caso, aveva tentato – senza successo – di sostenere l'applicabilità dell'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*.

A pochi mesi fa risale la pronuncia Cons. Stato, Sez. VI, 4 ottobre 2024, n. 8010[18], con cui, invece, è stata confermata la sentenza del T.A.R. Roma, che, in un ulteriore caso di nuova attribuzione di una tela, successivamente al rilascio dell'attestato di libera circolazione, aveva ritenuto legittimo il conseguente provvedimento di annullamento in autotutela dell'Amministrazione, ritenendo configurabile l'ipotesi di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*. Ciò perché, nel caso concreto, la condotta tenuta dal privato è stata valutata come comportante una "*lacunosa e ambigua rappresentazione dei fatti, la quale ha impedito all'Amministrazione di formare in maniera pienamente consapevole il proprio giudizio in ordine al valore artistico dell'opera*". Diversi elementi indiziari, infatti, avevano portato il Giudice amministrativo a ritenere che, già al momento della domanda, i proprietari avessero potuto nutrire una qualche aspettativa in ordine all'attribuibilità della tela al Caravaggio, che era stata celata attraverso una condotta tale da impedire all'Amministrazione di disporre di "*una piattaforma conoscitiva completa e attendibile su cui fondare la propria determinazione*"[19].

[17] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 novembre 2023, n. 9962, in *Red. Giuffrè*, 2024.

[18] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 ottobre 2024, n. 8010, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[19] Nel caso oggetto della pronuncia Cons. Stato n. 8010/2024,

Dalle pronunce segnalate – emesse nell'arco di soli due anni – emerge, in primo luogo, che la casistica della nuova attribuzione di un'opera, implicante un incremento del suo valore e della sua importanza per il patrimonio culturale nazionale, a seguito del rilascio di un attestato di libera circolazione, non è un fenomeno statisticamente irrilevante.

In secondo luogo, si comprende come l'orientamento a oggi seguito dalla giurisprudenza sia quello di negare la possibilità per le Amministrazioni di annullare in autotutela, oltre il termine di dodici mesi, gli attestati di libera circolazione previamente emessi. L'unica possibilità per un annullamento tardivo si ha al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis* e, in particolare, dando dimostrazione di un quadro indiziario dal quale emerge un comportamento malizioso o fraudolento del richiedente.

È di interesse segnalare che la giurisprudenza sopra richiamata ha messo in allarme il Ministero della Cultura che, con la recente circolare n. 21 del 2024 della Direzione Generale Archeologia Belle Arti e Paesaggio, preso atto dell'orientamento del g.a., ha invitato gli Uffici competenti "*per evitare l'irrimediabile uscita dal territorio nazionale di opere d'arte che, onde opportunamente presente agli uffici esportazione, non avrebbero ricevuto l'attestato di libera circolazione*" a voler dichiarare l'improcedibilità dell'istanza nei casi in cui "*la mancanza o insufficienza di informazioni unitamente alla scarsa leggibilità dell'opera non consentano la adeguata valutazione dell'interesse culturale*"[20].

La breve ricostruzione della recente giurisprudenza sul tema di cui si discute chiarisce quale sia lo sfondo su cui la sentenza in commento ha sviluppato le proprie riflessioni, sfondo caratterizzato dall'urgenza di trovare risposta a un sentito problema concreto che investe il mercato dell'arte e le Amministrazioni preposte alla tutela del patrimonio culturale.

Tale situazione critica è stata emblematicamente descritta dal Consiglio di Stato

cit., è di interesse segnalare le valutazioni svolte dal Collegio, a dimostrazione del comportamento fraudolento della parte: "*Basti in proposito osservare che:*
- rilevante ai fini della possibile attribuzione al Caravaggio è stata ritenuta, come pure si legge nel catalogo della mostra tenutasi nel settembre 2012 e curata dal Prof. -OMISSIS-, la circostanza, taciuta in sede di istanza, della provenienza del dipinto da una collezione storica polacca nella quale si tramandava il ricordo della provenienza della tela da collezioni della famiglia romana -OMISSIS-;
- parimenti rilevanti ai fini della possibile attribuibilità dell'opera al Caravaggio sono state considerate le dimensioni del dipinto (in quanto analoghe all'opera caravaggesca "La buona ventura"), dati sui quali sono state forniti dall'istante indicazioni ondivaghe ed errate;
- le sopraricordate indagini scientifiche e l'intervento di restauro hanno avuto, con ogni probabilità, costi non trascurabili difficilmente giustificabili dal punto di vista economico con riguardo ad un'opera considerata una copia priva di valore;
- l'organizzazione della prima mostra-convegno in cui è stata pubblicamente affermata l'attribuibilità al Caravaggio dell'opera di che trattasi ha avuto luogo, per stessa ammissione di parte, in Santa Maria Tiberina (PG) dal 29 settembre 2012, a distanza brevissima di tempo (circa tre mesi) dalla presentazione della domanda di rilascio di attestato di libera circolazione (avvenuta in data 14 giugno 2012) il che lascia ritenere, secondo l'id quod plerumque accidit, che la stessa proprietà potesse nutrire, al momento della domanda, una qualche aspettativa in ordine alla attribuibilità al Caravaggio;
- se la proprietà avesse allegato all'istanza del 18 novembre 2014 l'originario attestato di libera circolazione n. 5180 del 2012, l'Ufficio esportazione sarebbe stato messo in condizione di apprezzare il sopravvenuto cambio di attribuzione, prezzo e proprietà dell'opera e, quindi, di prendere in considerazione tale fondamentale aspetto nell'adozione delle determinazioni di competenza".

[20] La citata circolare n. 21 del 24 maggio 2024, avente ad oggetto "Uscita definitiva dal territorio della Repubblica – Denuncia priva di indicazioni attendibili e presentazione di opere in stato conservativo precario – Improcedibilità" è consultabile in *www.dgabap.gov.it*.

nella pronuncia in analisi, ove ha rilevato che "*vi è un ampio ventaglio di casi, tra cui rientra quello concreto in esame, in cui non è configurabile (ovvero non è raggiunta piena prova della configurabilità) una 'falsa rappresentazione dei fatti' o non sono intervenute 'dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato' e cionondimeno non può ragionevolmente sostenersi l'incondizionata prevalenza dell'interesse privato alla conservazione della situazione di vantaggio solo in ragione del suo consolidamento per decorso del tempo essendosi verificato un vero e proprio* 'aliud pro alio' *suscettibile di recare un nocumento irreversibile al patrimonio culturale della Nazione in un contesto ove l'accertamento della paternità dell'opera si presentava incerto*".

4. La non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

Appare di particolare interesse l'esame delle ragioni evidenziate dal Consiglio di Stato nella pronuncia in commento per motivare la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata.

Innanzitutto, la manifesta irragionevolezza della scelta del legislatore, secondo il Collegio, si riscontra nella circostanza che il termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio si applica indistintamente ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici e alle autorizzazioni incidenti su interessi sensibili e primari, quali la tutela del patrimonio culturale, che costituisce un principio fondamentale dell'ordinamento.

Tale previsione, eliminando la discrezionalità dell'amministrazione con riferimento al "quando", impedisce, secondo il Consiglio di Stato, di soppesare adeguatamente gli interessi contrapposti, attribuendo un'automatica prevalenza a quello del privato alla conservazione del provvedimento. In questo modo, risulta compromesso quel modello delineato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale di continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti[21].

Un'ulteriore ragione viene individuata ponendo l'attenzione sulla natura dei poteri di autotutela, i quali, in particolare, presentano una causa mista, a metà strada tra la dimensione giustiziale e quella di amministrazione attiva, grazie alla quale è garantita la cura dell'interesse pubblico sotteso al provvedimento annullato. Una limitazione all'esercizio di tali poteri, in presenza di interessi pubblici tanto rilevanti come quello alla tutela del patrimonio culturale, si traduce nella preclusione alla spendita di altri profili di capacità speciale autoritativa dell'amministrazione.

Un rilevante argomento a sostegno della manifesta irragionevolezza della normativa di

[21] Viene, in proposito, citata la notissima pronuncia Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, inerente al c.d. "Caso Ilva", in *Giur. cost.*, 2013, 3, 1424.
Ciò appare, secondo il Giudice, ancora più irragionevole se si considera che "*in forza di esso, un interesse pubblico così pregnante e che si lega alla cura di un bene di primario rilievo costituzionale come quello alla tutela del patrimonio storico e artistico si rivela sempre meccanicamente recessivo, per effetto del mero decorso del tempo, rispetto alla tutela di una situazione giuridica a matrice individuale. Tale è, infatti, l'affidamento la cui tutela rafforzata costituisce la ratio del termine annuale ex art. 21 nonies della l n. 241 del 1990. Esso resta, infatti, pur sempre una 'posizione giuridica soggettiva' che può alternativamente riferirsi ed inerire ad un diritto soggettivo o ad un interesse legittimo e che, nelle sue origini civilistiche, 'risponde all'esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale*".

cui si discute è individuato effettuando un confronto con ulteriori disposizioni contenute nella l. n. 241 del 1990, che prevedono eccezioni all'applicazione della regola generale, quando entrano in gioco interessi sensibili quali la tutela dell'ambiente e dei beni culturali.

Viene fatto riferimento, più precisamente, alle seguenti disposizioni: l'art. 19, comma 1, che detta l'inapplicabilità della disciplina della SCIA nei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali; l'art. 20, comma 4, che esclude l'operatività del meccanismo del silenzio assenso per i procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico e, infine, gli art. 14-*bis*, 14-*ter* e 14-*quinquies* che, in materia di conferenza di servizi, prevedono regole speciali relative ai termini del procedimento e al superamento dei dissensi espressi, qualora si tratti di amministrazioni preposte alla tutela ambiente, paesaggistico-territoriale o dei beni culturali[22].

Tutte le ipotesi citate sono accomunate dalla previsione di una dilatazione dei tempi di valutazione riservati all'Amministrazione e si prestano, pertanto, ad essere paragonate all'art. 21-*nonies*, comma 1, in esame.

Il Consiglio di Stato, dopo aver elencato tale casistica, previene facili rilievi critici, specificando che l'art. 17-*bis* della l. n. 241 del 1990, disciplinante il silenzio assenso tra le Amministrazioni, applicabile espressamente anche quando oggetto del procedimento sono interessi sensibili quali quelli ambientali e culturali, non è idoneo a svalutare l'argomento sopra richiamato. Ciò perché tale istituto vede il confronto orizzontale tra diversi interessi parimenti pubblici[23].

Ancora, non vale a escludere la manifesta irragionevolezza del limite temporale di cui si discute, ove rapportato a interessi sensibili, l'ampliamento dei termini per l'annullamento d'ufficio previsto dal più volte richiamato comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990. Questo, infatti, come evidenziato dal Consiglio di Stato, ha un ambito di applicazione molto ristretto e manca, in radice, un legittimo affidamento del privato da bilanciare con un dato interesse sensibile.

Come ultimo profilo, viene esaminato quello della discrezionalità, indagato sotto una duplice prospettiva.

Da un lato, il Collegio parla dell'erosione della discrezionalità del legislatore con riferimento alla materia dei beni culturali, in ragione degli impegni assunti dallo Stato a livello internazionale, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. In particolare, si fa riferimento agli art. 1, lett. b) e d) e 5, lett. a) e b) della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società, firmata a Faro il 27 ottobre 2005, i quali sanciscono una responsabilità non solo individuale, ma anche collettiva alla tutela del patrimonio culturale. In questa prospettiva, la promozione della protezione dell'eredità culturale deve essere raggiunta anche "*predisponendo soluzioni normative che non siano d'ostacolo alla realizzazione di tale scopo*".

[22] Con specifico riferimento alle peculiarità del procedimento amministrativo in presenza di interessi sensibili, si vedano, *ex multis*, R. Leonardi, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Torino, 2020; G. Mari, *'Primarietà' degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pp.aa. e nella conferenza di servizi*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 5, 305 ss. e A. Moliterni, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, 4, 699 ss.

[23] Osserva in proposito il Collegio che il silenzio assenso opera in questo caso, a differenza di quello verticale, non a favore di un privato, ma a favore di una pubblica amministrazione, che dovrà poi comunque farsi carico del bilanciamento degli interessi rilevanti e, in ogni caso, stabilendo un termine più lungo per la formazione del silenzio assenso, e facendo salvi i diversi termini previsti dalle norme speciali.

Secondo un'altra prospettiva, viene messo in luce come il procedimento volto al rilascio dell'attestato di libera circolazione sia caratterizzato dall'esercizio di discrezionalità tecnica[24], ove è necessario fare ricorso a conoscenze di settore mobili e in evoluzione, prive di quella certezza propria delle c.d. scienze dure. Anche per questa ragione "*manifestamente irragionevole nonché lesivo del valore del buon andamento e dell'obiettivo di tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione si rivela, dunque, la previsione di un termine per l'esercizio del potere di autoannullamento rigido e, come tale, assolutamente insensibile all'irriducibilità, importanza e peculiarità del caso concreto*".

Sviscerate le criticità insite nella previsione di cui all'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990, con riferimento al limite rigido di dodici mesi dettato per l'esercizio dell'annullamento in autotutela anche per provvedimenti inerenti ai beni culturali, il Collegio ha concluso il proprio iter argomentativo affermando che sarebbe necessario ripristinare anche in questi casi l'applicabilità del "termine ragionevole", così da permettere una reale ponderazione degli interessi coinvolti[25].

5. Brevi osservazioni conclusive.

La pronuncia in commento ha il pregio di aver posto in evidenza una fragilità del nostro ordinamento, capace di mettere a rischio l'effettività del principio della tutela del patrimonio culturale, sancito, in primo luogo, dall'art. 9 della Costituzione.

Come sopra evidenziato, le Amministrazioni competenti alla tutela del patrimonio culturale, al verificarsi di ipotesi di veri e propri *aliud pro alio*, si trovano prive di strumenti idonei a fronteggiare il mutamento della situazione originaria e, quindi, obbligate a tentare non lineari interpretazioni della normativa – come il ricorso all'eccezione di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, della l. n. 241 del 1990 – al fine di assicurare l'effettività della tutela.

L'introduzione di precisi limiti all'emanazione di provvedimenti di secondo grado risponde con tutta evidenza all'esigenza avvertita nel nostro ordinamento di dare certezza all'affidamento dei privati[26]. La recente restrizione, da diciotto a dodici mesi, del tempo massimo previsto per l'autoannullamento dà ulteriore dimostrazione di come il legislatore voglia evitare che la spada di Damocle dell'annullamento d'ufficio possa fungere da limite per la certezza dei rapporti giuridici. Viene, così, implicitamente

[24] Sulla discrezionalità tecnica caratterizzate il procedimento di rilascio dell'attestato di libera circolazione, cfr., in giurisprudenza, tra le pronunce più recenti, Cons. Stato, Sez. VI, 19 novembre 2024, n. 9285, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., 13 ottobre 2023, n. 8983, *ivi*; T.A.R. Firenze, Sez. I, 22 marzo 2024, n. 335, *ivi*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 1° marzo 2021, n. 2501, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2021, 3, 550.

[25] Con specifico riferimento alla controversia oggetto della pronuncia, il Collegio ha sottolineato che "*la riespansione – in caso di accoglimento della questione sollevata – del termine flessibile ancorato al parametro generale della ragionevolezza consentirebbe, invece, di valorizzare, ai fini della spendita del potere di ritiro (pur con il limite della durata ragionevole a tutela degli affidamenti privati), ogni aspetto in fatto della singola vicenda indipendentemente da una logica di chiara imputabilità alla parte privata di una falsa rappresentazione dei fatti (spesso difficile da ritenersi come nella specie è evidente, pur in presenza di un oggettivo aliud pro alio e del rischio che possa porsi in essere l'esportazione di un capolavoro ove non sia stato apprezzato compiutamente il valore culturale che sempre inibirebbe l'uscita dal territorio)*".

[26] Sull'affidamento dei privati nei confronti della pubblica Amministrazione, tra i più recenti contributi, si vedano G. Tulumello, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione tra ideologia e dogmatica*, in *Giustamm.it*, 5, 2022 e R. Fusco, *I limiti dell'autotutela decisoria in materia edilizia: il difficile equilibrio tra il contrasto all'abusivismo e la tutela dell'affidamento dei privati*, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 1, 15 ss.

dichiarato che tra l'esigenza di ripristino della legalità violata e la tutela dell'affidamento del privato – anche vista in un'ottica di semplificazione giuridica – la seconda, nell'attuale contesto economico-sociale, è considerata prioritaria[27].

L'avversione per una generale applicazione del "termine ragionevole" all'annullamento d'ufficio risiede certamente anche in una tradizionale diffidenza per l'esercizio della discrezionalità da parte delle pubbliche Amministrazioni[28].

Sul punto, sembra di interesse evidenziare che i recenti approdi del nostro legislatore in materia di contrattualistica pubblica – in cui si è assistito a un recupero e a una valorizzazione della discrezionalità amministrativa, considerata quale indispensabile strumento per una buona amministrazione[29] – ma più in generale il consolidarsi delle critiche avanzate dalla dottrina in relazione ai meccanismi di semplificazione introdotti nel procedimento amministrativo – fanno ipotizzare che la riscoperta della discrezionalità possa divenire una nuova tendenza generale per l'intera attività amministrativa.

Il ritorno alla discrezionalità – e quindi anche alla fiducia nell'attività della pubblica Amministrazione – appare indispensabile laddove in gioco vi siano interessi sensibili, che non possono essere sacrificati in via automatica in favore di un legittimo affidamento del privato.

In attesa di conoscere la decisione della Corte costituzionale sulla questione di legittimità sollevata, la pronuncia in esame fornisce, in ogni caso, al legislatore una chiara indicazione sui pericoli determinati dall'eliminazione di ogni possibilità per l'Amministrazione di svolgere un concreto bilanciamento di interessi, quando un determinato procedimento intercetti principi fondamentali, che trovano specifica collocazione e tutela nella Costituzione.

Si noti che l'interesse dei destinatari del provvedimento rimarrebbe, in ogni caso, in forza del testo dell'art. 21-*nonies*, comma 1, uno dei parametri sui quali l'Amministrazione deve fondare la propria decisione.

Nonostante la generale condivisibilità dei rilievi offerti dalla pronuncia in esame, non va sottaciuto che l'eventuale reintroduzione del "termine ragionevole" non appare priva di profili problematici. Questo, in ragione della sua indeterminatezza e dell'inevitabile soggettività che ne caratterizza l'esercizio, potrebbe generare situazioni di grande criticità nel mercato dell'arte. Il principio di proporzionalità, oltre che gli insegnamenti già elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riferimento alla portata del "termine ragionevole" dovranno fungere inevi-

[27] A. Carbone, *Il termine per esercitare l'annullamento d'ufficio*, cit., 94, evidenzia che la l. n. 124 del 2015 ha introdotto "*una decadenza in senso proprio dell'esercizio del potere di annullamento da parte dell'Amministrazione, che trova la propria giustificazione nell'esigenza di garantire per quelle particolari tipologie di atti, l'affidamento del singolo, in maniera più pregnante rispetto al mero contemperamento con gli altri interessi che vengono in rilievo nella specifica fattispecie: detto affidamento, infatti, nel momento in cui è correlato con una preclusione all'annullamento d'ufficio, gode di una tutela in sé considerata*".

[28] S. Toschei, *Il recupero del primato della discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici del 2023*, in F. Francario - M.A. Sandulli (a cura di), *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione*, Napoli, 2023, 387 ss., ha in proposito emblematicamente evidenziato che la discrezionalità "*viene posta sul banco degli imputati come se costituisse uno strumento di debolezza dell'esercizio del potere e, al tempo, un meccanismo diabolico di proliferazione del malaffare, atteso che nelle pieghe della discrezionalità non si nasconde soltanto il rischio di comportamenti viziati da accesso di potere ma soprattutto di interventi deviati da obiettivi oppositivi rispetto alla cura dell'interesse pubblico, con lo scopo di conseguire soddisfazioni personali e illegali*".

[29] Tra i molti contributi recentemente elaborati in merito al recupero della discrezionalità nel nuovo Codice dei contratti pubblici si veda S. Toschei, *Il recupero del primato della discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici del 2023*, cit., 387 ss.

tabilmente da guida nell'esercizio dei poteri di autoannullamento[30].

Federica Campolo

[30] Sul punto si rimanda a M. Sinisi, *Il potere di autotutela caducatoria*, cit. e alla dottrina e giurisprudenza ivi menzionata. Una prima soluzione interpretativa potrebbe essere offerta valorizzando i rilievi della citata Adunanza plenaria n. 8 del 2017, espressasi con riferimento all'onere motivazionale cui è tenuta l'Amministrazione nell'autoannullare un provvedimento, dopo che sia trascorso un notevole lasso di tempo dalla sua adozione. "*Nella vigenza dell'art. 21-nonies, l. 7 agosto 1990, n. 241 – introdotto dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 – l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole. In tali ipotesi, tuttavia, deve ritenersi: a) che il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consumi il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio e che, in ogni caso, il termine 'ragionevole' per la sua adozione decorra soltanto dal momento della scoperta, da parte dell'amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro; b) che l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione risulterà attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongano nel senso dell'esercizio del* ius poenitendi*); c) che la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo, con la conseguenza per cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte*".

5. Polvere di guerra: gli effetti invisibili dell'uranio impoverito (nota a Cons. Stato, Sez. I, parere, 13 marzo 2024, n. 291)

Sommario: 1. Premessa. – **2.** Il fatto. – **3.** Il parere del Consiglio di Stato. Brevi osservazioni conclusive.

1. Premessa.

Nelle guerre moderne, non sempre i danni si esauriscono con la fine delle ostilità. Alcuni effetti permangono nel tempo, silenziosi e difficili da misurare. Tra questi, l'uso dell'uranio impoverito[1] rappresenta una del-

[1] Sul tema, v. R. Fusco, *Il diritto al risarcimento del militare per danni subiti a causa dell'esposizione all'uranio impoverito*, (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 novembre 2020, n. 7560), in *Dir. e proc. amm.*, 5 gennaio 2021; C. Felicetti, *Ammissibilità in appello dei mezzi di prova "sopravvenuti". Il principio dispositivo con metodo acquisitivo e il divieto di nova in appello* (nota a Cons. di Stato, Sez. II, 26 gennaio 2024, n. 845), *ivi*, 3 aprile 2024. Cfr. l. 24 dicembre 2007 n. 244, artt. 78 e 79, in relazione «al riconoscimento della causa di servizio e di adeguati indennizzi al personale italiano impiegato nelle missioni militari all'estero, nei poligoni di tiro e nei siti in cui vengono stoccati munizionamenti, nonché al personale civile italiano nei teatri di conflitto e nelle zone adiacenti le basi militari sul territorio nazionale, che abbiano contratto infermità o patologie tumorali connesse all'esposizione e all'utilizzo di proiettili all'uranio impoverito e alla dispersione nell'ambiente di nanoparticelle di minerali pesanti prodotte dalle esplosioni di materiale bellico, ovvero al coniuge, al convivente, ai figli superstiti nonché ai fratelli conviventi e a carico qualora siano gli unici superstiti in caso di decesso a seguito di tali patologie (...)». Cfr. poi d.p.r. 7 luglio 2006 n. 243 recante regolamento concernente termini e modalità di corresponsione delle provvidenze alle vittime del dovere ed ai soggetti equiparati, ai fini della progressiva estensione dei benefici già previsti in favore delle vittime della criminalità e del terrorismo, a norma dell'articolo 1, comma 565, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, ed ivi in particolare la disciplina relativa ai soggetti c.d. equiparati (art. 6).
Cfr., sulla sua acclarata pericolosità, in particolare il rapporto stilato fra il 1978 e il 1979 dall'Air Force Armament Laboratory della base di Eglin in Florida, nonché i seguenti documenti ad esso successivi: la comunicazione del Defence Support della N.A.T.O. del 20 dicembre 1984; le linee guida USA Peace time limits on the intake of depleted uranium, pubblicate nella appendixB top art. 20, 1001 thru 2401, p. 23409, Federal Register del 21 maggio 1991; la comunicazione dell'Headquarters Department of the Army-Office of the Surgeon General, con riferimento all'impiego delle forze armate statunitensi in Somalia del 14 ottobre 1993; il rapporto del General Accounting Office-National Security and International Affairs Division del 1993; la direttiva N.A.T.O. sulle basse radiazioni del 1996. Per un riferimento ai contributi scientifici recenti da cui si evince un nesso di causalità fra esposizione all'UI e patologie tumorali, neurologiche e dell'apparato riproduttivo, cfr. D. Fahey, *The Emergence and Decline of the Debate over Depleted Uranium Munitions 1991-2004,* 20 June 2004, 3 e 9, consultabile sul sito *www.wise-uranium.org*, ove vengono richiamate le seguenti ricerche: D.E. McClain *et al.*, *Biological effects of embedded depleted uranium (DU): summary of Armed Forces Radiobiology Research Institute research*, in *The Science of the Total Environment* (2001) 274: 117; F.F. Hahn - R. A. Guilmette - M.D. Hoover, *Implanted Depleted Uranium Fragments Cause Soft Tissue Sarcomas in the Muscles of Rats*, in *Environmental Health Perspectives* (2002) 110: 51; D.E. McClain, *Project Briefing: Health Effects of Depleted Uranium*, *U.S. Armed Forces Radiobiology Research Institute* (Bethesda, MD, 1999).

le eredità più oscure e controverse[2], da cui è scaturito un intenso e controverso dibattito giuridico, soprattutto giurisprudenziale e in ordine a diversi profili della fattispecie – in mancanza di una normativa nazionale organica – che ancora non ha trovato la pace, nonostante le molteplici Commissioni d'inchiesta Parlamentari[3] in riferimento alla cd. Sindrome dei Balcani[4]. Utilizzato nei proiettili anticarro per la sua elevata densità e capacità perforante, l'uranio impoverito ha lasciato dietro di sé un'onda lunga di dubbi, malattie e richieste di giustizia. L'uranio impoverito (DU, dall'inglese depleted uranium) è un sottoprodotto del processo di arricchimento dell'uranio naturale, durante il quale l'isotopo fissile U-235 viene separato dall'uranio naturale, lasciando un materiale con una radioattività ridotta, ma comunque presente. Questo materiale, sebbene meno radioattivo, mantiene una tossicità chimica simile a quella dei metalli pesanti come il piombo o il mercurio, ed è altamente piroforico e, quindi, si incendia al momento dell'impatto.

A partire dalla Guerra del Golfo (1991), gli Stati Uniti e altri Membri della NATO hanno iniziato a utilizzare proiettili perforanti contenenti DU per la loro efficacia contro mezzi corazzati. La combustione dell'uranio durante l'impatto genera un aerosol tossico che può essere inalato o depositarsi sul suolo e sulle acque, con effetti potenzialmente duraturi sulla salute umana e sull'ambiente (Schröder, 2002).

Numerose ricerche scientifiche hanno messo in relazione l'esposizione all'uranio impoverito con un aumento del rischio di cancro, danni al DNA e malformazioni congenite. In Iraq, dopo i bombardamenti della coalizione, si è registrato un aumento dei tumori infantili e delle leucemie in aree pesantemente colpite come Bassora. Anche nei Balcani, in particolare in Kosovo e Bosnia, sono stati segnalati livelli anomali

[2] Il tema è stato ampiamente trattato dalla dottrina internazionale, civilistica e giuslavoristica. Per un approfondimento, si rinvia a R. Pucella, *Un nesso, due nessi, l'irrisolto groviglio della causalità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 6, 1797; S. Ferrara, *Responsabilità del Ministero della difesa per morte del militare esposto a particelle di uranio impoverito e motivazione per relationem*, in *Resp. civ.*, 2018, 17, 1245; S. Rodriguez, *Missioni all'estero e uranio impoverito: la responsabilità del Ministero della Difesa nei confronti dei propri dipendenti, Resp. civ. e prev.*, 2012, 2, 619; A. Mantelero, *Uranio impoverito: i danni da esposizione e le responsabilità*, in *Danno e responsabilità*, 5/2012, 543; M. Losana, *La legislazione in materia di benefici erogati in favore delle vittime del dovere, del servizio, di talune fattispecie di reato e di particolari eventi storici: tra principio di uguaglianza formale e discrezionalità politica*, in *Giur. cost.*, 2011, 3, 2631; A. Viscomi, *La causa di servizio oggi: spunti per una riflessione*, in *Il lavoro nelle p.a.*, 2009, 2, 241; A. Mantelero, *La svolta nelle controversie sull'uranio impoverito*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 12, 2492.

[3] Il riferimento è alle indagini svolte dalle seguenti commissioni: Commissione di indagine istituita dal Ministro della Difesa sull'incidenza di neoplasie maligne tra i militari impiegati in Bosnia e Kosovo, insediata con decreto ministeriale della Difesa del 22 dicembre 2000; Commissione Parlamentare d'inchiesta sui casi di morte e gravi malattie che hanno colpito il personale militare italiano impiegato nelle missioni internazionali di pace, sulle condizioni della conservazione e sull'eventuale utilizzo di uranio impoverito nelle esercitazioni militari sul territorio nazionale, istituita con delibera del Senato del 17 novembre 2004; Commissione Parlamentare d'inchiesta sui casi di morte e gravi malattie che hanno colpito il personale italiano impiegato nelle missioni militari all'estero, nei poligoni di tiro e nei siti in cui vengono stoccati munizionamenti, nonché le popolazioni civili nei teatri di conflitto e nelle zone adiacenti le basi militari sul territorio nazionale, con particolare attenzione agli effetti dell'utilizzo di proiettili all'uranio impoverito e della dispersione nell'ambiente di nanoparticelle di minerali pesanti prodotte dalle esplosioni di materiale bellico, istituita con deliberazione del Senato dell'11 ottobre 2006.

[4] Tale sindrome consiste in una pluralità di possibili patologie di natura prevalentemente neoplastica, conseguenti all'esposizione dei militari ad agenti patogeni – in specie uranio impoverito – presenti nelle aree teatro di scontri armati durante la recente guerra dei Balcani, ove i soldati italiani hanno operato a conflitto terminato in occasione delle diverse missioni di pace svoltesi in Bosnia-Erzegovina, Macedonia e Kosovo. Analoghe patologie sono state anche riscontrate in relazione ad altre attività realizzate all'estero dalle Forze Armate italiane nel corso della prima guerra del Golfo, in Somalia e in Albania.

di contaminazione e incidenze di malattie simili.

Tuttavia, la comunità scientifica è divisa. Rapporti militari e agenzie governative, come il Department of Defense degli Stati Uniti e l'Organizzazione Mondiale della Sanità, tendono a ridimensionare la pericolosità dell'uranio impoverito, sostenendo che i livelli di esposizione sul campo non raggiungono soglie dannose per la salute (WHO, 2001). Al contrario, alcuni studiosi denunciano la mancanza di studi indipendenti, la difficoltà di accedere ai siti contaminati e l'insufficienza dei sistemi di monitoraggio.

In Italia, il caso ha assunto rilievo pubblico a partire dagli anni 2000, con decine di militari ammalatisi dopo missioni all'estero. Nel 2018, una sentenza della Corte d'Appello di Roma ha condannato il Ministero della Difesa a risarcire la famiglia di un militare deceduto, riconoscendo il nesso causale tra l'esposizione a uranio impoverito e l'insorgenza del tumore (Associazione Vittime Uranio Impoverito, 2020). Un'altra sentenza di rilievo è quella del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 3967/2011, che ha riconosciuto il diritto al risarcimento e all'equo indennizzo per un militare colpito da linfoma di Hodgkin dopo una missione in Kosovo, affermando che la prova del nesso causale può fondarsi su presunzioni gravi, precise e concordanti, non su certezze assolute.

L'uso dell'uranio impoverito non è solo un problema sanitario o scientifico, ma è una questione anche giuridica, morale e politica. Il principio di precauzione, che dovrebbe guidare l'impiego di tecnologie a rischio, è spesso subordinato a logiche di efficacia bellica e segretezza militare. Molti civili, in teatri di guerra già devastati, sono esposti inconsapevolmente a contaminazioni potenzialmente pericolose, senza assistenza né possibilità di tutela legale.

A livello internazionale, esistono risoluzioni non vincolanti delle Nazioni Unite che chiedono maggiore trasparenza e una valutazione più approfondita dei rischi, ma non esiste ancora un trattato internazionale che ne vieti l'uso, come avvenuto invece per le mine antiuomo o le armi chimiche (ICBUW, 2022).

L'uranio impoverito rappresenta una delle "*polveri di guerra*" più insidiose: invisibile, persistente, e difficile da collocare tra le vittime dirette o indirette dei conflitti. Una guerra che uccide anche dopo la fine delle ostilità e che non lascia solo rovine materiali, ma anche una contaminazione silenziosa e duratura.

2. Il fatto.

Il parere in esame del Consiglio di Stato[5] ha ad oggetto il Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica da parte di un Luogotenente dell'Esercito italiano, in servizio presso l'8° Reggimento Alpini, contro il Ministero della Difesa per l'annullamento del rigetto della richiesta del ricorrente

[5] Precedenti conformi: sulla necessità che il militare dimostri di aver affrontato "particolari condizioni ambientali ed operative", connotate dal carattere "straordinario" rispetto alle forme di ordinaria prestazione del servizio: *ex multis*, Cons. St., Sez. IV, 24 maggio 2019, n. 3418, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sulla inidoneità delle conclusioni diverse risultanti da perizie, relazioni e/o certificazioni mediche di parte confutare l'attendibilità del giudizio tecnico del comitato: tra le tante, Cons. St., Sez. I, parere 13 luglio 2023, n. 1030, che richiama Cons. St., Sez. IV, n. 142/2020; Cons. St., Sez. I, n. 993/2020. Sulle condizioni per porre in discussione il parere del comitato di verifica di esclusione della causalità di servizio: tra le tante, Cons. St., Sez. II, 8 maggio 2019, n. 2975, che richiama Cons. St., Sez. IV, 4 ottobre 2017 n. 4619 e Cons. St., Sez. III, 7 marzo 2017, n. 1076. Sul nesso causale in materia di causa di servizio, v. Cons. St., Sez. II, 28 febbraio 2023, n. 2101 e, con specifico riferimento all'uranio impoverito, Cons. St., Sez. I, 10 luglio 2023, n. 1013, che richiama Cons. St., Sez. II, n. 6456/2022, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

di riconoscimento della dipendenza di infermità da causa di servizio della patologia "*cardiopatia ischemica silente senza disfunzione ventricolare sinistra sottoposta a duplice PTCA*" e di concessione dell'equo indennizzo[6]. Allo stesso tempo, il ricorrente chiede l'annullamento del parere espresso dal Comitato di verifica per le cause di servizio (CVCS), che ha escluso la sussistenza del nesso di causalità tra la patologia e il servizio prestato dal ricorrente "in quanto trattasi di patologia riconducibile a insufficiente irrorazione del miocardio per riduzione del flusso ematico coronarico, a sua volta derivante da restringimento o subocclusione del lume vasale per fatti ateromatosi dell'intima della parete arteriosa. Poiché l'ateromatosi vasale può derivare da fattori multipli costituzionali o acquisiti su base individuale, la forma in questione non può attribuirsi al servizio prestato, anche perché in esso non risultano sussistenti specifiche situazioni di effettivi disagi o surmenage psico-fisico tali da rivestire un ruolo di causa o concausale efficiente e determinante". Il ricorrente sostiene la violazione delle seguenti norme: d.P.R. n. 37/2009 ("Regolamento per la disciplina dei termini e delle modalità di riconoscimento di particolari infermità da cause di servizio per il personale impiegato nelle missioni militari all'estero, nei conflitti e nelle basi militari nazionali, a norma dell'articolo 2, c. 78 e 79, della l. 24 dicembre 2007, n. 244"), abrogato dall'art. 2269, c. 1, n. 385), d.P.R. n. 90/2010 ("Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, a norma dell'articolo 14 della l. 28 novembre 2005, n. 246"), d.P.R. n. 40/2012 ("Regolamento recante modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 15 marzo 2010, n. 90, concernente il Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, a norma dell'art. 14 della l. 28 novembre 2005, n. 24"). Pur non esplicando, il ricorrente, le disposizioni che si ritengono violate, l'utilizzo nel ricorso delle locuzioni "*rischio tipizzato*" ed "*elementi chimici tipizzati espressamente dal Legislatore*" sostengono l'assunto secondo il quale l'Amministrazione non avrebbe valutato tutti i fattori di rischio cui sarebbe stato esposto il ricorrente, che avrebbero "contribuito all'insorgenza della predetta terribile patologia", nonché le fattispecie cui ha riguardo la giurisprudenza richiamata nel gravame lasciano intendere che il ricorrente basi le proprie censure sulla disciplina dell'istituto della speciale elargizione di cui agli artt. 1078 ss. d.P.R. n. 90/2010.

3. Il parere del Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato, con il parere in esame, ritiene di non dovere accogliere il gravame per due motivi: sul piano fattuale, in riferimento alla patologia del ricorrente, il parere reso dal Comitato di verifica per le cause di servizio si riferisce ad una patologia di natura cardiologica e non neoplastica. Sotto il profilo giuridico, invece, l'istituto applicabile alla controversia non è riconducibile alla speciale elargizione di cui all'art. 1079, d.P.R. n. 90/2010 e non è nemmeno riconducibile alla disciplina delle vittime del dovere, non rientrando nel-

[6] A. Crismani, *Le indennità nel diritto amministrativo*, Torino, 2012, 45, osserva che l'art. 603, c. 1 e 2, d.lgs. n. 66/2010 riconosce «al personale italiano entro e fuori i confini nazionali in occasione o a seguito di missioni di qualunque natura, nonché al personale impiegato nei poligoni di tiro e nei siti dove vengono stoccati munizionamenti, e al personale civile italiano nei teatri operativi all'estero e nelle zone adiacenti alle basi militari sul territorio nazionale, adeguati indennizzi in caso di infermità o patologie tumorali per le particolari condizioni ambientali od operative»

le fattispecie di cui all'art. 1, c. 563-565, l. n. 266/2006. Infatti, in entrambi questi due ultime casi, devono ricorrere delle specifiche circostanze. Ai fini della disciplina delle vittime del dovere, tali circostanze sono integrate, ai sensi dell'art. 6 del d.P.R. n. 243/2006, dalle "*particolari condizioni ambientali od operative*", di "*carattere straordinario*", ove "*per circostanze straordinarie devono essere intese, secondo il significato indicato dalla legge, condizioni ambientali ed operative 'particolari' che si collocano al di fuori del modo di svolgimento dell'attività 'generale', per le quali è quindi sufficiente che non siano contemplate in caso di normale esecuzione di una determinata funzione*"[7]. La giurisprudenza amministrativa ha sottolineato l'eccezionalità di tali circostanze[8] e la specialità dell'istituto rispetto alla causa di servizio, poiché esso richiede che "il rischio affrontato vada oltre quello ordinario connesso all'attività di istituto[9]. In merito all'asserita "*tipizzazione del rischio*", ai fini della speciale elargizione, il legislatore non ha stabilito alcuna presunzione. Infatti, se il militare non è tenuto a dimostrare l'esistenza di un nesso eziologico fra esposizione all'uranio impoverito (o ad altri metalli pesanti) e neoplasia, egli deve però dimostrare di aver affrontato "*particolari condizioni ambientali od operative*"[10], connotate da un carattere "*straordinario*"[11] rispetto alle forme di ordinaria prestazione del servizio, che siano "la verosimile causa di un'infermità"[12]. Da qui, segue l'infon-

[7] Cass. civ., Sez. Lav., 8 giugno 2018, n. 15027, in *Giust. civ.* Mass., 2018.

[8] Cfr. Cons. St., Sez. III, 11 agosto 2015, n. 3915, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. III, 1° febbraio 2019, n. 816, *ivi*.

[9] Cons. St., Sez. IV, 13 aprile 2015, n. 1855; Cons. St., Sez. IV, 18 gennaio 2018, n. 306; Cons. St., Sez. III, 1° febbraio 2019, n. 816; Cons. St., Sez. III, 7 maggio 2019 n. 2927, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[10] Tribunale di Bari, Sez. Lav., 6 ottobre 2023, n. 2623, in *Red. Giuffrè* 2023, il quale osserva che "affinché possa ritenersi che una vittima del dovere abbia contratto un'infermità in qualunque tipo di servizio non è sufficiente la semplice dipendenza da causa di servizio, occorrendo che quest'ultima sia legata a "particolari condizioni ambientali o operative" implicanti l'esistenza, od anche il sopravvenire, di circostanze straordinarie e fatti di servizio che hanno esposto il dipendente a maggiori rischi o fatiche, in rapporto alle ordinarie condizioni di svolgimento dei compiti di istituto, sicché è necessario identificare, caso per caso, nelle circostanze concrete alla base di quanto accaduto all'invalido per servizio, un elemento che comporti l'esistenza o il sopravvenire di un fattore di rischio maggiore rispetto alla normalità di quel particolare compito". Tribunale Napoli, Sez. Lav., 7 febbraio 2023, n. 849, *Red. Giuffrè*, 2023.

[11] Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 8 marzo 2023, n. 6881, in *Diritto & Giustizia*, 9 marzo 2023, nota A. Ievolella. In tema di vittime del dovere, ricorre la fattispecie del comma 563, lett. a), l. n. 266/2005 quando l'evento dannoso si sia verificato nel contrasto ad ogni tipo di criminalità, senza che sia richiesto un rischio specifico ulteriore a quello insito nelle ordinarie attività istituzionali, necessario, invece, per le ipotesi previste dal successivo c. 564, ove è necessaria l'esistenza o il sopravvenire di circostanze o eventi straordinari.
Cfr. Cons. St., Sez. IV,30 novembre 2020, n. 7560, in *www.giustizia-amministrativa.it* in cui si afferma che "nell'ipotesi di missioni all'estero (cosiddette "missioni di pace") l'Amministrazione della difesa versa in una condizione di responsabilità di posizione, cui fa eccezione il solo rischio oggettivamente imprevedibile – giuridicamente qualificabile alla stessa stregua del caso fortuito – ma in cui, viceversa, rientra il rischio da esposizione ad elementi (nella specie, uranio impoverito) che, benché non ancora scientificamente acclarati come sicuro fattore eziopatogenetico, ciononostante lo possano essere, secondo un giudizio di non implausibilità logico-razionale; la diligenza cui è tenuta l'Amministrazione si situa dunque, in tali casi, ad un livello massimo e la prova liberatoria non può consistere semplicemente nell'invocare il fattore causale ignoto, ma deve spingersi sino a provare convincentemente il fattore causale fortuito, ossia quello specifico agente, non prevedibile e, comunque, non prevenibile, che ha provocato l'evento di danno".

[12] Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 24 dicembre 2024, n. 34299, in *Diritto & Giustizia*, 2024, n. 30, in cui si afferma che "ai fini del riconoscimento dello *status* di vittima del dovere, ai sensi dell'art. 1, c. 563, della l. n. 266 del 2005, non è sufficiente che le lesioni patite dal pubblico dipendente siano state riportate in conseguenza di eventi verificatisi in occasione di una delle attività tipizzate dalle lett. a), b), c), d), e) ed f), del citato art. 1, essendo piuttosto necessario che l'evento da cui è scaturita la lesione costituisca, a sua volta, una concretizzazione della speciale pericolosità e/o del rischio che è tipicamente proprio di quelle determinate attività"; Cons. St., Sez. IV, 24 maggio 2019, n. 3418. Allo stesso modo. Cass. civ., Sez. Lav., 4 gennaio 2024,

datezza di tutte le pretese del ricorrente in riferimento ad un eccesso di potere, da riferirsi all'operato del CVCS e del Ministero della difesa, avendo fondato, il ricorrente, la propria richiesta del riconoscimento della causa di servizio della patologia neoplastica sofferta su generici fattori di rischio.

Di rilievo, poi, un altro tema affrontato dal parere in esame: l'esposizione del militare all'uranio impoverito e il riconoscimento del rapporto causale ai fini dell'accertamento della dipendenza della patologia oncologica da causa di servizio[13]. Infatti, l'operatività dei militari in contesti caratterizzati dalla presenza di uranio impoverito può essere ritenuta causa dell'insorgenza di specifiche patologie tumorali. Per tali ragioni, la connessione tra esposizione ad uranio impoverito e l'insorgenza di gravi patologie ha indotto l'ONU a vietare armi con uranio.

La probabile connessione tra l'esposizione all'uranio impoverito e l'insorgenza di gravi patologie, anche di natura oncologica, ha indotto l'ONU, come si diceva, a vietare l'utilizzo di armi contenenti tale elemento (risoluzione n. 1996/16) e diversi Paesi hanno assunto misure di protezione e di precauzione a favore dei militari impiegati nelle operazioni NATO. Va, quindi, riconosciuta la responsabilità del Ministero della Difesa, secondo la fattispecie astratta dell'art. 2087 c.c., nel caso di contrazione da parte del militare impegnato in missioni ad alto rischio della patologia ematoncologica classificata come Linfoma di Hodgkin, a causa dell'assenza di dispositivi di protezione personale ed informazioni sull'utilizzo di armamenti e proiettili a uranio impoverito[14].

Per giurisprudenza amministrativa consolidata sulla cd. sindrome dei Balcani, la mancanza di una legge scientifica universalmente valida che stabilisca un nesso diretto fra l'operatività nei contesti caratterizzati dalla presenza di uranio impoverito e l'insorgenza di specifiche patologie tumorali non impedisce il riconoscimento del rapporto causale, posto che la correlazione eziologica, ai fini amministrativi e giudiziari, può basarsi anche su una dimostrazione in termini probabilistico-statistici[15]. Si è,

n. 287, in *Giust. Civ.* Mass., 2024, in cui si afferma che "affinché possa ritenersi che una vittima del dovere abbia contratto un'infermità in qualunque tipo di servizio non è sufficiente la semplice dipendenza da causa di servizio, occorrendo che quest'ultima sia legata a "particolari condizioni ambientali o operative" implicanti l'esistenza, od anche il sopravvenire, di circostanze straordinarie e fatti di servizio che hanno esposto il dipendente a maggiori rischi o fatiche, in rapporto alle ordinarie condizioni di svolgimento dei compiti di istituto, sicché è necessario identificare, caso per caso, nelle circostanze concrete alla base di quanto accaduto all'invalido per servizio, un elemento che comporti l'esistenza o il sopravvenire di un fattore di rischio maggiore rispetto alla normalità di quel particolare compito".

[13] T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 16 ottobre 2024, n. 716, in *www.giustizia-amministrativa.it*. "Nel caso di invio di militari all'estero, data l'impossibilità di stabilire – sulla base delle attuali conoscenze scientifiche – un nesso diretto e univoco di causa-effetto collegato ai contesti fortemente degradati e inquinati ove questi abbiano operato, non è pretendibile la dimostrazione dell'esistenza del nesso causale con un grado di certezza assoluta; pertanto, una volta accertata l'esposizione del militare all'uranio impoverito e ai metalli pesanti, è l'Amministrazione che deve dimostrare che tale agente patogeno non abbia determinato l'insorgere della malattia oncologica e che essa dipenda invece da altri fattori (esogeni), dotati di autonoma ed esclusiva portata eziologica".

[14] T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 20 settembre 2017, n. 56, in *Foro amm.*, 2017, 9, 1873; T.A.R. Toscana, Sez. I, 18 aprile 2017, n. 564, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[15] T.A.R. Trentino-Alto Adige, Bolzano, Sez. I, 5 luglio 2024, n. 178, in cui si osserva che "in tema di cd. sindrome dei Balcani, la mancanza di una legge scientifica universalmente valida che stabilisca un nesso diretto fra l'operatività nei contesti caratterizzati dalla presenza di uranio impoverito e l'insorgenza di specifiche patologie tumorali non impedisce il riconoscimento del rapporto causale, posto che la correlazione eziologica, ai fini amministrativi e giudiziari, può basarsi anche su una dimostrazione in termini probabilistico-statistici. Una volta accertata l'esposizione del militare agli inquinanti, è

quindi, affermato che, una volta dedotto e comprovato dal militare lo svolgimento di missioni di pace nei teatri bellici esteri caratterizzati dall'uso dell'uranio impoverito e, al rientro da queste, l'insorgenza di determinate patologie, l'onere della prova della riconducibilità della patologia stessa al servizio da lui svolto nella predetta missione, sotto il profilo causale o almeno concausale, si ritiene assolto mediante l'allegazione di essersi trovato ad operare in un territorio indubbiamente caratterizzato dalla presenza di «inquinanti» legati all'utilizzo, nelle operazioni di guerra, di proiettili contenenti uranio impoverito[16]. Il militare interessato non deve dimostrare la sicura esistenza di un nesso eziologico fra l'esposizione all'uranio impoverito e la malattia, ma soltanto di avere affrontato condizioni ambientali e operative particolari, le quali possano essere la verosimile causa di un'infermità[17], mentre spetta all'amministrazione dimostrare che l'insorgenza della patologia è stata determinata da fattori esogeni[18]. Di

l'amministrazione che deve dimostrare che tale agente patogeno non abbia determinato l'insorgere della riscontrata infermità e che essa dipenda invece da altri fattori (esogeni), dotati di autonoma ed esclusiva portata eziologica e determinanti per l'insorgere dell'infermità".

Cfr., in tal senso, esplicitamente, Cass. civ, Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 576, cit.; Id., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2018.

V, a riguardo, in dottrina, D. Poletti, *Le regole di (de) limitazione del danno risarcibile*, in Lipari - Rescigno (diretto da), *Diritto Civile*, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, Milano, 2009, 306 ss., la quale sottolinea come, specie nell'attuale c.d. società del rischio, "il nesso eziologico è ormai trascorso da una valutazione richiesta in termini di certezza degli effetti della condotta ad un giudizio di tipo probabilistico".

[16] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 16 settembre 2024, n. 16391; Cons. St., Sez. I consultiva, parere n. 210 del 16 febbraio 2021; Cons. St., Sez. IV, 26 febbraio 2021, n. 1661; T.A.R. Toscana, Sez. I, 28 febbraio 2021 n. 156; Cons. St., Sez. II, 7 marzo 2022, n. 1638. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 1° giugno 2024, n. 11238, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. L'insorgere di una patologia, l'onere della prova della riconducibilità della patologia stessa al servizio svolto nella predetta missione, sotto il profilo causale o almeno concausale, si ritiene assolto mediante l'allegazione, da parte del militare, di essersi trovato ad operare in un territorio in cui erano indubbi la presenza di "inquinanti" metallici e, soprattutto, l'utilizzo, nelle operazioni di guerra, di proiettili contenenti uranio impoverito.

[17] Corte conti, Lazio, Sez. reg. giurisd., 2 novembre 2017, n. 318, *Red. Giuffrè*, 2018, in cui si afferma che "l'impossibilità di stabilire un nesso immediato di causa-effetto, congiuntamente valutata con il concorso di altri fattori collegati a contesti fortemente inquinati e degradati dei teatri operativi, hanno indotto il legislatore a non richiedere, in caso di malattia dipendente da esposizione all'uranio impoverito per missione militare, la dimostrazione del nesso causale con un grado di certezza assoluta, essendone sufficiente la dimostrazione in termini probabilistico-statistici. Quanto all'accertamento della dipendenza da causa di servizio, l'art. 64 del DPR n. 1092/73 valorizza sia i fatti che siano stati la causa diretta dell'insorgere della patologia, sia quelli che abbiano svolto un ruolo "concausale" o indiretto nel decorso evolutivo, sino all'eventuale esito (concausa efficiente e determinante)".

L'impossibilità di stabilire un nesso immediato di causa-effetto, congiuntamente valutata con il concorso di altri fattori collegati a contesti fortemente inquinati e degradati dei teatri operativi, hanno indotto il legislatore a non richiedere, in caso di malattia dipendente da esposizione all'uranio impoverito per missione militare, la dimostrazione del nesso causale con un grado di certezza assoluta, essendone sufficiente la dimostrazione in termini probabilistico-statistici.

[18] T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 15 novembre 2023, n. 1043; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 15 dicembre 2022, n. 16931, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Incombe sull'Amministrazione l'onere di provare che l'esposizione del militare all'inquinante (uranio impoverito) non abbia determinato l'insorgere della patologia e che essa dipende invece da altri fattori (esogeni) dotati di autonoma ed esclusiva portata eziologica, e determinanti per l'insorgere dell'infermità. Del resto, una volta accertata l'esposizione del militare all'inquinante, che non necessita di un accertamento in termini di certezza, è la P.A. che deve dimostrare che detta esposizione non abbia determinato l'insorgere della patologia e che essa dipende invece da altri fattori (esogeni) dotati di autonoma ed esclusiva portata eziologica.

Cfr., inoltre, Cons. St., Sez. I, 17 marzo 2021 n. 435; Cons. St., Sez. IV, 26 febbraio 2021 n. 1661; Id., 30 novembre 2020, n. 7560 e 7562; Id., Sez. II, 22 aprile 2022, n. 3112, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia, Brescia, 1° luglio 2022, n. 655, in *Foro amm.*, 2022, 7-08, II, 973.

La natura della responsabilità dell'amministrazione della difesa per i danni subiti dai militari nelle missioni all'estero è stata spesso dibattuta in giurisprudenza. Secondo un primo orientamento tale responsabilità deve essere ascritta alla *genus* della responsabilità extra-contrattuale di cui all'art. 2043 c.c. (in tal senso vedasi *in primis* la nota sentenza Trib. Roma, Sez. XXII, 1° dicembre 2009, n.

conseguenza andrà annullato il provvedimento di rigetto della domanda di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio dell'infermità contratta dal militare e dunque di concessione dell'equo indennizzo, nel caso in cui il CVCS non appaia aver dato adeguata motivazione riguardo agli altri specifici fattori di rischio e situazioni di disagio evidenziati (permanenza, anche se per breve periodo, in territori fortemente e notoriamente contaminati, anche da uranio impoverito, dichiarata circostanza di utilizzo continuativo di solventi e oli per armi), non assolvendo a quell'onere della prova invertito richiesto dalla giurisprudenza sul tema[19].

Si deve, inoltre, evidenziare, la differenza tra risarcimento del danno e speciale elargizione prevista dall'art. 1079, c. 1, d.P.R. n. 90 del 2010 per i militari che hanno contratto infermità per le condizioni operative[20]. Il militare interessato a percepire la speciale elargizione di cui al richiamato art. 1079, d.P.R. n. 90 del 2010 non è tenuto a dimostrare l'esistenza di un nesso eziologico fra esposizione all'uranio impoverito (o ad altri metalli pesanti) e neoplasia; siffatto accertamento è necessario ove l'interessato proponga una domanda risarcitoria, ossia assuma la commissione, da parte dell'Amministrazione, di un illecito civile consistente nella colpevole esposizione del dipendente ad una comprovata fonte di rischio in assenza di adeguate forme di protezione, con conseguente contrazione di infermità. In tale ipotesi, invero, grava sull'assunto danneggiato dimostrare, *inter alia*, l'effettiva ricorrenza del nesso eziologico (ossia la valenza patogenetica di siffatta esposizione), sia pure in base al criterio del più probabile che non[21]. Laddove, invece, l'istanza tenda

10431, in *Foro it*., 2010, 2, I, p. 676 ss., seguita da diverse altre pronunce tra cui si cita *ex multis* Cass. civ., Sez. III, 15 luglio 2009, n. 16456, in *Foro it*., Mass. 2009). Un diverso orientamento, col tempo divenuto maggioritario, inquadra detta responsabilità nell'alveo dell'art. 2087 c.c. e, quindi, nella categoria della responsabilità contrattuale del datore di lavoro (in tal senso si vedano *ex multis*: Trib. Roma, Sez. XIII, 15 luglio 2009, n. 16320, in *www.dejure.it*, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 5 agosto 2010, n. 17232, T.A.R. Valle d'Aosta, Aosta, Sez. I, 20 settembre 2017, n. 56 e T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 18 aprile 2017, n. 564, tutte consultabili in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[19] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 12 dicembre 2023, n. 18756, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 24 aprile 2019, n. 331, in *www.giustizia-amministratuva.it*, in cui si afferma che "è viziato da difetto di istruttoria e di motivazione il decreto con cui il direttore della direzione di amministrazione - sezione equo indennizzo del comando generale dell'arma dei carabinieri ha stabilito che le infermità non dipendono da causa di servizio, nonché ha rigettato la domanda di equo indennizzo senza considerare i possibili legami causali tra la patologia tumorale, seppure benigna, che ha colpito il ricorrente e l'esposizione ai fattori nocivi presenti sul territorio della missione internazionale denominata Kfor in Kosovo, il cui territorio veniva colpito da bombardamenti con munizionamenti contenenti uranio impoverito con conseguente inquinamento atmosferico e ambientale; invero, in caso di infermità contratte da militari a causa dell'esposizione a polveri sottili derivanti dall'uranio impoverito, il verificarsi dell'evento costituisce un dato *ex se* sufficiente a ingenerare il diritto per le vittime delle patologie e per i loro familiari al risarcimento a meno che la pubblica amministrazione non riesca a dimostrare che essa non aveva determinato l'insorgenza della patologia la quale dipenda, invece, da fattori esogeni, dotati di autonoma ed esclusiva portata eziologica e determinanti per l'insorgere dell'infermità".
Negli stessi termini, T.A.R. Piemonte, Sez. I, 6 marzo 2015 n. 429, in *Foro amm*., 2015, 3, 867; Id., Sez. I, 6 giugno 2018, n. 710 T.A.R. Friuli Venezia-Giulia, Trieste, Sez. I, 12 marzo 2018, n. 63, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[20] Secondo la Corte di Cassazione (*ex multis*: Cass. civ., Sez. III, 30 novembre 2018, n. 31007, in *www.dejure.it*) dal risarcimento del danno spettante al militare che abbia contratto una patologia tumorale a seguito dell'esposizione all'uranio impoverito durante una missione internazionale va detratto, in applicazione del principio della "*compensatio lucri cum damno*", l'indennizzo a questi erogato *ex* art. 2, c. 78 e 79, l. n. 244/2007 (*ratione temporis* applicabile), essendo una elargizione avente finalità compensativa posta a carico del medesimo soggetto (pubblica amministrazione) obbligato al risarcimento del danno.

[21] Il criterio del "*più probabile che non*" è stato posto alla base della responsabilità dell'amministrazione della difesa in diverse altre sentenze. A titolo esemplificativo si può citare T.A.R. Calabria,

alla percezione della speciale elargizione, si verte in un ben diverso ambito indennitario. I presupposti del risarcimento del danno e della speciale elargizione sono del tutto diversi: nel primo caso l'integrazione di tutti gli elementi propri di un'ipotesi di responsabilità civile, tra cui pure la prova del nesso eziologico e dell'elemento soggettivo in capo al danneggiante; nel secondo caso la mera dimostrazione di aver affrontato – senza che ciò integri «colpa» dell'Amministrazione – «particolari condizioni ambientali od operative», connotate da un carattere «straordinario» rispetto alle forme di ordinaria prestazione del servizio, che siano la verosimile causa di un'infermità. Inoltre, il risarcimento del danno compete a chiunque e dipende nel *quantum* dall'effettivo danno riportato, mentre la speciale elargizione spetta solo ai soggetti individuati dalla legge ed è quantificata a monte in misura predeterminata. Il fatto che, allo stato delle conoscenze scientifiche, non sia acclarata l'effettiva valenza patogenetica dell'esposizione all'uranio impoverito non osta, dunque, al diritto alla percezione dell'indennità, che comunque spetta allorché l'istante abbia contratto un'infermità verosimilmente a causa di «particolari condizioni ambientali ed operative», di cui «l'esposizione e l'utilizzo di proiettili all'uranio impoverito e la dispersione nell'ambiente di nanoparticelle di minerali pesanti prodotte da esplosione di materiale bellico» costituiscono solo un possibile aspetto. La disposizione, in sostanza, non si incentra esclusivamente (né, a ben vedere, primariamente) sul profilo dell'esposizione ad uranio impoverito o ad altre nano particelle di metalli pesanti, ma intende concedere ad una platea ben delimitata di soggetti un beneficio monetario predeterminato in ragione della sottoposizione a gravose «condizioni ambientali ed operative" e della conseguente contrazione di infermità[22].

Alla luce di questi elementi giurisprudenziali consolidati, il parere in esame sottolinea che nel gravame non si ravvisa alcuna congrua deduzione in merito al notevole intervallo di tempo intercorso tra l'ultima missione all'estero e la data del 6 settembre 2019 nella quale il ricorrente riferisce di aver avuto contezza

della patologia cardiologica, tale da fornire almeno un ragionevole indizio della sussistenza di un rapporto di causalità tra le condizioni di svolgimento del servizio in

Catanzaro, Sez. II, 2 ottobre 2014, n. 1568, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo la quale «a causa dell'impossibilità di stabilire, sulla base delle attuali conoscenze scientifiche, un nesso diretto di causa-effetto, e per il riconoscimento del concorso di altri fattori collegati ai contesti fortemente degradati ed inquinati dei Teatri Operativi, non debba essere richiesta la dimostrazione dell'esistenza del nesso causale con un grado di certezza assoluta, essendo sufficiente la dimostrazione, in termini probabilistico-statistici…». In termini analoghi vedasi anche T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 29 settembre 2016, n. 956, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo la quale «il verificarsi dell'evento costituisce *ex se* un dato sufficiente, secondo il cosiddetto "criterio di probabilità", a far sì che le vittime delle patologie abbiano diritto ai benefici previsti dalla legislazione vigente ogni qual volta, accertata l'esposizione del militare all'inquinante in parola, l'amministrazione non riesca a dimostrare che essa non abbia determinato l'insorgenza della patologia e che questa dipenda, invece, da fattori esogeni dotati di autonoma ed esclusiva portata eziologica».
In senso conforme vedasi anche Cons. St., Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 837, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[22] Cons. St., Sez. II, 20 aprile 2022, n. 2991, in *Foro amm.*, 2022, 4, II, 496; Cons. St., Sez. II, 12 aprile 2022, n. 2742, in *www.giustizia-amministrativa.it,* in cui si afferma che "il militare che sostiene la commissione di illecito civile da parte della P.A. deve provare la connessione fra neoplasia e esposizione all'uranio. Il militare interessato a percepire la speciale elargizione di cui all'art. 5, comma 1, della l. n. 206 del 2004 non deve dimostrare l'esistenza di un nesso eziologico fra esposizione all'uranio impoverito e neoplasia, essendo, invece, necessario un tale accertamento qualora lo stesso proponga una domanda risarcitoria, ossia assuma la commissione di un illecito civile da parte dell'Amministrazione.

dette missioni, o in altre circostanze, e la patologia cardiaca, nonostante il medesimo intervallo di tempo. Occorre anche sottolineare che risulta del tutto insussistente il secondo dei due termini della relazione di causa-effetto tra servizio prestato e patologia nella tesi del ricorrente secondo la quale "la relazione tra l'insorgenza della patologia neoplastica sofferta dal ricorrente ed il servizio prestato emerge dal suo stato di servizio dal quale si rileva che il militare è stato impiegato in svariate missioni all'estero, in territorio balcanico (oltre ad una missione in Mozambico) alloggiando nelle zone più massicciamente bombardate della Bosnia, presso la caserma 'Tito Barrack' di Sarajevo, caserma che ha registrato il più alto numero di militari ammalati e deceduti tra coloro che ivi erano alloggiati". Tale tesi, infatti, è riferita a patologia completamente diversa da quella per la quale lo stesso ricorrente aveva chiesto il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio.

Un ultimo profilo affrontato dal Consiglio di Stato nel parere in esame riguarda il valore della perizia di parte, secondo la quale la presenza nel sangue del ricorrente di metalli pesanti "assenti nella popolazione italiana di riferimento" confermerebbe che egli "non ha potuto contrarre la patologia per cui è causa sul suolo nazionale", ma solo in un contesto internazionale. Al di là della carenza dei profili motivazionali, il Consiglio di Stato, in merito a detta perizia, richiama il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo il quale conclusioni diverse da quelle del CVCS "risultanti da perizie, relazioni e/o certificazioni mediche di parte non sono idonee, di norma, a confutare l'attendibilità del giudizio tecnico del Comitato, atteso che le valutazioni mediche formulate da organi sanitari diversi da quelli dell'Amministrazione non hanno rilevanza per quest'ultima quando risultino in contrasto con i referti emessi dagli organi tecnici della stessa Amministrazione[23]. Dunque, per porre in discussione il parere del CVCS di esclusione della causalità di servizio da parte occorre una riconducibilità effettiva e comprovata dell'infermità, almeno in termini di concausalità, al servizio svolto, poiché l'art. 11 del d.P.R. n. 461/2001 – che prevede che il CVCS "accerta la riconducibilità ad attività lavorativa delle cause produttive di infermità o lesione, in relazione a fatti di servizio ed al rapporto causale tra i fatti e l'infermità o lesione" (primo comma) – "non ritiene sufficiente, a tale fine, la mera 'possibile' valenza patogenetica del servizio prestato, ma, di contro, impone la puntuale verifica, connotata da certezza o da alto grado di credibilità logica e razionale, della valenza del servizio prestato quale fattore eziologicamente assorbente o, quanto meno, preponderante nella genesi della patologia[24]. Infatti, "ai fini del riconoscimento della causa di servizio, è necessario che l'attività lavorativa possa con certezza ritenersi concausa efficiente e determinante della patologia lamentata, non potendo farsi ricorso a presunzioni di sorta e non trovando applicazione, diversamente dalla materia degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali, la regola contenuta nell'art. 41 c.p., per cui il rapporto causale tra evento e danno è governato dal principio dell'equivalenza delle condizioni. Il principio della causalità adeguata richiede sempre la riconoscibilità dell'esistenza di fattori riconducibili al servizio che rivestano un ruolo di adeguata efficiente inci-

[23] *Ex multis*, Cons. St., Sez. I, parere, 13 luglio 2023, n. 1030, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[24] Cfr. Cons. St., Sez. IV, 4 ottobre 2017 n. 4619; Id., Sez. III, 7 marzo 2017, n. 1076; Cons. St., Sez. II, 8 maggio 2019, n. 297, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

denza nell'insorgenza e nello sviluppo del processo morboso, mentre devono ritenersi totalmente escluse tutte le altre condizioni che un tale grado di concausale ingerenza non presentino, le quali – benché parimenti verificatesi in servizio – restano tuttavia riguardabili unicamente quali 'mere occasioni rivelatrici' di una infermità non avente alcun nesso di causalità o concausalità con le condizioni di servizio[25].

In conclusione, emergono, da quanto detto fin qui, alcuni dei profili critici del tema oggetto del parere del Consiglio di Stato in esame e che il giudice d'appello ha ben evidenziato. L'assenza di una normativa nazionale organica sul riconoscimento delle patologie legate all'uranio impoverito ha trasferito il problema alla giurisprudenza. I giudici, in mancanza di leggi specifiche, hanno dovuto decidere caso per caso, con risultati spesso difformi, a partire dal principio del nesso causale presunto. Una parte della giurisprudenza ha aperto alla possibilità di riconoscere il nesso causale non in base a prove certe, ma sulla base di presunzioni e di un ragionamento probabilistico, specie in presenza di contesti operativi contaminati (Kosovo, Iraq, Bosnia), di una esposizione non protetta o documentata, e di una coerenza tra patologia e tipo di rischio ambientale. Questa impostazione valorizza il principio di precauzione e i diritti costituzionali alla salute e alla tutela del lavoratore pubblico[26]. L'orientamento restrittivo di un'altra parte della giurisprudenza, invece, richiede prove dirette e scientificamente inoppugnabili del nesso tra esposizione a DU e patologia[27], anche in relazione all'intervallo di tempo trascorso tra il contesto nel quale si presume la latenza dell'uranio impoverito e l'insorgenza della patologia lamentata[28]. In assenza di queste, si è negato l'equo indennizzo e il riconoscimento di causa di servizio. Questo orientamento evidenzia il peso dell'incertezza scientifica, il timore di una giurisprudenza troppo espansiva e l'assenza di criteri ufficiali, ad esempio in relazione alle liste di patologie correlate. Questa incertezza crea una vera e propria giustizia diseguale, con decisioni che variano sensibilmente da caso a caso, una possibile disparità di trattamento tra il personale delle forze armate e di polizia, con una profonda incertezza nelle procedure e una mancanza di equità e trasparenza nel riconoscimento delle cause di servizio, in mancanza di criteri più chiari e uniformi. Per questo, una riforma della materia parrebbe urgente, ancor più in un quadro geopolitico complesso e in presenza di sempre più conflitti internazionali, colmando il vuoto legislativo con una legge-quadro nazionale che disciplini l'indennizzo per esposizione a contaminanti in missione, un elenco aggiornato di patologie correlate, un fondo specifico e una procedura semplificata di riconoscimento e una valutazione scientifica e indipendente dei rischi.

Roberto Leonardi

[25] Cfr. Cons. St., Sez. IV, 16 marzo 2012, n. 1510; Cons. St., Sez. III, 7 marzo 2017, n. 1076, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[26] Cfr., Cass. civ., Sez. Lav., Sez. III, 17 febbraio 2019, n. 1052, in *Giust. civ.* Mass., 2019; Cons. St., Sez. IV, 4 luglio 2011, n. 3967, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 7-8, 2482.

[27] Cfr., Cons. St., Sez. IV, 29 gennaio 2015, n. 430; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 28 settembre 2020, n. 9807, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[28] *Ex. multis*, cfr. Cons. St., Sez. I, 10 luglio 2023, n. 1013, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

II.
Atto e procedimento amministrativo

1. Decisione vincolata e garanzie procedimentali

Riflessioni sul rapporto tra garanzie partecipative e natura vincolata del provvedimento amministrativo impugnato (nota a Cons. Stato, sez. III, 7 novembre 2024, n. 8908)

Sommario: 1. Il caso concreto in esame. – **2.** La ricostruzione operata dal Consiglio di Stato nella fattispecie in questione. – **3.** Cenni in chiave diacronica all'odierno sistema di garanzie partecipative in relazione al procedimento amministrativo. – **4.** La disciplina di cui all'art. 21-*octies*, comma secondo: un inquadramento della previsione normativa – **5.** La natura sostanziale, ovvero processuale, della norma. – **6.** La portata dell'articolo in relazione alla natura vincolata del provvedimento. – **7.** Alcune riflessioni conclusive: la rilevanza dell'apporto partecipativo del privato.

1. Il caso concreto in esame.

La fattispecie concreta in esame vede quale ricorrente una società a responsabilità limitata avente quale attività principale la produzione ed il commercio di prodotti e insaccati a base di carne, la quale otteneva dall'Istituto nazionale di previdenza sociale, per alcuni periodi tra il 2014 e il 2015, l'autorizzazione alla Cassa integrazione guadagni ordinaria in ragione della crisi temporanea di impresa ingenerata dal sequestro giudiziario di un macchinario disposto dall'autorità in conseguenza di un gravissimo incidente sul lavoro occorso ad un dipendente, oltre che della più generale crisi del settore produttivo e della contrazione delle commesse.

Di seguito, nel 2019, tuttavia, la Direzione provinciale dell'I.N.P.S. di Lecce, disponeva la revoca delle autorizzazioni ritenendo fossero «*venuti meno i presupposti previsti dalle disposizioni vigenti per la concessione degli ammortizzatori sociali*», in particolar modo fondandosi sulle risultanze delle indagini di polizia economico-finanziaria svolte presso il Salumificio medesimo ad opera della Guardia di finanza.

I militari, in dettaglio, ponevano l'accento su di un accordo commerciale sottoscritto dalla società in questione con altra società polacca al fine del trasferimento della produzione all'estero, peraltro contestuale rispetto al periodo di avvio delle procedure per l'accesso ai suddetti ammortizzatori sociali, con il paventato intento di perseguire un significativo abbattimento dei costi di produzione.

A giudizio della Guardia di finanza, in particolare, tale accordo, non sarebbe stato reso noto agli Organi delle procedure, poiché diversamente avrebbe palesato la reale intenzione della società di non riprendere affatto l'attività di produzione in Italia bensì di procedere ad una effettiva delocalizzazione della produzione medesima, mediante il licenziamento di 55 dipendenti dopo

aver avuto accesso a tutte le possibili forme di integrazione di integrazione salariale vigenti.

La società ricorrente, pertanto, impugnava la predetta nota di revoca emanata dall'I.N.P.S. innanzi al T.A.R. Puglia – Sezione staccata di Lecce, estendendo poi le medesime censure, mediante motivi aggiunti, avverso la stessa nota informativa della Guardia di finanza a fondamento del provvedimento dell'I.N.P.S.

In primo grado, in particolare, il ricorrente fondava le proprie censure su di una centrale argomentazione avente ad oggetto la frustrazione delle garanzie partecipative ed il difetto istruttorio e motivazionale della nota, rilevando altresì la violazione dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 per l'inosservanza del termine ivi previsto per l'esercizio del potere di annullamento di ufficio.

Il Giudice di primo grado concludeva, tuttavia, respingendo il predetto gravame sull'assunto per cui, a dispetto dell'allegata inosservanza delle prerogative partecipative, l'impugnato provvedimento di annullamento d'ufficio presentava carattere vincolato, tenuto conto anche delle significative circostanze fattuali riscontrate dalla Guardia di Finanza. Le risultanze *de qua*, in particolare, venivano poste dall'Ente previdenziale alla base del provvedimento impugnato, nella forma della motivazione *per relationem*.

Il Giudice di primo grado riteneva che gli esiti dell'attività di indagine – di seguito altresì posti al vaglio della stessa magistratura penale per le gravi ipotesi di reato ipotizzate (art. 640-*bis* c.p.) – fossero stati adeguatamente valutati sul piano amministrativo dall'Ente previdenziale, nei loro elementi di fatto, palesando nella fattispecie l'evidente insussistenza dei requisiti di legge per l'ottenimento della C.I.G.O.

Rispetto alla specifica censura concernente l'inosservanza del termine di diciotto mesi per l'esercizio dell'annullamento d'ufficio, il T.A.R. riteneva inoltre dovesse ravvisarsi, nel caso di specie, l'ipotesi della falsità rappresentativa, con la conseguenza per cui si potesse prescindere dal termine disposto dal secondo comma dell'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990.

Insorgeva pertanto la società in sede di appello denunciando l'*error in iudicando* del primo giudice consistente proprio nel non aver ravvisato la violazione delle garanzie partecipative in sede di procedimento di riesame esitato nel suddetto provvedimento di secondo grado.

In particolar modo, la società rilevava l'assenza della comunicazione di avvio del procedimento, così come del contraddittorio endoprocedimentale, lamentando altresì come la motivazione *per relationem*, nella fattispecie concreta, non sarebbe apparsa soddisfacente; rimarcava, in aggiunta, la violazione del termine invalicabile di diciotto mesi per l'esercizio del potere di riesame in autotutela.

Nel dettaglio, l'appellante palesava la non condivisibilità della tesi per cui il provvedimento avrebbe avuto contenuto vincolato e conseguentemente l'esito dell'attività di riesame sarebbe stato necessitato (e immune da censure) in applicazione dell'art. 21-*octies*, comma secondo, della legge n. 241/1990.

2. La ricostruzione operata dal Consiglio di Stato nella fattispecie in questione.

Così ricostruita la vicenda in termini di statuizioni di primo e successiva impugnazione in appello, occorre porre in evidenza come il giudizio innanzi al Consiglio di Sta-

to si sia concluso, nel caso di specie, con una declaratoria di fondatezza dell'appello e, dunque, di accoglimento del medesimo, alla luce di una ricostruzione della fattispecie procedimentale ampiamente difforme rispetto a quella operata in prime cure.

In particolar modo, il Supremo Consesso dissente dall'argomentazione centrale esposta dal Giudice di primo grado per cui, nella fattispecie in esame, la comunicazione di avvio del procedimento di secondo grado in questione, in concreto, sarebbe risultata irrilevante, in applicazione del disposto dell'art. 21-*octies*, comma 2 l. 241/90, assumendo il provvedimento di annullamento d'ufficio un carattere vincolato per l'I.N.P.S. in correlazione alle significative circostanze fattuali riscontrate dalla Guardia di Finanza e di seguito comunicate all'Ente previdenziale.

In altri termini e semplificando – a giudizio del T.A.R. adito – il provvedimento dell'Istituto nel caso in esame avrebbe assunto carattere vincolato sottraendosi per l'effetto alle garanzie partecipative previste dalla legge sul procedimento amministrativo.

Ecco che, proprio in relazione a tale specifica questione, il Collegio in sede di appello rileva una fallacia ricostruttiva nel ragionamento operato dal Giudice di prime cure: infatti, se è vero che l'esito del riesame in autotutela è la decadenza[1] dal regime di integrazione salariale, all'acclarata insussistenza dei presupposti legalmente previsti e tale esito deve necessariamente considerarsi "vincolato" non essendovi spazio utile per il contraddittorio con la parte interessata, ciò non può parimenti dirsi nell'ipotesi in cui sia revocata in dubbio la sussistenza stessa dei presupposti legittimanti, postulante accertamenti in fatto, rispetto ai quali può risultare utile, o meglio necessario, l'apporto partecipativo del destinatario medesimo del provvedimento.

In tal senso, il Collegio giunge ad affermare nella pronuncia in commento che, laddove l'accertamento dei presupposti di fatto del provvedimento richieda un'istruttoria *ad hoc,* l'apporto partecipativo – a partire dalla comunicazione di avvio del procedimento – deve essere ritenuto rilevante e doveroso, anche laddove si tratti di provvedimenti vincolati, consentendo il confronto procedimentale una più ponderata valutazione dei presupposti sui quali si fonda la determinazione dell'amministrazione.

Ebbene, proprio tale tesi ricostruttiva sostenuta dal Giudice di appello, parimenti adottata in antecedenti pronunce del giudice amministrativo peraltro riprese nella sentenza in commento[2], consente al medesimo di analizzare la medesima fattispecie concreta oggetto della controversia da altro angolo visuale.

Così, in dettaglio, l'accertamento della carenza dei presupposti per l'accesso al regime di integrazione salariale sarebbe derivato, nel caso di specie, dalla complessa e articolata ricostruzione fattuale operata, in esito alle attività investigative svolte dai militari della Guardia di finanza, di seguito recepita dalla Direzione provinciale dell'I.N.P.S. di Lecce in assenza di qualsiasi ulteriore approfondimento e, soprattutto, di

[1] *Rectius,* più che di revoca si tratterebbe di annullamento d'ufficio, secondo la configurazione accolta nel giudizio di prime cure e non censurata in appello.

[2] Si v. specialmente: Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6235; sez. III, 14 settembre 2021, n. 6288; sez. VI, 23 aprile 2024, n. 3710.

un confronto partecipativo con la società interessata.

In particolare, nell'ambito della nota informativa del Nucleo di polizia economico-finanziaria della Guardia di finanza di Lecce – sottoposta altresì all'attenzione della magistratura inquirente in sede penale per l'ipotesi di reato di truffa aggravata *ex* art. 640-*bis* c.p. – si opera una precisa ricostruzione dei fatti per la quale la paventata crisi temporanea di impresa, addotta dalla Società a fondamento dell'accesso al regime di integrazione salariale e riconducibile asseritamente al sequestro penale della macchina impastatrice, sarebbe stata invero orientata a dissimulare il reale intento di delocalizzazione dell'intera produzione in Polonia, come sarebbe poi avvenuto in virtù dell'accordo commerciale concluso dalla società con una ditta polacca.

Conseguentemente, l'Istituto appellato si sarebbe poi determinato alla revoca delle autorizzazioni alla cassa integrazione guadagni ordinaria sulla scorta della suddetta circostanziata nota informativa della Guardia di finanza, di fatto, dunque, mediante un provvedimento adottato in assenza di qualsivoglia partecipazione del privato e motivato unicamente *per relationem*[3].

In sede processuale, tuttavia, la tesi sopra esposta e prospettata dagli investigatori, pur profilandosi dettagliata e doviziosamente corroborata da supporti documentali, veniva sconfessata negli esiti, alla luce della discrasia fattuale emersa grazie alle controdeduzioni ed alla ricostruzione degli eventi offerta dalla società, addotte in giudizio proprio al fine di smentire la tesi degli investigatori (la quale peraltro – occorre precisare – non ha avuto alcun seguito in sede penale)[4].

In definitiva, proprio tale difformità sul piano fattuale, a giudizio del Collegio, avrebbe posto in evidenza come l'omissione delle garanzie partecipative, e così *in primis* la mancata comunicazione di avvio del procedimento, nel caso di specie, non sarebbe stata scriminabile in virtù della peculiare disciplina sui vizi non invalidanti, per la precipua ragione per cui l'accertamento dei presupposti di fatto del provvedimento impugnato – nella fattispecie, in particolare, l'assenza di crisi temporanea di impresa e l'intento fraudolento della Società – si sarebbe palesato come lungi dall'essere di agevole esperimento e, al contrario, si sarebbe manifestata l'ipotesi delle "situazioni peculiari e giuridicamente complesse", al ricorrere delle quali la stessa giurisprudenza amministrativa pretende la piena osservanza delle garanzie partecipative dell'interessato[5].

[3] Sul punto si v. la giurisprudenza, e così tra le altre Cons. Stato, sez. II, 6 maggio 2020 n. 2860, che ha precisato come la motivazione rappresenti contenuto insostituibile della decisione amministrativa, anche in ipotesi di attività vincolata, risultando pertanto in tal senso «*inammissibile un'integrazione postuma effettuata in sede di giudizio, mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi*». Tra le pronunce più recenti sul tema v. Cons. Stato, sez. IV, 1° ottobre 2024, n.7880; sez. V, 25 ottobre 2024, n. 8527. In senso contrario, tra le altre, Cons. Stato, sez. II, 29 aprile 2024, n.3873; sez. V, 20 giugno 2024, n. 5520; sez. V, 23 settembre 2024, n. 7724.

[4] In tal senso, la società ha sconfessato la tesi per cui l'intento sarebbe stato maliziosamente quello di delocalizzare stabilmente l'intera produzione in Polonia avvantaggiandosi, nelle more, del conveniente regime di integrazione salariale: in tal caso, infatti, non si spiegherebbe, a dispetto di quanto rilevato nella nota dalla Guardia di finanza, il dato dei livelli occupazionali della società, tornati agli stessi livelli del 2014, se non superiori, una volta che l'accordo commerciale con la società polacca era giunto alla naturale scadenza, senza esser stato peraltro prorogato.

[5] Per un'analisi di tale orientamento giurisprudenziale si v., in partic., Cons. Stato n. 396 del 2004. Nell'ambito della sentenza, in particolare, conformemente a quanto statuito nella stessa pronuncia in esame, si ritiene fondata ed assorbente la doglianza relativa alla violazione dell'art. 7 della L. n. 241/90 per mancato avviso dell'avvio del procedimento finalizzato alla irrogazione della sanzione nel caso di specie. In particolare, sul punto, i giudici precisano che «*Non vi sono, infatti, ragioni per escludere l'applicabilità della norma generale sul procedimento amministrativo di cui all'art.7 della legge n.241/1990 che*

Pertanto, il Consiglio di Stato, sulla base della dirimente argomentazione predetta, conclude nel senso che la censura che fa leva sull'omissione della comunicazione di avvio del procedimento, nonché sulla frustrazione delle prerogative partecipative, debba ritenersi, nel caso concreto, fondata e assorbente.

A dispetto della disciplina sui vizi non invalidanti, infatti, nella fattispecie in esame il contenuto dispositivo del provvedimento avrebbe potuto (e dovuto) beneficiare dell'apporto partecipativo della società interessata, in particolar modo al fine di chiarire le premesse fattuali strumentali all'accertamento dei presupposti per l'accesso al regime di integrazione salariale (*rectius*, alla connessa revoca o decadenza dallo stesso)[6].

In concreto, pertanto, la pronuncia in esame, in riforma dell'impugnata sentenza, accoglie il ricorso introduttivo di primo grado, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato, fatta salva l'eventuale riedizione del potere, nel rispetto proprio delle summenzionate garanzie partecipative.

3. Cenni in chiave diacronica all'odierno sistema di garanzie partecipative in relazione al procedimento amministrativo.

Come noto, l'agire della pubblica amministrazione si è tradizionalmente concretizzato nell'emanazione di determinazioni unilateralmente incidenti sulla sfera del cittadino, secondo una logica evidentemente di tipo autoritativo in virtù della finalizzazione dell'azione pubblica al perseguimento dell'interesse pubblico.

prevede la comunicazione dell'inizio del procedimento, con le modalità del successivo art. 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti; siffatto onere è escluso nella sola ipotesi di esigenze di particolare celerità di cui va, comunque, dato atto (e nel caso insussistenti atteso che il nulla osta paesaggistico risale al 1994). La norma stessa è inoltre applicabile anche agli vincolati (fra le tante, C.d.S., Sez. V°, 23/2/2000 n.948) in quanto la partecipazione del privato agli accertamenti che precedono siffatto genere di atti può far emergere circostanze ed elementi tali da indurre la P.A. a recedere dall'emanazione del provvedimento finale ovvero a modificarne il contenuto. (…) detta fase procedimentale potrebbe diventare superflua solo quando l'adozione del provvedimento finale sia doverosa per l'amministrazione (oltre che vincolata), quando i presupposti fattuali risultino assolutamente incontestati dalle parti, quando il quadro normativo di riferimento non presenti margini di incertezza sufficientemente apprezzabili, oppure nel caso in cui l'eventuale annullamento del provvedimento finale, per accertata violazione dell'obbligo formale di comunicazione, non privi l'Amministrazione del potere (o addirittura del dovere) di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto (anche in relazione alla decorrenza dei suoi effetti giuridici). E nella specie vanno considerati anche il lungo tempo trascorso dal momento iniziale dell'illecito e la complessità del procedimento, nel corso del quale è anche prevista una perizia per la valutazione del danno; e non vi è dubbio, quindi, che la partecipazione del destinatario della sanzione al relativo procedimento avrebbe potuto, in ipotesi, inserire nella valutazione fatta dall'Amministrazione elementi tali da determinare un suo diverso contenuto, quanto meno sotto il profilo del quantum».

[6] In un caso analogo lo stesso Consiglio di Stato si è espresso nel senso della necessità di assicurare le garanzie partecipative al procedimento, tenuto conto, in particolare, della complessità della situazione e della gravità degli effetti derivanti dal provvedimento di decadenza. Nella fattispecie il Collegio, in particolare, ha posto in evidenza come l'appellante abbia fornito in giudizio elementi che avrebbero dovuto essere valutati dall'Amministrazione nel corso del corretto procedimento, prima di addivenire all'adozione del provvedimento di decadenza. Tra le garanzie partecipative, in particolare, si pone in luce come dovesse essere rispettata la comunicazione dell'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 della l. 241/90, così come le medesime garanzie partecipative dovessero essere osservate ed assicurate prima del diniego di autorizzazione, quale provvedimento implicato nel caso di specie. In aggiunta, il Collegio giudicante esplicita che la natura vincolata degli atti impugnati non costituisce valido motivo per omettere il rispetto delle garanzie partecipative in situazioni peculiari e giuridicamente complesse come quella analizzata (cfr. Cons. Stato n. 6288/2021).
Si collocano nel medesimo filone interpretativo anche, tra le altre: Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2000 n. 2443; n. 2953/2004 e n. 2307/2004.

Il medesimo potere imperativo e autoritativo concretizzato nel provvedimento amministrativo disvelava, del resto, la posizione di supremazia dell'amministrazione sul cittadino, avente uno *status*, di fatto, di soggetto "amministrato", in quanto tale titolare di una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo di tipo oppositivo, inteso come interesse ad opporsi alla validità del provvedimento amministrativo lesivo della sua sfera giuridica[7].

Di conseguenza, alla luce di tale rapporto vigente tra l'autorità amministrativa ed il soggetto amministrato, non risultava evidentemente nemmeno possibile concepire la sussistenza di un interesse del cittadino alla partecipazione al procedimento amministrativo. Quest'ultimo, peraltro, era inteso quale sequenza di atti strumentali rispetto al provvedimento, unico atto fondamentale dotato di rilevanza esterna, ossia idoneo a cagionare lesioni di posizioni soggettive: si assisteva cioè, in altri termini, ad una sostanziale prevalenza del momento provvedimentale rispetto a quello procedimentale[8]. In tal senso, gli stessi vizi inficianti gli atti prodromici al provvedimento finale assumevano una rilevanza solamente nel caso di idoneità a compromettere la validità stessa del provvedimento: l'impugnativa del provvedimento necessitava, in altri termini, in tale ipotesi, anche della contestazione dell'atto antecedente, determinante l'invalidità derivata del provvedimento medesimo.

In tale contesto, pertanto, il rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione muta in maniera radicale con l'avvento della legge sul procedimento amministrativo: in dettaglio, il Capo III della l. 241/1990, infatti, introduce una disciplina concernente la partecipazione al procedimento da parte dei soggetti interessati[9]. Ai sensi dell'art. 10 della suddetta legge, in particolare, è finalmente consentito al cittadino, portatore di interessi connessi al procedimento, di sottoporre all'amministrazione competente circostanze, fatti e, in termini generali, documenti e memorie che lo riguardano e, soprattutto, che l'amministrazione è obbligata a prendere in considerazione nell'ambito dell'istruttoria condotta al fine di addivenire alla determinazione finale e conclusiva del procedimento[10].

[7] In argomento, a fronte della sterminata dottrina sull'argomento si v. i fondamentali contributi di: E. Cannada Bartoli, *Interesse,* in *Enc. dir.,* XXII, Milano, 1972, 9; M. Nigro, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione,* in *Foro it.,* 1987, 478; A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo),* in *Enc. dir., Aggiorn.,* II, Milano, 1998, 978; A. Travi, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo,* in *Dir. amm.,* 2013, 1-2, 1 ss.; F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria,* Torino, 2017; N. Paolantonio, *Centralità del cittadino ed interesse legittimo (oltre le categorie, per una tutela effettiva: l'insegnamento di Franco Gaetano Scoca),* in *Dir. proc. amm.,* 2018, 4, 1536.

[8] Su tale aspetto cfr.; F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1 ss., 33.

[9] Per un'analisi della tematica a partire dal pensiero dei padri fondatori si v. senza pretesa di esaustività: A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo,* Milano, 1940; M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione,* Milano, 1939; F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1952, II, 118 ss.; M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa,* in *Riv. trim. dir. proc.,* 1963, 1 ss. e 522 ss. con particolare riferimento all'emersione dei cc.dd. interessi procedimentali; M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo),* in *Riv. dir. proc.,* 1980, 261-262; G. Pastori, *La disciplina generale del procedimento amministrativo*, in *Atti del convegno di Varenna*, Milano, 1986. Si v., inoltre, E. Cardi, *Procedimento amministrativo,* in *Enc. giur. Treccani,* XXIV, Roma, 1991, 3 ss.; M. Cartabia, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo: la legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari,* Milano, 1991, 51 ss.; F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo, in Dir. amm.*, 1996, 11 ss.; M.A. Sandulli, (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

[10] Sull'art. 10 l. 241/90 v. F. Ledda, *La partecipazione all'azione amministrativa,* in G. Berti - G.C. De Martin (a cura di), *Gli*

Ecco che, in tal senso, si riconosce una duplice valenza dell'istituto della partecipazione. Da un lato e in primo luogo, il medesimo realizza una funzione di garanzia per l'amministrato, assicurando tutela e considerazione agli interessi dei cittadini, i quali possono far valere nell'ambito del procedimento interessi diversamente posti in luce nell'ambito di un eventuale successivo processo amministrativo avverso il provvedimento.

Dall'altro lato, inoltre, l'istituto della partecipazione e gli strumenti al medesimo riconducibili e disciplinati nell'ambito della l. n. 241/1990, si pongono quali strumenti di collaborazione del privato rispetto all'attività dell'amministrazione funzionalizzata alla decisione amministrativa, consentendo peraltro, anche in ottica deflativa del contenzioso, di considerare, ponderare e valutare adeguatamente tutti gli interessi implicati nell'emanazione di un provvedimento, limitando altresì eventuali vizi ed errori.

In tal senso, dunque, il procedimento amministrativo stesso viene ad essere inteso come la sede della comparazione e ponderazione dei diversi interessi coinvolti e non assolve più unicamente – come sopra esposto – una funzione meramente strumentale rispetto al provvedimento finale.

D'altra parte, come posto in evidenza anche dalla dottrina[11], la partecipazione al procedimento è oggi intesa anche quale strumento di democraticità che ha contributo alla transizione da un'amministrazione intesa quale autorità che impone unilateralmente le decisioni al cittadino, ad una connotata da partecipazione, talvolta financo condivisione e collaborazione, oltre che trasparenza in relazione all'esercizio dell'azione amministrativa[12].

Peraltro, il diritto alla partecipazione si è concretizzato, in primo luogo, nella figura del responsabile del procedimento e nella connessa previsione circa l'obbligo stesso per il responsabile, nell'ambito delle sue funzioni, di dare comunicazione in relazione all'avvio del procedimento ai soggetti destinatari (artt. 6 e 7 l. n. 241/1990) ossia ai soggetti rispetto ai quali il provvedimento avrà effetti diretti, coloro che per legge devono intervenire nel procedimento e che siano quindi identificati o identificabili. L'art

istituti della democrazia amministrativa, Milano, 1996, 29 ss. Sempre in tema di partecipazione v., *ex multis,* S. Cognetti, *Quantità e qualità della partecipazione*, Milano, 2000; A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; per una completa panoramica sugli istituti concretizzanti la partecipazione, anche in ottica comparata, cfr. M. D'Alberti, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2000, 1.

Sulla partecipazione al procedimento in senso più generale si v. inoltre R. Ferrara, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2, 2017, 209 ss.

[11] Cfr. in merito F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994; si v. anche sul tema, A. Luce, *Il procedimento amministrativo ed il «diritto di partecipazione» nella legge n. 241/90*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 1996, 552 ss.; L.R. Perfetti, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 850 ss.

[12] In argomento si v. tra i contributi più recenti M. Dell'Omarino, *La funzione democratica della partecipazione al procedimento: alcune considerazioni a partire dalle recenti riforme in materia di dibattito pubblico,* in *federalismi.it*, 11/2024, 1-23. Per un'analisi circa il dibattito originatosi sul tema della partecipazione del cittadino ai procedimenti amministrativi, già prima dell'entrata in vigore della l. 241/1990, si v., inoltre: G. Pastori, *La procedura amministrativa,* Milano, 1964; U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. Giur.*, 1970, 25; M. Chiti, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977; M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 225; E. Cardi, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Rimini, 1984; S. Cassese, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 1015 ss.; C.E. Gallo, voce *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della p.a.*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1999.

8, di seguito, declina contenuto e modalità di invio della comunicazione di avvio del procedimento[13].

Ciò posto, un aspetto al centro del dibattito è stato certamente quello concernente le conseguenze della omessa comunicazione di avvio del procedimento, la quale di norma si concretizzerebbe in una violazione di legge determinante potenziale annullamento del provvedimento per violazione di legge.

È, di seguito, mediante la riforma disposta dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante "*Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*" che la previsione di cui all'art. 21-*octies* della medesima legge sul procedimento di fatto introduce un limite rispetto alla suddetta annullabilità del provvedimento, con uno spostamento del focus dall'illegittimità formale del provvedimento ad una di ordine sostanziale, con l'affermazione di quello che è stato pertanto definito un «*principio di prevalenza della correttezza sostanziale dell'atto sulla illegittimità formale*»[14].

4. La disciplina di cui all'art. 21-*octies*, comma secondo: un inquadramento della previsione normativa.

Come noto, la sopra menzionata disciplina dei vizi non invalidanti, di cui all'art. 21-*octies*, comma secondo, della legge n. 241 del 1990[15], esclude l'annullabilità dei provvedimenti adottati in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, risulti palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato e aggiunge che, indipendentemente dalla sua natura vincolata, il provvedimento non sarebbe annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento sarebbe sta-

[13] Per una disamina sul sistema di garanzie partecipative, con riferimento ai diversi ambiti di operatività dell'amministrazione, cfr. tra gli altri: A. Sandulli, *La comunicazione di avvio nei procedimenti di tutela del patrimonio storico-artistico*, commento a Cons. Stato, sez. VI, 3 gennaio 2000, n. 29, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2000, 583 ss.; F. Saitta, *Garanzie partecipative ed 'ansia' di provvedere*, Intervento al convegno sul tema: 'Il ruolo dei privati nelle nuove amministrazioni: verso l'emersione di una cittadinanza amministrativa?', Torino, 14-15 giugno 2002, in *Nuove autonomie*, 3, 2002 319-336; N. Paolantonio, *Autotutela e garanzie partecipative*, Nota a Cons. Stato sez. V 3 marzo 2004, n. 1018, in *Giust. amm.*, 2, 2004, 395 ss.; D. Chinello, *Adozione del P.R.G. e garanzie partecipative dei privati: quando l'accoglimento di un'osservazione impone la ripubblicazione del piano*, in *Riv. giur. edilizia*, 1, 2004, 195-211; M. Poto, *Autorità amministrative indipendenti e garanzie partecipative*, in *Resp. civ. e prev.*, 5, 2007, 1143 ss.; F. Castiello, *Trasferimento di militari, garanzie partecipative e obbligo di motivazione*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, 1-2 2008, 63-91; A. Lupo, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo tra tutela dell'efficenza dell'azione amministrativa e rispetto delle garanzie partecipative*, nota a Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2010 n. 520, in *Il Foro amm. – CdS*, 3, 2010, 667-694; E. Maschietto, *Consiglio di Stato e T.A.R. Campania unanimi nella conferma della pienezza delle garanzie partecipative in materia di ordinanze di rimozione rifiuti: i Sindaci sono avvertiti*, nota a Cons. Stato, sez. IV, 1 aprile 2016, n. 1301; TAR Salerno, sez. I, 2 aprile 2016, n. 488, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 2, 2016, 299-303; E. Frediani, *Le garanzie partecipative nella valutazione di impatto ambientale: strumenti tradizionali e dibattito pubblico*, in *Le istituzioni del federalismo*, 3, 2020, 657-677.

[14] Così, in partic., R. Garofoli, *Manuale di diritto amministrativo*, 2017.

[15] La norma, come noto, testualmente dispone che «*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. 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*».

to ad ogni modo corrispondente rispetto a quanto concretamente disposto[16].

In sostanza, dunque, la norma in oggetto esclude l'annullabilità, in primo luogo, del provvedimento amministrativo vincolato affetto da vizi formali, oltre che di qualsiasi provvedimento viziato da omessa comunicazione dell'avvio del procedimento.

La disposizione, pertanto, si suddivide in due parti, che occorre prendere in esame singolarmente: la prima a carattere generale e avente ad oggetto qualsiasi violazione delle norme sul procedimento amministrativo e sulla forma degli atti, mentre la seconda più specifica e unicamente riferita alla violazione del disposto di cui all'art. 7 della l. n. 241/90.

La prima parte opera, inoltre, un espresso riferimento ai provvedimenti vincolati; di contro, implicitamente, la seconda parte si rivolge ai provvedimenti discrezionali.

Ancora, occorre rilevare come nella prima ipotesi semplicemente debba risultare palese che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, mentre nella seconda incombe altresì sull'amministrazione l'onere di provare l'ininfluenza del vizio.

La portata della norma in questione, pertanto, è apparsa di particolare rilievo considerando, nell'ambito della teoria generale del diritto amministrativo, l'assioma centrale per la materia concernente l'inderogabilità degli effetti delle norme volte a regolare l'attività delle pubbliche amministrazioni, la cui violazione determina automaticamente l'annullabilità del provvedimento amministrativo, in presenza di una seppur minima difformità tra l'atto concretamente adottato ed il relativo modello legale.

Peraltro, occorre precisare come il predetto postulato sia stato, di seguito, posto in dubbio ad opera della stessa più recente dottrina, così come dalla giurisprudenza nella misura in cui si è messo in evidenza come non si ravviserebbe invalidità del provvedimento amministrativo in ipotesi di vizi caratterizzati da uno scarso rilievo della norma violata rispetto agli interessi pubblici implicati nella decisione amministrativa[17].

Dovendo brevemente inquadrare l'istituto di cui trattasi in chiave storica si può, in aggiunta, rilevare come in ossequio al principio di legalità, a lungo, il potere amministrativo sia stato riconosciuto in capo all'amministrazione pubblica fintantoché il medesimo si esplicasse nella stretta corrispondenza tra provvedimenti dell'autorità amministrativa e predeterminate previsioni di legge. In particolare, una seppur minima violazione del-

[16] Sull'art. 21-*octies* v., *ex multis*, F. Luciani, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003; G. Bergonzini, *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi,* in *Dir. amm.,* 2007, 2, 231 ss.; R. Ferrara, *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità». Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 103 ss.; P. Lazzara, *Contributo alla discussione sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies, l. 241 del 1990*, in *Foro amm.-CdS*, 2009, 190 ss.; F. Trimarchi, *Rilevanza condizionata dei vizi di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1117 ss.

[17] Si fa riferimento, in particolare, alla teoria della c.d. «*irregolarità per minimalità*». In dottrina v. sul punto F.G. Scoca, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in V. Parisio (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo*, Milano, 2004, laddove si è posto in evidenza che «*La garanzia della posizione giuridica del privato non poteva essere più affidata alla regolarità formale dell'azione amministrativa*»; V. Cerulli Irelli, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione*", in *Annuario 2002*, Milano 2003, 14.
Nella giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 1991, n. 999, per cui «*le violazioni delle norme che disciplinano il procedimento per l'emanazione di un certo provvedimento producono l'illegittimità del provvedimento finale solo se ledono gli interessi sostanziali alla tutela dei quali, la disciplina del procedimento è preordinata; pertanto, non sono ammissibili motivi di censura del provvedimento con i quali si alleghino mere irregolarità procedurali, senza alcuna derivata lesione della normativa sostanziale del settore*».

la norma di legge comportava l'illegittimità dell'atto, in assenza, dunque, di una distinzione tra violazione formale e sostanziale delle disposizioni di legge legittimanti l'esercizio del potere amministrativo, considerate in quanto tali vere e proprie norme di ordine pubblico con conseguente sanzione occorrente nel caso di violazione delle stesse.

Con il tempo, tuttavia, si è anche affermata una concezione volta a distinguere l'entità delle violazioni normative e, dunque, tesa a valorizzare un'interpretazione delle norme in senso teleologico; contestualmente si è accentuato il valore di principi quali quello di buon andamento, così come si è sempre più attribuito rilievo al c.d. modello di amministrazione di risultato[18].

A tale riforma sul piano normativo concernente l'azione dell'amministrazione, si è peraltro accompagnata una rivoluzione anche sul fronte giurisdizionale implicante un sostanziale spostamento del sindacato del giudice verso il risultato dell'azione amministrativa e nel senso dell'affermazione di una giurisdizione di risultato. Così, in particolare, la medesima dovrebbe essere, da un lato, effettivamente in grado di garantire alla parte tutto quanto spettante sulla base del diritto sostanziale e, dall'altro lato, chiamata a ricomprendere nell'oggetto della cognizione, nel rispetto del principio della domanda, non soltanto l'atto impugnato, bensì la stessa pretesa al bene della vita che il ricorrente mira a conseguire o a conservare e ciò anche al di là della sequenza di atti impugnati.

Ecco dunque che, nell'ambito di tale evoluzione – nella presente sede evidentemente delineata per cenni – l'art. 21-*octies* comma 2 può essere letto quale approdo anche nel senso del passaggio da un giudizio sull'atto amministrativo ad un giudizio inerente al rapporto, con l'attribuzione al giudice amministrativo in sede di scrutinio della prerogativa volta a vagliare la funzione amministrativa al di là dell'atto formalmente adottato, potendo il medesimo non procedere all'annullamento, nella misura in cui al ricorrere di determinati presupposti, sia accertata la conformità tra l'atto e la funzione in capo all'autorità amministrativa in senso sostanziale.

In altri termini, in tal senso, si è approdati ad una riconfigurazione del sindacato di legittimità del giudice amministrativo non limitato al singolo provvedimento bensì riferito al potere ed alla complessiva attività dell'amministrazione in riferimento agli interessi perseguiti. D'altra parte, tale concezione consente di evitare che all'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento per vizio formale consegua una riedizione del potere amministrativo mediante l'adozione di un nuovo atto del medesimo tenore.

[18] In proposito si v. la rilevanza che ad oggi ha assunto il principio del risultato rispetto all'azione amministrativa, anche in specifici settori e ambiti nei quali il medesimo è stato particolarmente valorizzato e codificato: così nel recente d.lgs. 36/2023 e s.m.i. recante "*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*", ove all'art.1, nella prima parte specificamente dedicata ai principi ed in senso innovativo anche rispetto al Codice previgente, si dispone al comma 1 che «*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*». Inoltre, è esplicitato che «*Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea*» (comma 3). Ancora, «*il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva*» (comma 4).

Alla base della specifica previsione, del resto, può ravvisarsi il principio – di rilevanza costituzionale – di buon andamento, il quale ulteriormente e più specificamente può declinarsi, con ricadute in ambito sostanziale, bensì anche processuale, nei principi – tra gli altri – di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, di conservazione degli effetti giuridici e di raggiungimento dello scopo[19].

In particolare, sul piano strettamente sostanziale, la previsione di cui trattasi può essere intesa quale norma che di fatto conduce ad una prevalenza del principio di buon andamento stesso su quello di legalità, oltre che di consolidamento della legalità sostanziale, rispetto a quella formale[20].

Ancora, la norma, sempre in ottica di diritto sostanziale, comporta una rilettura del rapporto tra fattispecie legale ed astratta e provvedimento, quale fattispecie concreta, e conduce pertanto ad una rimeditazione del medesimo schema norma-potere-effetto[21], laddove è stabilito che una violazione di una norma di azione non determina l'invalidità del provvedimento adottato.

5. La natura sostanziale, ovvero processuale, della norma.

Ebbene, nella presente sede mette conto rilevare altresì come, nel corso del tempo, si sia originato un vivace dibattito in dottrina, oltre che in giurisprudenza, circa la natura sostanziale, ovvero processuale del suddetto comma secondo dell'art. 21-*octies* l. n. 241/90.

In primo luogo, ponendo l'attenzione sulla disposizione di cui al primo periodo del secondo comma, occorre notare come la norma non tratti espressamente di illegittimità, bensì di non annullabilità dell'atto. Ne è conseguita, pertanto, un'interpretazione della previsione in senso processuale, secondo la quale il provvedimento sarebbe ad ogni modo illegittimo, sebbene al giudice amministrativo sarebbe precluso annullarlo, con contestuale possibilità pertanto di accordare al privato la tutela risarcitoria.

Secondo tale orientamento giurisprudenziale, in particolare, la norma – in ossequio al principio di legalità inteso in accezione sostanziale e conformemente ai principi di efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, così come al più generale principio costituzionale di buon andamento – sarebbe orientata a favorire l'interesse pubblico alla conservazione degli atti amministrativi, dando prevalenza al suddetto interesse, rispetto a quello dell'annullamento di provvedimenti dell'amministrazione pubblica non conformi al relativo modello legale[22].

I sostenitori di tale tesi, ancora, hanno posto in rilievo come la volontà del legislatore in rapporto alla norma *de qua* fosse quella di limitare il potere di annullamento del giudice, pur in presenza di un atto adottato in violazione di norme, nello specifico procedimentali.

[19] Su cui cfr., a titolo esemplificativo, Cons. Stato, sez. II, 2 novembre 2023, n. 9407, con specifico riferimento, nel caso di specie, al procedimento elettorale.

[20] In argomento cfr. F. Francario, *Garanzia degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa*, Napoli, 2019, 317 ss.

[21] Per un'analisi della relativa teoria generale sul punto si v. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, 2024, 339 ss.

[22] Cfr. in dottrina sul tema M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *www.ius-publicum.com*, 2011, 33.

Il suddetto orientamento, tuttavia, è stato di seguito superato da una successiva ricostruzione adottata dal giudice amministrativo[23], di stampo sostanzialista a proposito dell'invalidità dell'atto amministrativo, tesa a valorizzare la novella del 2005, quale riforma sistematica del compendio normativo in tema di procedimento amministrativo[24]. Tale impostazione sostanzialista risulterebbe poi ulteriormente supportata dalle innovazioni introdotte dal legislatore sul tema nel 2014, nel senso dell'espressa limitazione del rinvio recato dall'art. 21-*nonies* al solo primo comma del 21-*octies*[25].

In tal senso, in dettaglio, il secondo comma dell'art. 21-*octies* è stato interpretato quale espressione di vizi non incidenti sul contenuto dell'atto e, pertanto, non determinanti l'invalidità del medesimo.

Così, il provvedimento amministrativo adottato in violazione di norme relative alla forma (come nell'ipotesi di mancata comunicazione di avvio), ovvero al procedimento, risulterebbe processualmente non annullabile e legittimo sul piano sostanziale.

Tale effetto è stato fondato da taluni basandosi sull'argomentazione della "dequotazione" del vizio di legittimità a mera irregolarità[26]; mentre altri autori, sempre nell'ambito del filone "sostanzialista", hanno fatto riferimento al meccanismo della c.d. sanatoria *ex lege*, secondo la quale la disposizione di cui all'art. 21-*octies*, comma secondo, farebbe discendere dal dato della sostanziale correttezza del provvedimento l'effetto sanante dell'illegittimità procedimentale, così in qualche maniera privilegiando il momento provvedimentale rispetto all'*iter* procedimentale[27].

[23] V. tra le altre pronunce in merito Cons. Stato n. 1307/2007.

[24] Si fa riferimento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15. In proposito si v., nell'ambito della sterminata dottrina sulla questione, tra gli altri: R. Chieppa, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*; F. Fracchia - M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21 octies l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*, 2005, 1 ss.; E. Follieri, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. e app.*, n. 6/2005, 625 ss.; D.U. Galetta, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della l. n. 241/90*, in *www.giustamm.it*, 2005, 4 ss.; C. Giacchetti - S. Giacchetti, *Una novità nel settore degli OGM: l'illegittimità invalidante/non invalidante creata dall'art. 21 octies della legge n. 241/1990*, in *Cons. Stato*, 9/2005, II, 1627; 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, 2, 459 ss.

[25] Così l'art. 25, comma 2, lett. b)-*quater* del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv. con modif. dalla l. 11 novembre 2014, n. 164, mediante il quale si è stabilito che il potere di autotutela riconosciuto ai sensi dell'art. 21-*nonies* della l. 241/90 possa essere esercitato esclusivamente nei confronti dei provvedimenti amministrativi illegittimi ai sensi del primo comma dell'art. 21-*octies*, dovendo pertanto ritenersi esclusa la possibilità di adottare provvedimenti in autotutela in relazione ad un atto rientrante nelle ipotesi di cui al successivo comma secondo.

[26] Sia la dottrina, che la giurisprudenza, nel momento di entrata in vigore della novella del 2005, si sono interrogate circa la reale portata innovativa della medesima, ovvero se la legge del 2005 di riforma della l. 241 del 1990 sul punto avesse di fatto unicamente codificato la distinzione, già invalsa nella prassi da tempo, tra vizi del provvedimento e mere irregolarità. La posizione prevalente ha inteso le statuizioni in senso innovativo, alla luce della distinzione operata tra mere irregolarità e vizi non invalidanti: così, infatti, nell'ipotesi di irregolarità verrebbe in evidenza, *ex ante*, la rilevanza marginale delle stesse, in quanto tali non inficianti la validità dell'atto, mentre nel caso dei vizi non invalidanti, la difformità rispetto al paradigma legale di riferimento sarebbe valutabile unicamente *ex post*, potendo l'attività essere considerata non illegittimità soltanto ove risulti palese che il risultato raggiunto non avrebbe potuto essere differente.
V., inoltre, in dottrina, G. Corso, voce *Validità* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, 103-105, il quale esplicita che «*L'interesse del privato, le ragioni della sua tutela vengono (...) richiamati per delimitare la rilevanza del vizio: non l'astratto scostamento dal modello normativo determina l'illegittimità dell'atto, ma solo la difformità che danneggia la parte che lo denunci. La giurisprudenza utilizza in questo caso la nozione di irregolarità o mera irregolarità per escludere che il vizio comporti annullabilità dell'atto*».

[27] Cfr. in partic. sulla questione della possibilità di assimilare il difetto di motivazione ad un vizio formale, sanabile *ex* art. 21-*octies,* V. Parisio, *Motivazione postuma, qualità dell'azione amministrativa e vizi formali,* in *Foro amm. Tar*, 2006, 9, 3087 ss. V., inoltre, in giurisprudenza Cons. Stato, sez III, 30 aprile 2014, n. 2247; T.A.R. Basilicata, I, 23 aprile 2016, n. 431; T.A.R.

In dottrina, pertanto, considerando proprio la disciplina delle invalidità e le relative novità introdotte in proposito dalla menzionata l. n. 15/2005, ci si è domandati se non siano state poste dal legislatore le basi per un ripensamento dell'impostazione propria della l. 241/90 evidentemente fondata sulla centralità del momento procedimentale rispetto a quello provvedimentale, anche in ottica di trasparenza, partecipazione e democraticità. In relazione alle modifiche disposte dalla novella del 2005 – si pensi ad esempio alla specifica ipotesi della mancata comunicazione di avvio al procedimento – sarebbe cioè sorto il dubbio circa la sussistenza o meno di una tendenza volta a riconoscere la prevalenza del momento provvedimentale, della validità del provvedimento e della tutela del suo contenuto, a discapito delle garanzie partecipative in relazione al procedimento[28].

Non si può inoltre non considerare che aderire ad una o all'altra delle tesi sopra prospettate determina poi conseguenze non certo trascurabili anche sul fronte giurisdizionale in termini di pronunce, di merito o di rito, che il giudice amministrativo potrà essere chiamato a rendere per definire il relativo giudizio.

6. La portata dell'articolo in relazione alla natura vincolata del provvedimento.

La stessa questione della natura e della portata della norma in oggetto appare anche strettamente legata a quella dell'ampiezza degli effetti della previsione, in relazione all'esercizio del potere dell'amministrazione che si esplichi in attività vincolata, ovvero discrezionale.

Ecco che, in quest'ottica, l'approdo fondamentale della pronuncia in commento pare in particolare legato alla questione della rilevanza del confronto procedimentale con l'interessato, giudicato in tal senso necessario e imprescindibile, agli effetti della legittimità del provvedimento, anche laddove si tratti di provvedimenti vincolati, nella misura in cui l'apporto partecipativo sia utile per giungere ad un accertamento dei presupposti di fatto del provvedimento stesso che richieda un'istruttoria specifica.

La sentenza, in altri termini, esplicita come la natura vincolata del provvedimento amministrativo non valga ad esimere dall'osservanza delle garanzie partecipative, a partire proprio dalla comunicazione di avvio del procedimento, nell'ipotesi di situazioni peculiari e giuridicamente complesse[29].

L'obbligo dell'inoltro della comunicazione dell'avvio del procedimento opererebbe anche nell'ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato, posto che la pretesa partecipativa del privato riguarderebbe l'accertamento e la valutazione dei presupposti fattuali sui quali si deve comunque fondare la determinazione amministrativa[30].

Sicilia, Catania, III, 5 aprile 2017, n. 711; T.A.R. Puglia, Lecce, III, 23 ottobre 2017, n. 1674.

[28] Così G. Bernardi, *Partecipazione al procedimento amministrativo e vizi non invalidanti,* in *salvisjuribus.it,* 2019.

[29] Cfr. Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 26 agosto 2020, n. 750, nell'ambito della quale si è precisato che «*sarebbe illegittimo il provvedimento vincolato emesso senza che sia stata offerta al destinatario dello stesso provvedimento la preventiva "comunicazione di avvio del procedimento", ai sensi dell'art. 7 l. n. 241/1990, ove dal giudizio emerga che l'omessa comunicazione del procedimento avrebbe consentito al privato di dedurre le proprie argomentazioni, idonee a determinare l'emanazione di un provvedimento con contenuto diverso*».

[30] In merito, si v. tra le antecedenti pronunce sul punto del Supremo consesso: Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2024, n. 3710; sez. III, 14 settembre 2021, n. 6288; sez. V, 22 dicembre 2014,

Si consideri inoltre che a tale approdo giurisprudenziale si è evidentemente pervenuti, anche sulla scia del menzionato filone interpretativo[31], considerando in particolare la portata dell'art. 21-*octies*, comma secondo, della l. sul procedimento amministrativo.

Nel dettaglio, il primo periodo del comma secondo del suddetto articolo in commento opera un riferimento ad una fattispecie generale, con riguardo ad ogni tipologia di vizio che rientri nella categoria delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti, fondata, in particolare, sui tre elementi seguenti: la natura formale della norma violata («*norme sul procedimento o sulla forma degli atti*»); l'ininfluenza del vizio sul contenuto dispositivo del provvedimento e la natura vincolata del provvedimento medesimo.

Rispetto a quest'ultimo profilo, in particolare, occorre precisare se la natura vincolata dell'atto debba essere intesa in senso totale e assoluto, quale provvedimento privo di alternative, in fatto oltre che in diritto, ovvero in senso solo parziale (quale atto vincolato solo nell'*an* o solo nel *quid*) e relativo (quale provvedimento con margini di scelta in fatto o in diritto).

In tal senso, al fine di evitare una sproporzionata applicazione della norma *de qua*, parte della dottrina ha adottato una ricostruzione nel senso predetto maggiormente restrittivo. Così, si è ricondotta la formulazione «*natura vincolata del provvedimento*» alle fattispecie di provvedimento vincolato nell'emanazione e nel contenuto, nonché a quelli discrezionali quanto ad emanazione, sebbene vincolati in relazione al contenuto. La natura vincolata del provvedimento, in particolare, si riferirebbe

n. 6235. V. altresì T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 19 ottobre 2006, n. 8683, ove in senso non dissimile da quanto affermato dalla sentenza in commento, si è esplicitato come non sarebbe rinvenibile alcun principio di ordine logico o giuridico che possa impedire al privato, destinatario di un atto vincolato, di rappresentare all'amministrazione l'inesistenza dei presupposti ipotizzati dalla norma, esercitando preventivamente sul piano amministrativo quella difesa delle proprie ragioni che altrimenti sarebbe costretto a svolgere unicamente in sede giudiziaria.

[31] In tal senso si v. già Cons. Stato n. 396/2004, ove si è palesato come la natura vincolata degli atti impugnati non rappresenti, ad ogni modo, valido motivo per omettere il rispetto delle garanzie partecipative in situazioni peculiari e giuridicamente complesse. Così, del pari, si è rammentato come la giurisprudenza ammetta la sussistenza dell'obbligo di invio della comunicazione di avvio anche nella ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato, sulla scorta della condivisibile considerazione che la pretesa partecipativa del privato riguarda anche l'accertamento e la valutazione dei presupposti sui quali si deve comunque fondare la determinazione amministrativa.
Occorre del resto dar conto anche di un opposto orientamento, facente capo ad una sezione del Consiglio di Stato, volta a sostenere che, nel caso di attività vincolata non renderebbe necessaria la formalizzazione di garanzie partecipative, quale la comunicazione di avvio del medesimo procedimento, considerando altresì che la stessa partecipazione del privato non contribuirebbe a determinare un esito differente. In tale ottica si v., tra le altre, Cons. Stato n. 2707/2022 ove si è evidenziato che «*l'attività di repressione degli abusi edilizi, mediante l'ordinanza di demolizione, avendo natura vincolata, non necessita della previa comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati, ai sensi dell'art. 7 l. n. 241/1990, considerando che la partecipazione del privato al procedimento comunque non potrebbe determinare alcun esito diverso*».
Nello stesso senso, tra le pronunce più recenti, T.A.R. Napoli, Campania, sez. IV, 21 marzo 2024, n.1847; T.A.R. Trieste, Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 24 luglio 2024, n.244; si segnala, inoltre, come nell'ambito del medesimo filone interpretativo si siano pronunciate di recente le stesse sezioni unite (Cass. civ., sez. un., 13 dicembre 2023, n. 34961) rilevando – rispetto ad un provvedimento con il quale il Consiglio dell'Ordine degli avvocati aveva respinto l'iscrizione all'albo ordinario, previa dispensa dalla prova attitudinale, in quanto l'istante non aveva dimostrato il possesso dei requisiti all'uopo richiesti dalla legge per ottenere l'esonero dalla suindicata prova – che «*un provvedimento si ritiene vincolato allorché, non soltanto la scelta dell'emanazione o meno dell'atto, ma anche il suo contenuto, siano rigidamente predisposti da una norma o da altro provvedimento sovraordinato, sicché all'Amministrazione non residui alcuna facoltà di scelta tra determinazioni diverse, non essendo invece ravvisabile nel caso in cui l'emanazione del provvedimento sia collegata ad un atto negoziale proveniente da soggetti privati estranei all'apparato amministrativo, avente forza di legge esclusivamente tra le parti che lo hanno stipulato*».

all'assenza di alternative giuridiche al provvedimento stesso.

La stessa giurisprudenza amministrativa ha inquadrato in tal senso i provvedimenti vincolati quali atti emanati dall'autorità amministrativa in presenza di presupposti dettati dalla legge, sottratti alla disponibilità delle parti e aventi natura dichiarativa di un effetto direttamente scaturente dalla legge. Tipicamente, tali provvedimenti sarebbero riconducibili a procedimenti: di espulsione di cittadini extracomunitari dal territorio nazionale; di repressione di abusi edilizi; relativi al collocamento a risposo di pubblici dipendenti per raggiunti limiti di età; di inquadramento dei pubblici dipendenti[32].

In giurisprudenza si è posto in evidenza come di fatto tale specifica parte del comma 2 dell'articolo 21-*octies* avrebbe codificato il depotenziamento dei vizi formali e procedimentali: in tal senso, l'illegittimità non invalidante del provvedimento risulta specificamente subordinata alla sussistenza dei due aspetti della natura vincolata del provvedimento, oltre all'evidenza che il suo contenuto dispositivo non poteva essere difforme da quello adottato, tuttavia, tali elementi possono essere considerati in senso non eccessivamente restrittivo.

Gli stessi provvedimenti vincolati presentano un apprezzamento discrezionale rispetto al *quando* e al *quomodo*, con la conseguenza per cui il concetto medesimo di provvedimento vincolato parrebbe flessibile e tale aspetto andrebbe considerato in relazione all'applicazione della disciplina della c.d. illegittimità non invalidante.

In aggiunta, l'ulteriore presupposto individuato dalla norma di cui trattasi, corrispondente all'essere palese che la determinazione adottata non avrebbe potuto essere diversa, implicherebbe un giudizio che non potrebbe che essere emesso a posteriori, peraltro sulla base di una valutazione connotata da evidente opinabilità.

Dalla disposizione, in altri termini, emergerebbe un asservimento delle norme di natura procedimentale rispetto al concreto perseguimento dell'interesse di cui è portatore il privato, connesso al bene della vita che intende conservare od acquisire: in altri termini, laddove nel caso concreto la norma di natura formale o procedimentale non palesi un'efficacia rispetto al raggiungimento del peculiare interesse fatto valere, non vi sarebbe conseguentemente ragione per procedere all'annullamento dell'atto viziato.

In sede giurisdizionale il giudice è pertanto chiamato, in primo luogo ad accertare l'esistenza del vizio di legittimità, qualificando il medesimo come violazione di legge sul procedimento, ovvero sulla forma; di seguito, ad identificare il tipo di funzione e, perciò, la natura vincolata del provvedimento e quale ultimo passaggio occorre valuti se la predetta acclarata violazione abbia interessato il contenuto sostanziale dell'atto impugnato. L'applicazione della norma, dunque, si svolge d'ufficio, nella misura in cui ricompresa tra i motivi del ricorso avverso un provvedimento di natura vincolata una censura formale dell'ordine di quelle esplicitate, al fine di valutare se accoglierla, il giudice amministrativo è chiamato a verificare la concreta incidenza della violazione formale o procedimentale di cui trattasi sul contenuto del provvedimento.

Il secondo periodo del comma 2 dell'articolo 21-*octies*, invece, individua un'ipotesi specifica, concernente il peculiare vizio della mancata comunicazione dell'avvio del

[32] Cfr. a titolo esemplificativo: Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 1998, n. 1615; sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1382; T.A.R. Lazio, sez. II, 31 gennaio 2001, n. 782.

procedimento, fondata su tre presupposti: la mancata comunicazione di avvio e, dunque, la tipicità della norma violata; l'onere della prova in capo all'amministrazione pubblica e l'irrilevanza del vizio rispetto al contenuto del provvedimento.

Certamente, in quest'ultimo caso si tratta di una previsione speciale rispetto a quella di cui al primo periodo del comma, posto che evidentemente l'obbligo di comunicazione di avvio si inserisce tale altre disposizioni normative sul procedimento, prevista in generale all'art. 7 e rientrante nel *genus* delle violazioni di legge di cui all'art. 21-*octies*, comma secondo, prima parte[33].

Tuttavia, i due periodi potrebbero essere inquadrati nel senso di una specialità reciproca: la prima parte del comma poc'anzi presa in esame, infatti, sarebbe a sua volta speciale proprio in ragione dello specifico riferimento ai provvedimenti amministrativi vincolati, mentre la seconda parte ricomprenderebbe anche i provvedimenti discrezionali. Di conseguenza, nel caso di omessa comunicazione di avvio del procedimento, laddove il medesimo presenti natura vincolata, si applicherebbe la prima parte del 2° comma dell'art. 21-*octies* e non sarebbe disposto l'annullamento dell'atto qualora sia palese che il suo contenuto (sostanziale) non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato; mentre, ove il procedimento abbia natura discrezionale, si procederebbe ad applicare la seconda parte del predetto comma e l'atto non risulterebbe annullabile se l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato.

7. Alcune riflessioni conclusive: la rilevanza dell'apporto partecipativo del privato.

In definitiva, mediante la specifica previsione di cui all'art. 21-*octies* della l. 241/90 il legislatore non avrebbe inciso sull'art. 7 della medesima legge esentando dall'obbligo di comunicazione di avvio l'amministrazione pubblica laddove vengano in rilievo provvedimenti vincolati, in altri termini, rendendo legittimi gli atti vincolati non preceduti dalla suddetta comunicazione, ma avrebbe invece escluso la possibilità di annullamento dei predetti provvedimenti, ad opera del giudice, nel caso in cui il contenuto dispositivo «*non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*», ponendo in evidenza peraltro la necessità di una specifica valutazione sul punto.

Nel caso di attività vincolata il giudizio è vero che potrebbe presentarsi agevole: alla luce di un quadro normativo di riferimento chiaro e riscontrato l'espletamento di un'istruttoria sui fatti completa, infatti, parrebbe ragionevole desumere che la partecipazione del privato non avrebbe comunque potuto influire sull'esito del procedimento e dunque sul contenuto del provvedimento stesso.

Tuttavia, si ritiene opportuno porre in evidenza anche che, nel caso di attività vincolata, ragionevolmente, l'apporto partecipativo del privato non avrebbe rilevanza sull'esito del procedimento qualora la valutazione dei presupposti di fatto e di diritto sia stata compiuta in maniera completa e corretta dall'amministrazione, così come peraltro direttamente desumibile dalla stessa motivazione dell'atto impugnato.

In tal senso, rileva proprio quanto espresso sul punto dal Collegio nel caso

[33] V. in partic., tra le altre, T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 1° agosto 2006, n. 6693.

concreto in esame, ovverosia che l'apporto partecipativo del privato – a partire dalla comunicazione di avvio del procedimento – dovrebbe essere ritenuto rilevante e doveroso, anche laddove si tratti di provvedimenti vincolati, consentendo il confronto procedimentale una più ponderata valutazione dei presupposti sui quali si fonda la determinazione dell'amministrazione.

Nel caso di specie – come posto in evidenza nell'apparato motivazionale della pronuncia in commento – il contenuto dispositivo del provvedimento, infatti, avrebbe potuto (*rectius*, dovuto) beneficiare dell'apporto partecipativo del privato interessato, in particolar modo al fine di chiarire le premesse fattuali necessarie per giungere ad una ponderata determinazione e ciò a maggior ragione ove, come nella fattispecie in questione, il provvedimento sia stato, non soltanto adottato in assenza di qualsivoglia partecipazione del privato, ma altresì motivato unicamente *per relationem* rispetto alle risultanze dell'attività investigativa svolta.

Così, rispetto allo specifico profilo della comunicazione di avvio[34], quale istituto ricompreso tra le altre garanzie partecipative annoverate dalla legge sul procedimento, si ritiene condivisibile quanto affermato dalla pronuncia in esame e dal filone giurisprudenziale nell'ambito del quale si inserisce, per cui sussisterebbe l'obbligo di invio della comunicazione di avvio anche nelle ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato, sulla scorta della considerazione che la pretesa partecipativa del privato riguarda anche l'accertamento e la valutazione dei presupposti sui quali si deve comunque fondare la determinazione amministrativa[35]. In tal senso, come rilevato, non sarebbe rinvenibile alcun principio di ordine logico o giuridico che possa impedire al privato, destinatario di un atto vincolato, di rappresentare all'amministrazione l'inesistenza dei presupposti ipotizzati dalla norma, esercitando preventivamente sul piano amministrativo quella difesa delle proprie ragioni che altrimenti sarebbe costretto a svolgere unicamente in sede giudiziaria[36].

In definitiva, non si pone in dubbio la rilevanza del principio generale di buon andamento, oltre che dell'art. 21-*octies*, comma secondo, della l. 241/90 che, nel dettare una disciplina circa i c.d. vizi non invalidanti – come esposto sopra – afferma chiaramente la necessità di dare prevalenza allo scopo ed al risultato, laddove in caso di attività vincolata, il provvedimento adottato non avrebbe potuto essere differente rispetto a quello emesso in violazione di norme sulla partecipazione al procedimento.

Inoltre, si intende altresì porre in evidenza il valore del – parimenti generale – principio di non aggravamento del proce-

[34] Su cui si v. in dottrina Di Nitto, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, III, 731 ss.

[35] In senso conforme, nella giurisprudenza più recente v. anche Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 8 agosto 2024 n. 649. In senso contrario nella dottrina si segnala la posizione di M. Ramajoli, *Sulla non occorrenza della comunicazione di avvio del procedimento in caso di adozione di provvedimenti vincolati (nel caso di specie provvedimento sanzionatorio di sospensione immediata della attività di carpenteria)*, in *Giust. amm.*, 2/2008, pp. 274-279.

[36] V. in merito, oltre alla pronuncia in commento, T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 19 ottobre 2006, n. 8683, ove si è posto in luce che «*la necessità della comunicazione di avvio del procedimento ai destinatari dell'atto finale è stata prevista in generale dall'art. 7, l. n. 241 del 1990 non soltanto per i procedimenti complessi che si articolano in più fasi (preparatoria, costitutiva ed integrativa dell'efficacia), ma anche per i procedimenti semplici che si esauriscono direttamente con l'adozione dell'atto finale, i quali comunque comportano una fase istruttoria da parte della stessa autorità emanante. La suddetta fase procedimentale, pertanto, non può essere omessa o compressa per il fatto che si sia in presenza di un provvedimento a contenuto vincolato*».

dimento correlato alla inevitabile garanzia dei principi di efficienza dell'azione amministrativa e del risultato, cui la questione in oggetto – dell'omissione di garanzie partecipative nell'ipotesi di attività amministrativa vincolata – potrebbe essere ricondotta[37].

Rammentati i fondamentali principi cardine, essenzialmente finalizzati allo svolgimento di un efficace procedimento amministrativo, tuttavia, si intende sottolineare come la recente pronuncia in oggetto, collocandosi nel solco di un coerente orientamento della giurisprudenza sul punto, assume un particolare valore ed appare condivisibile nella misura in cui, adottando un approccio che conferisce preminenza alla forma, ma soprattutto nel senso della tutela delle istanze del privato, attribuisce alle garanzie partecipative un'importanza determinante nell'adozione di un provvedimento esente da errori dell'amministrazione nella valutazione dei presupposti di fatto, specialmente ove si versi in fattispecie concrete connotate da particolare complessità e con specifico riguardo all'accertamento dei presupposti fattuali[38].

Come a dire che, nella valorizzazione dei principi suddetti, non pare si possa espandere la portata dalla dell'art. 21-*octies*, comma secondo, prescindendo dalla natura derogatoria del meccanismo di dequotazione previsto dalla norma rispetto alla regola generale per la quale l'azione amministrativa, orientata alla cura concreta dell'interesse pubblico, deve comunque espletarsi all'interno del perimetro legislativo individuato dalle norme di azione[39]. Con la conseguen-

[37] In una prospettiva sostanzialistica, fondata sulla necessità di mediare tra esigenze di garanzia e di risultato nella prospettiva di un'efficienza pubblica si v. nella giurisprudenza Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823. In dottrina cfr. M.R. Spasiano, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2, 2002, p. 283, ove in senso parzialmente contrastante rispetto a quanto posto in evidenza nella pronuncia in commento, si ritiene la suddetta ricostruzione giurisprudenziale in grado di raggiungere un equilibrato «*punto di raccordo tra le differenti esigenze indicate, muovendosi in una direzione decisamente sostanzialistica, fondata su una concreta rappresentazione sia delle possibili fattispecie sia delle relative e differenziate problematiche configurabili nell'ipotesi di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo, sia, infine, delle conseguenze che a ciascuna di esse può riconnettersi. Tutto ciò evidentemente, si fonda su un non comune sforzo ermeneutico, chiaramente ispirato dalla preoccupazione dell'esigenza di ricerca di soluzioni giuste e adeguate, ossia conformi ai principi di cui alla l. 241 del 1990 ed alla successiva evoluzione legislativa di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, di semplificazione dell'istruttoria, di divieto di aggravio del procedimento, di valorizzazione del risultato concreto perseguito dal titolare della potestà pubblica, di tutela effettiva della posizione sostanziale del soggetto interessato*».
Il medesimo A. nell'ambito del contributo rileva del pari come la partecipazione ad ogni modo «*non può certo essere considerata come elemento di intralcio ad una presunta efficienza, costituendo invece essa un'esigenza prioritaria di qualificazione della volontà preposta all'esercizio di una funzione pubblica. Ciò che occorre è dunque non solo semplificare, ma rendere più efficaci e moderne le regole partecipative, evitando una loro eccessiva formalizzazione. (…) Pare dunque opportuno sia spostare la partecipazione procedimentale alle fasi che precedono l'adozione di provvedimenti aventi natura esecutiva, sia probabilmente non articolarla in forme normativamente predefinite in modo rigido e molte volte inadeguato, ma riconoscere la libertà delle forme, magari con il rispetto di standard minimi che si pongano, anche a tutela delle responsabilità dei funzionari pubblici e in particolare dei responsabili del procedimento. Libertà di forme naturalmente non implica che le stesse non debbano poi essere passibili di verifica atteso che esse comunque debbono garantire il rispetto sostanziale delle prerogative delle parti e dei principi che regolano l'esercizio dell'attività amministrativa. Occorre peraltro considerare che il rapporto di necessaria presupposizione tra procedimento e partecipazione è soltanto quello che risulta dal Capo III della l. 241 del 1990. Più ampia è la gamma delle possibili forme partecipative e soprattutto (…) sempre più diversificate sono le modalità attraverso le quali un'amministrazione democratica può ricevere il necessario contributo partecipativo e di codeterminazione proveniente dalla comunità sottostante o dall'utenza*».

[38] Sul tema in senso generale si v. le osservazioni di A. Romano, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, I, Milano, 1987, 557 ss.

[39] Di diverso avviso un filone giurisprudenziale recente, nell'ambito del quale si sostiene che la dequotazione dei vizi formali, cristallizzata nell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, consenta, in un'ottica di efficienza dell'azione amministrativa, la

za per cui le ipotesi in cui il principio del raggiungimento del risultato venga elevato a canone guida avente prevalenza rispetto alle anzidette norme si ritiene debbano risultare casi limitati, rispetto ai quali si possa sostenere che l'effettività della tutela del privato non venga sacrificata in ragione della prevalenza accordata alla conservazione dell'attività amministrativa compiuta[40]. La portata di tale tesi interpretativa si ritiene, del resto, potrebbe e dovrebbe essere estesa a tutte le tipologie di procedimento anche particolarmente complesse e delicate[41].

Ilaria Genuessi

non annullabilità del provvedimento per vizi formali ininfluenti sulla sua legittimità sostanziale, laddove il riesercizio del potere non avrebbe comunque condotto all'attribuzione del bene della vita richiesto dall'interessato. In tal senso si v. anche Cons. Stato, sez. II, 12 febbraio 2020, n. 1081, che pone in evidenza come le norme in materia di partecipazione procedimentale, non debbano essere lette in senso formalistico, bensì avendo riguardo all'effettivo e oggettivo pregiudizio che la sua inosservanza abbia causato alle ragioni del soggetto privato nello specifico rapporto con la pubblica amministrazione e Cons. Stato, sez. IV, 16 marzo 2023, n. 2757, ove si rileva che le norme in materia di partecipazione procedimentale andrebbero interpretate in chiave sostanzialistica e non formalistica.

[40] V. in merito D. Profili, *Vizi non invalidanti del provvedimento amministrativo e discrezionalità tecnica: un connubio plausibile?*, in *ildirittoamministrativo.it*.

[41] Così, a titolo esemplificativo, nell'ambito dei procedimenti antimafia, laddove le garanzie partecipative ad oggi risultano sostanzialmente assenti.

2. Ente locale in dissesto e provvedimento di acquisizione sanante: profili di competenza

Sommario: 1. Premessa. – **2.** Analisi del quadro normativo. – **3.** L'orientamento "formale": la competenza è della gestione ordinaria dell'Ente. – **4.** L'orientamento "sostanziale": la competenza è dell'Organo Straordinario di Liquidazione. – **5.** L'orientamento che distingue la competenza amministrativa da quella contabile.

1. Premessa.

Il presente lavoro illustra la problematica concernente l'individuazione dell'organo competente ad adottare il provvedimento di "acquisizione sanante", ai sensi dell'art. 42-*bis* del D.P.R. 327/2001, ove l'Ente locale abbia deliberato il dissesto finanziario e il fatto dell'"occupazione *sine titulo*" sia intervenuto in epoca antecedente.

Per affrontare questo argomento si analizzerà, in una prima parte, la disciplina sul dissesto degli enti locali con particolare riguardo alla previsione secondo cui l'organo straordinario di liquidazione ha competenza relativamente ad "atti e fatti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio stabilmente riequilibrato".

In una seconda parte, al fine di determinare con esattezza quali debiti siano correlati ad "atti e fatti di gestione", si analizzeranno gli interventi del legislatore, della giurisprudenza amministrativa e contabile attraverso le soluzioni ermeneutiche adottate per giungere all'individuazione dell'organo competente.

Un primo orientamento "formale" e, per così dire, contabile di debito, ha ritenuto di attribuire la competenza ad adottare il provvedimento di "acquisizione sanante" agli organi "ordinari" dell'Ente, ossia il Consiglio Comunale.

A questo intervento sono susseguite ulteriori opzioni ermeneutiche.

Ad avviso di una esegesi spiccatamente "sostanziale", sostenuta dalla Plenaria del Consiglio di Stato, la competenza andrebbe attribuita, invece, all'Organismo Straordinario di liquidazione, in quanto correlata al "fatto" dell'occupazione intervenuto prima della dichiarazione di dissesto.

Da ultimo si analizzerà una diversa soluzione "intermedia", sostenuta in alcune recenti pronunce del Tar Sicilia e Tar Campania e considerata da chi scrive più ragionevole e in linea con il sistema normativo, che opera una necessaria distinzione tra la competenza amministrativa in ordine alla scelta di acquisire o restituire il bene, da attribuire alla gestione ordinaria, e quella contabile di "liquidazione del titolo di spesa", di competenza, invece, dell'Organismo Straordinario di liquidazione.

2. Analisi del quadro normativo.

Per poter individuare l'organo deputato ad adottare il provvedimento di "acquisizione sanante", *ex* art. 42-*bis* del D.P.R. n. 327/2001, occorre un inquadramento delle disposizioni normative inerenti lo stato di dissesto finanziario dell'Ente e, in particolare, il riparto di competenze che il legislatore delinea per i crediti e debiti tra organismo straordinario di liquidazione e organi istituzionali dell'Ente.

In secondo luogo, occorre coordinare la disposizione sull'"acquisizione sanante" con la disciplina che il legislatore prevede nel caso di dissesto.

La disciplina sul dissesto finanziario degli enti locali è contenuta all'interno del titolo VIII del decreto legislativo n. 267 del 2000 e ha come scopo il ripristino degli equilibri di bilancio e della ordinaria funzionalità degli enti locali in grave crisi finanziaria, al fine di assicurare, in via mediata, la tutela di interessi primari, relativi al buon andamento, alla continuità dell'azione amministrativa e al mantenimento dei livelli essenziali delle prestazioni.

Uno degli aspetti più controversi è sicuramente rappresentato dalla distinzione tra i debiti di competenza della gestione ordinaria, rimessi agli organi istituzionali dell'ente e perciò azionabili dai creditori con le procedure ordinarie, e i debiti di competenza della gestione liquidatoria, rientranti nella massa passiva di competenza dell'organo straordinario di liquidazione (OSL) e, pertanto, non passibili di esecuzione coattiva ai sensi dell'art. 248 TUEL.

Le disposizioni del testo unico degli enti locali dalle quali bisogna prendere le mosse sono gli artt. 252 e 254 che disciplinano, nel dettaglio, la procedura per la formazione e la rilevazione della massa passiva, l'acquisizione e gestione dei mezzi finanziari disponibili ai fini del risanamento, anche mediante l'alienazione dei beni patrimoniali, e la liquidazione e pagamento della massa passiva.

L'art. 252 comma 4 prevede che "*l'organo straordinario di liquidazione ha competenza relativamente a fatti e atti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato*".

L'art. 254 comma 3 disciplina, nel dettaglio, la procedura per la formazione e la rilevazione della massa passiva.

Nel piano di rilevazione della massa passiva adottato dall'organo straordinario di liquidazione vengono inclusi:

a) I debiti di bilancio e fuori bilancio verificatisi entro il 31 dicembre dell'anno precedente quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato;

b) I debiti derivanti dalle procedure esecutive pendenti alla data della dichiarazione di dissesto, dichiarate estinte a seguito di essa;

c) I debiti derivanti da transazioni compiute dall'organo straordinario di liquidazione inerenti vertenze giudiziali e stragiudiziali relative a posizioni debitorie rientranti nella fattispecie suddette.

A seguito del definitivo accertamento della massa passiva e dei mezzi finanziari disponibili, l'organismo straordinario di liquidazione è tenuto a predisporre il piano di estinzione delle passività.

La difficoltà interpretativa nella lettura di queste disposizioni ha indotto il legislatore ad intervenire con una disposizione di interpretazione autentica volta a chiarire la locuzione "atti e fatti di gestione" utilizzata per individuare la competenza dell'Organismo Straordinario di liquidazione.

Con l'art. 5 comma 2 del d.l. 29 marzo 2004, n. 80 conv. con mod. dalla legge 28

maggio 2004, n. 140, il legislatore chiarisce che "*ai fini dell'applicazione degli articoli 252, comma 4, e 254, comma 3, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, si intendono compresi nelle fattispecie ivi previste tutti i debiti correlati ad atti e fatti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato, pur se accertati, anche con provvedimento giurisdizionale, successivamente a tale data ma, comunque, non oltre quella di approvazione del rendiconto della gestione di cui all'articolo 256, comma 11, del medesimo testo unico*".

Il legislatore interviene, con la predetta disposizione, al fine di perimetrare l'ambito di rilevanza dei fatti genetici delle passività da prendere in considerazione ai fini della rilevazione della massa passiva, tenendo conto della natura e delle circostanze temporali di maturazione del debito.

Tuttavia, tale intervento normativo, seppur in apparenza chiaro, non ha consentito di dirimere la questione interpretativa circa l'esatta portata dell'espressione "atti e fatti di gestione" verificatisi entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi del bilancio riequilibrato.

Questa espressione aveva indotto, infatti, la Sezione regionale di controllo della Corte dei Conti per la Campania con la deliberazione 132/2018 a chiarire che dovesse interpretarsi "*in base ai noti canoni ermeneutici generali di cui all'art. 12 delle preleggi secondo l'uso comune delle espressioni usate dal legislatore e dunque, nel caso, secondo le ordinarie conoscenze giuridiche della materia alla quale tali elementi normativi appartengono, ossia secondo le comuni conoscenze del diritto privato*".

La Corte richiama la distinzione tra atti e fatti giuridici.

Sul piano della teoria generale del diritto privato, i fatti a cui l'ordinamento riconosce la capacità di produrre effetti giuridici si dividono in "atti" e "fatti" a seconda della presenza o meno di una volontà nella produzione degli effetti.

In questo senso, tipico atto produttivo di effetti giuridici "voluti" è il contratto quale "*accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*".

Diverso dall'atto è, invece, il "fatto giuridico" che è da intendersi come qualsiasi accadimento naturale o umano dal quale possano derivarne effetti giuridici: vi rientrerebbe qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto da risarcire *ex* art. 2043 c.c.

Chiarita la nozione di "atti o fatti" occorre, tuttavia, considerare che il legislatore, nella disposizione dell'art. 5 del d.l. 80/2004 sopra indicata, si riferisce testualmente ai "*debiti correlati ad atti o fatti di gestione*".

È proprio questa correlazione, tra il concetto di "debito" e quello di "atto o fatto" che lo ha generato, ad aver dato luogo a diverse opzioni ermeneutiche

La *questio iuris* nasce, in sostanza, dal diverso approccio contabile oppure sostanziale con il quale si voglia intendere la predetta locuzione e, in particolare, quando si voglia intendere il momento genetico dell'obbligazione.

Come si vedrà nel proseguo della trattazione, se si richiama un concetto formale, pecuniario e, per così dire, contabile di debito sarà irrilevante il momento in cui il fatto causativo del danno si è verificato, dovendosi piuttosto riferire al momento in cui l'esposizione debitoria del Comune sia divenuta certa liquida ed esigibile.

Leggendo, al contrario, la disposizione con un approccio cosiddetto "sostanzialistico" la competenza dell'O.S.L. dovrebbe rife-

rirsi a tutti quei debiti le cui poste contabili siano eziologicamente e funzionalmente ricollegabili ad un atto o *fatto di gestione* antecedente alla dichiarazione di dissesto (e cioè al 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato), indipendentemente dal momento in cui si siano manifestati contabilmente quale posta passiva pecuniaria.

Questo quadro normativo va coordinato con la disposizione sull'acquisizione sanante dell'art. 42-*bis* del D.P.R. 327/2001.

Con tale istituto il legislatore ha introdotto un procedimento espropriativo "eccezionale" per far fronte ad un illecito perpetrato dall'Amministrazione in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o di dichiarazione di pubblica utilità, consentendo di acquisire il bene immobile al proprio patrimonio indisponibile, previa corresponsione al proprietario del valore venale del bene oltre un indennizzo, per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale subito, nell'importo del dieci per cento stabilito dalla legge.

La Pubblica Amministrazione è tenuta ad illustrare le attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che giustifichino l'emanazione di questo provvedimento di acquisizione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati, mediante "un percorso motivazionale rafforzato ed assistito da garanzie partecipative rigorose, che dimostrino in modo chiaro che l'apprensione coattiva si pone come una scelta estrema laddove non sono ragionevolmente praticabili soluzioni alternative"[1].

Come chiarito dalla Corte costituzionale – con la sentenza 30 aprile 2015, n. 71 – nell'escludere che l'art. 42-*bis* del D.P.R. n. 327 del 2001 si ponesse in contrasto con l'art. 42 Cost., il legislatore ha introdotto "*una procedura espropriativa che, sebbene necessariamente 'semplificata' nelle forme, si presenta "complessa" negli esiti, prevedendosi l'adozione di un provvedimento specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione*".

Si tratta, pertanto, di un procedimento ablatorio sui generis "*caratterizzato da una precisa base legale, semplificato nella struttura (uno actu perficitur), complesso negli effetti (che si producono sempre e comunque ex nunc)*"[2].

La natura giuridica del provvedimento acquisitivo, che non ha valore meramente dichiarativo ma costitutivo, ha posto, pertanto, la giurisprudenza dinanzi a due diversi orientamenti: un primo orientamento che ha privilegiato l'aspetto contabile in forza del quale non si accerterebbe un debito preesistente ma piuttosto lo si determinerebbe *ex novo* e un secondo orientamento che, al contrario, ha dato rilevanza al fatto generatore dell'obbligazione ossia l'occupazione del suolo fonte di un illecito permanente.

In queste due diverse prospettive, che saranno appresso analizzate, occorre tenere conto dei due diversi aspetti, amministrativo e contabile, in forza dei quali l'Ente svolge una duplice attività: la prima consistente nell'esercizio della discrezionalità

[1] Cfr. e*x multis*: Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 1340 del 2020, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[2] Cfr. Cons Stato, Ad. Plen., sent. 9 febbraio 2016 n. 2, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

amministrativa nel valutare di acquisire il bene o restituirlo e una seconda di carattere meramente contabile volta all'effettiva liquidazione del titolo di spesa che costituisce *condicio iuris* per l'acquisizione al patrimonio indisponibile dell'ente.

Questa distinzione sarà approfondita nel paragrafo dedicato all'orientamento seguito dalla giurisprudenza del Tar Sicilia e Campania che ha innovato il panorama interpretativo con una soluzione che, a parere di chi scrive, è senza dubbio più ragionevole e coerente con il quadro normativo vigente.

3. L'orientamento "formale": la competenza è della gestione ordinaria dell'Ente.

Per un primo orientamento, rappresentato da pronunce del Consiglio di Stato e del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, la competenza ad adottare il provvedimento di acquisizione sanante, nonché gli ulteriori atti contabili di effettiva liquidazione e pagamento del debito correlato, spetterebbe agli organi istituzionali dell'Ente e quindi alla gestione ordinaria[3].

La locuzione "*fatti ed atti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato*", utilizzata dal legislatore nell'art. 252 comma 4 del d.lgs. n. 267/2000 per individuare la competenza dell'organo straordinario di liquidazione, farebbe richiamo ad "un concetto formale, pecuniario e, per così dire, contabile di debito".

Questa interpretazione troverebbe fondamento proprio nell'art. 5 del decreto legge 29 marzo 2004, n. 80, convertito con la legge 28 maggio 2004, n. 140, secondo cui i debiti correlati ad "atti e fatti di gestione" verificatisi entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato rientrano nella competenza dell'organo straordinario di liquidazione solo "se accertati".

Con tale espressione il legislatore non avrebbe esteso le attribuzioni dell'Organismo Straordinario di Liquidazione fino ad includere nella massa passiva debiti ancora in via di accertamento e, pertanto, privi dei caratteri di certezza, liquidità ed esigibilità.

La norma avrebbe inteso, piuttosto, far richiamo non al momento in cui il fatto si è verificato bensì "al successivo momento in cui la posizione debitoria del Comune, intesa come posta passiva di carattere pecuniario, sia divenuta certa, liquida ed esigibile".

Così, in forza dell'art. 252 comma 4 e 254 comma 3, rientrano tutti i debiti di bilancio e fuori bilancio anteriori all'anzidetto termine di approvazione del bilancio riequilibrato, a quelli derivanti da procedure esecutive estinte dipendenti da transazioni compiute dal commissario liquidatore e vanno esclusi i debiti il cui titolo sia ancora in fase di formazione perché privi della certezza che la legge richiede.

In altri termini, occorre ricercare il momento in cui si è perfezionato il credito nei suoi caratteri di certezza, liquidità ed esigibilità e non il momento genetico del fatto a cui l'obbligazione è correlata.

Secondo i Giudici, proprio la natura giuridica del provvedimento *ex* art. 42-*bis* del D.P.R. 327/2001 ben si attaglierebbe a questa interpretazione: l'emanazione di un provvedimento di acquisizione sanante dopo la dichiarazione di dissesto (ossia dopo il 31 dicembre dell'anno precedente a

[3] Cfr. Cons. Stato, IV, ord. 22 luglio 2019 n. 5139, Cons. Giust. Amm. Sicilia, sent. 31 luglio 2017 n. 367, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato) non accerterebbe un debito preesistente ma, piuttosto, lo determinerebbe *ex novo*, quantificandone anche l'ammontare.

Si tratterebbe, in sostanza, di un provvedimento avente natura costitutiva (di una posta passiva prima inesistente) e non ricognitiva (di un debito preesistente).

Ciò sarebbe confermato dal fatto che il provvedimento adottato produce un effetto traslativo *ex nunc*, disponendo *pro futuro*.

Pertanto, ad avviso di questo indirizzo, compete agli organi istituzionali dell'ente in dissesto decidere se restituire il fondo o, in alternativa, emanare il provvedimento di acquisizione sanante ai sensi dell'art. 42-*bis*.

In quest'ultimo caso la scelta di acquisire il bene determinerebbe la costituzione *ex novo* di una posta passiva, comportando che i relativi oneri gravino solo ed esclusivamente sul bilancio ordinario dell'Ente.

L'organo straordinario di liquidazione avrebbe competenza solo per il pagamento di quei debiti pecuniari già sorti, ossia quelli in cui la fattispecie costitutiva si sia integralmente realizzata.

In questi termini, l'art. 42-*bis* nel disciplinare le poste indennitarie da corrispondere per il soddisfacimento del privato distingue, oltre al ristoro per l'esproprio parametrato al valore venale del bene, anche ulteriori somme parametrate al cinque per cento annuo corrispondente al risarcimento per l'occupazione illegittima e al 10% del valore venale per ristorare il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale.

Di conseguenza, gli organi ordinari dell'Ente sarebbero tenuti a corrispondere il valore venale del bene, l'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale nonché l'ulteriore somma dovuta per il ristoro dell'occupazione illegittima dopo il 31 dicembre, precedente a quello dell'ipotesi di bilancio stabilmente riequilibrato, e sino alla data di emanazione del provvedimento di acquisizione.

Secondo il Consiglio di Stato, nella competenza dell'organo straordinario di liquidazione rientrerebbe, invece, soltanto la corresponsione del risarcimento del danno da occupazione illegittima per ogni anno di occupazione antecedente all'ipotesi di bilancio stabilmente riequilibrato.

In definitiva, l'obbligazione indennitaria non potrebbe considerarsi, sotto alcun profilo, alla stregua di un debito preesistente al dissesto in quanto sarebbe solo l'atto discrezionale di acquisizione a far nascere il debito peraltro collegato ad un effetto traslativo non retroattivo.

Accogliere questa interpretazione non è di poco conto perché renderebbe inapplicabile anche il principio, sancito dall'art. 248 comma 2 del testo unico degli enti locali, che vieta di intraprendere o proseguire azioni esecutive a carico dell'Ente per debiti correlati alla procedura liquidatoria.

4. L'orientamento "sostanziale": la competenza è dell'Organo Straordinario di Liquidazione.

Altro orientamento, di natura spiccatamente sostanziale, attribuisce all'Organo Straordinario di liquidazione la competenza ad adottare sia il provvedimento di acquisizione sanante sia i conseguenti atti di liquidazione correlati.

I giudici prescindono dal momento in cui il debito è sorto contabilmente quale posta passiva pecuniaria, piuttosto fanno richiamo al momento in cui il si è verificato il "fatto o atto" eziologicamente riconducibile alla manifestazione contabile.

Secondo un'importante pronuncia del Consiglio di Stato, intervenuta nel 2018, è irrilevante indagare sulla liquidità ed esigibilità del credito prima o dopo la dichiarazione di dissesto perché "*anche i debiti dell'ente locale che diventano liquidi ed esigibili dopo il dissesto entrano nella massa passiva e nella liquidazione concorsuale se derivano da fatti e atti di gestione anteriori alla dichiarazione di dissesto*".

A questa conclusione giunge anche l'Adunanza Plenaria, con la pronuncia n. 15 del 2020, secondo cui, operando una interpretazione coordinata degli articoli 252, 254 del testo unico degli enti locali e dell'art. 5 comma 2 del decreto legge n. 80/2004, rientrano nella competenza dell'O.S.L. non solo le poste passive già contabilizzate alla data della dichiarazione di dissesto ma "*anche tutte le svariate obbligazioni che, pur se stricto jure sorte in seguito, costituiscano comunque la conseguenza diretta e immediata di atti e fatti di gestione pregressi alla dichiarazione di dissesto*"[4].

Il percorso logico-giuridico seguito dai Giudici amministrativi si fonda su tre argomentazioni: letterale, contabile e teleologico.

Sul piano letterale il provvedimento di acquisizione sanante ha per presupposto "*l'indebita utilizzazione di un bene immobile per scopi di interesse pubblico in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità*".

In tal senso, l'art. 42-*bis* comma 4 del D.P.R. 327/2001 statuisce che il provvedimento di acquisizione sanante deve indicare "*le circostanze che hanno condotto all'indebita utilizzazione dell'area e se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio*".

In questi termini, se è pur vero che il provvedimento acquisitivo non accerta un debito preesistente ma lo determina *ex novo*, non avendo carattere ricognitivo bensì costitutivo, tuttavia, risulta certamente correlato ad atti e fatti di gestione verificatisi prima del 31 dicembre antecedente all'ipotesi di bilancio stabilmente riequilibrato.

Anche sul piano contabile la conclusione non può essere diversa: se i fatti sono cronologicamente ricollegabili all'arco temporale anteriore al 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio stabilmente riequilibrato, il successivo provvedimento che fa sorgere il titolo di spesa non può che essere imputato alla gestione liquidatoria.

Peraltro, la stessa Corte Costituzionale, nella pronuncia del 21 giugno 2013 n. 154, relativa ad analoghe disposizioni (art 4 comma 8-*bis* ultimo periodo d.l. 2/2010, conv. in l. n. 42/2010) per le obbligazioni della gestione commissariale del Comune di Roma, sosteneva la coerenza e legittimità di una norma che – in una procedura concorsuale quale quella del dissesto – ancori ad una certa data il fatto genetico dell'obbligazione.

Sarebbe, invece, del tutto irragionevole far dipendere l'imputabilità, alla gestione commissariale o alla gestione ordinaria, dal momento in cui si forma il titolo esecutivo.

La Plenaria svolge anche un ulteriore passaggio, che sarà oggetto di successivo approfondimento, secondo cui "*non solo il debito viene imputato al bilancio della gestione liquidatoria sotto il profilo amministrativo – contabile, e non a quello della gestione ordinaria, ma anche la competenza amministrativa ad emanare il provvedimento che costituisce il titolo di spesa deve essere attribuita al Commissario liquidato-*

[4] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. 9 aprile 2018, n. 2141 in Foro it., 2018, III, 302.

re, in quanto è quest'ultimo soggetto che deve costituire la relativa partita debitoria del bilancio da lui gestito".

La competenza dell'Organismo Straordinario di Liquidazione sarebbe coerente anche sul piano dell'interpretazione teleologica: le norme sul dissesto finanziario, essendo preordinate al ripristino degli equilibri di bilancio degli enti locali in crisi, mediante un'apposita procedura di risanamento, delineano una netta separazione di compiti e competenze tra la gestione passata e quella corrente.

E quest'ultima sarebbe pregiudicata se in essa confluissero anche debiti imputabili alla gestione "fallimentare" che ha portato alla dichiarazione di dissesto.

I Giudici di Palazzo Spada osservano, infatti, che la ratio della normativa sul dissesto, basata sulla creazione di una massa separata affidata alla gestione di un organo straordinario, distinto dagli organi istituzionali, può produrre effetti positivi "*solo se tutte le poste passive riferibili a fatti antecedenti al riequilibrio del bilancio dell'Ente possano essere attratte alla predetta gestione, benché il relativo accertamento sia successivo*" con l'unico limite rappresentato dall'approvazione del rendiconto della gestione che segna la chiusura della gestione liquidatoria.

Le argomentazioni svolte dall'Adunanza Plenaria trovano eco anche nella giurisprudenza della Corte dei Conti.

Con deliberazione della Sezione Autonomie n. 12 del 2020 la Corte dei Conti ha affrontato il tema del previo riconoscimento del debito fuori bilancio da parte del consiglio comunale ai fini dell'inserimento nel piano di rilevazione.

La Corte, nel disattendere le conclusioni della Sezione rimettente e nell'affermare la competenza esclusiva dell'O.S.L. a riconoscere il debito fuori bilancio, ha analizzato le norme sul dissesto ritenendo che le disposizioni che regolamentano l'attività dell'organo straordinario di liquidazione costituiscano un vero e proprio "*microsistema extra ordinem*" informato al principio della *par condicio creditorum* ed alla tutela della concorsualità.

Nello specifico, la Corte dei Conti definisce l'O.S.L. quale "*dominus esclusivo della peculiare procedura finalizzata al risanamento dell'Ente*" e come tale assume anche il ruolo di organo sostitutivo di quelli ordinari dell'Ente, titolare di elevati poteri organizzatori. Secondo i Giudici contabili una "netta cesura" tra le due gestioni sarebbe, peraltro, deducibile proprio dalla norma di interpretazione autentica di cui all'art. 5 comma 2 del decreto legge 29 marzo 2004 n. 80 conv. dalla legge 28 maggio 2004 n. 140.

La gestione dissestata prevede "*non solo procedure straordinarie ad hoc per il dissesto ma anche competenze straordinarie ad hoc ed un organo straordinario ad hoc, in funzione sostitutiva di quelli ordinari*".

In linea con la ricostruzione dei giudici amministrativi anche il giudice contabile rileva, pertanto, come "*la norma di interpretazione autentica sia espressione della volontà del legislatore di rendere quanto più ampia la competenza dell'organo straordinario di liquidazione*".

A distanza di poco meno di due anni, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si è ritrovata, tuttavia, a dover affrontare nuovamente la questione, già esaminata nella pronuncia n. 15 del 2020.

Con ordinanza di rimessione veniva proposta una rimeditazione della questione alla luce dei principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, già sanciti nella sentenza De Luca contro Italia[5].

[5] Cfr. sent. Corte Edu 24 settembre 2013, n. 43780/2004, De Luca c. Italia.

Per la sezione rimettente l'avvio della procedura di dissesto finanziario a carico di un ente locale e la nomina di un organo straordinario di liquidazione, nonché l'interpretazione autentica svolta con l'art. 5 del decreto legge 80/2004, sarebbero in contrasto con i principi di protezione della proprietà e di accesso alla giustizia riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo tutte le volte in cui occorrerebbe attendere l'esito del procedimento di riequilibrio per ottenere il pagamento dei debiti accertati giudizialmente.

Pertanto, dovrebbe essere ripensata la disciplina normativa sul dissesto e in particolare "*il principio secondo cui tutte le poste passive riferibili a fatti antecedenti al riequilibrio del bilancio dell'Ente vanno attratte alla competenza dell'O.S.L. benché il relativo accertamento giurisdizionale o amministrativo sia successivo*".

Nel caso affrontato dai Giudici di Palazzo Spada l'ente aveva dichiarato il dissesto finanziario e, in seguito, si era formato un decreto ingiuntivo non opposto dichiarato esecutivo, cui conseguiva il ricorso per ottemperanza dinanzi al Tar Lazio.

Trattandosi di provvedimento giurisdizionale, intervenuto in relazione a fatti precedenti alla dichiarazione di dissesto finanziario, non potevano essere intraprese o proseguite azioni esecutive ai sensi dell'art. 248 comma 2 del testo unico degli enti locali.

Di conseguenza, in ossequio al principio di *par condicio creditorum* e di tutela della concorsualità, non poteva essere intrapreso neanche il ricorso di ottemperanza quale misura coattiva di soddisfacimento del credito.

Per questi motivi la Sezione rimettente chiedeva all'Adunanza Plenaria di individuare una soluzione interpretativa che potesse rendere conforme gli articoli 252 comma 4 del d.lgs. 267/2000 e 5 comma 2 del d.l. 80.2004, convertito nella legge n. 140/2004, ai principi della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

L'Alto Consesso ripercorre gli interventi normativi e giurisprudenziali, sopra delineati, e ribadisce che, alla luce del dettato normativo, ove gli atti e fatti cui è correlato il provvedimento giurisdizionale sono imputabili al periodo anteriore al 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio stabilmente riequilibrato, l'atto che fa sorgere il titolo di spesa non può che essere di competenza della gestione liquidatoria, a condizione che sia emanato prima dell'approvazione del rendiconto della gestione di cui all'art. 256 comma 11.

Peraltro, nella ricostruzione dei giudici di Palazzo Spada, il debito viene imputato sia finanziariamente sia sotto il profilo amministrativo alla gestione dell'O.S.L. e da ciò ne deriva anche il divieto di intraprendere procedure esecutive fino all'approvazione del rendiconto della gestione.

Anche sul piano teleologico i Giudici ripercorrono quanto già statuito nella precedente Plenaria n. 15/2020 secondo cui le norme sul dissesto finanziario hanno un preciso obiettivo, quello del ripristino degli equilibri di bilancio degli enti locali in crisi mediante un apposita procedura di risanamento; inoltre, tali disposizioni delineano una netta separazione tra la gestione passata e quella corrente che sarebbe, quest'ultima, pregiudicata se in essa confluissero anche debiti sostanzialmente imputabili alla precedente gestione amministrativa.

Opinando diversamente, ossia imputando alla gestione corrente i titoli di spesa accertati con provvedimento successivo alla dichiarazione di dissesto (pur se correlati a fatti anteriori), si metterebbe "*a rischio l'esercizio delle stesse funzioni e dei servizi fondamentali svolti dal Comune*" che non potrebbe sostenere sul piano finanziario i

costi di tali funzioni e servizi, essendo di fatto in uno stato di insolvenza.

Alla luce delle argomentazioni espresse, i Giudici rigettano anche i possibili dubbi di legittimità costituzionale: lo scopo di ripristinare gli equilibri di bilancio e quindi di normalità finanziaria e di capienza finanziaria, che altrimenti sarebbe compromesso dai debiti sorti nel periodo antecedente, risulta prevalente rispetto agli interessi individuali e patrimoniali dei privati, ancorché accertati con provvedimento giurisdizionale.

Anche sul piano del contrasto con i principi della CEDU la Plenaria esprime parere contrario.

Come è noto, in forza dell'art. 117 comma 1 della Costituzione, nasce un dovere per il legislatore ordinario di non violare le previsioni contenute in accordi internazionali. Le norme della C.E.D.U. assumono, pertanto, il ruolo di norme interposte di livello subcostituzionale che, da una parte, sono idonee a fungere da parametro di costituzionalità, dall'altra, sono esse stesse oggetto del giudizio di costituzionalità in quanto la Costituzione non può di certo essere integrata da fonti che ne violino i valori precettivi.

Pertanto, anche le norme sul dissesto, che comportano una netta separazione tra gestione passata e gestione corrente con l'attribuzione della competenza all'O.S.L. per i titoli di spesa correlati a fatti anteriori all'ipotesi di bilancio stabilmente riequilibrato, devono essere interpretate alla luce dell'art. 117 comma 1 della Costituzione e della CEDU.

Ove si ravvisi un contrasto con i parametri della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la soluzione non potrà che essere la rimessione alla Corte Costituzionale per valutarne la conformità al dettato costituzionale *ex* art. 117 comma 1 Cost.

I Giudici, tuttavia, non hanno rinvenuto tale contrasto nell'ipotesi, avanzata dall'ordinanza di rimessione, in cui lo stato di dissesto, non essendo a priori limitato temporalmente, "*potrebbe determinare una espropriazione sostanziale del diritto di credito del privato, le cui azioni esecutive sarebbero paralizzate sine die*".

Infatti, i possibili effetti deteriori per il privato creditore "*deriverebbero non dal dato normativo bensì dalla gestione concreta della procedura liquidatoria*".

Il legislatore, nel disciplinare la netta separazione tra le due gestioni, avrebbe avuto di mira l'esigenza di assicurare massima certezza e maggiore rapidità nella soddisfazione del ceto creditorio dell'ente locale nel rispetto dei principi ordinatori delle procedure concorsuali.

La gestione liquidatoria sarebbe – secondo il Supremo Consesso – analoga alla gestione del fallimento privatistico, anche esso non soggetto a termini finali certi, senza che per questo si sia dubitato della legittimità costituzionale.

In tal senso, i giudici richiamano gli interventi normativi del d.lgs. n. 77 del 1995 e del relativo decreto correttivo (d.lgs. 11 giugno 1996, n. 336) che hanno previsto alcune cause di prelazione dei crediti, la predisposizione da parte dell'O.S.L. di un piano di rilevazione dei debiti recante l'elenco di quelli esclusi dalla massa passiva della procedura, finalizzato all'erogazione del mutuo con la Cassa depositi e prestiti, e il pagamento in acconto dei debiti inseriti nel piano di rilevazione, interventi questi che hanno intensificato il processo di omologazione tra dissesto degli enti locali e fallimento privatistico.

Inoltre, la normativa sui ritardi nelle transazioni commerciali prevederebbe una compensazione pecuniaria (attraverso gli interessi di mora) offerta al credito per sop-

perire al rischio dell'attrazione alla gestione liquidatoria.

In forza di tali considerazioni, i Giudici concludono per escludere il contrasto con la Costituzione, sia in via diretta sia indiretta, attraverso il parametro *ex* art. 117 comma 1 Cost., riconfermando che nel procedimento di dissesto sussista "*un equilibrato e razionale bilanciamento, a livello normativo, con la necessità, da un lato, di ripristinare la continuità di esercizio dell'ente locale incapace di assolvere alle funzioni e i servizi indispensabili per la comunità locale, e, dall'altro, di tutelare i creditori*".

L'opzione ermeneutica seguita è, pertanto, quella di ritenere che le disposizioni sopra esaminate abbiano inteso concentrare, in capo alla gestione straordinaria, tutte le poste debitorie comunali, causalmente e funzionalmente correlate a scelte e condotte gestionali anteriori al dissesto, a prescindere dalla relativa qualificazione giuridica, dall'eventuale sopravvenienza al dissesto e dall'intervenuta emanazione, in proposito, di pronunce giurisdizionali

5. L'orientamento che distingue la competenza amministrativa da quella contabile.

Nonostante l'intervento nomofilattico della Plenaria del Consiglio di Stato, l'orientamento cosiddetto "sostanziale" non sembra aver sopito i dubbi sull'organo competente ad adottare il provvedimento di acquisizione sanante in regime di dissesto.

La Sezione Autonomie della Corte dei Conti, con una importante pronuncia di coordinamento della giurisprudenza contabile, pur affermando di concordare con l'orientamento dei Giudici Amministrativi, ha apportato alcuni correttivi[6].

In via generale la Corte riconosce il principio di diritto, secondo cui rientra nella competenza dell'Organismo Straordinario di liquidazione gestire i debiti correlati a prestazioni di servizio professionale contrattualizzate entro il 31 dicembre dell'esercizio precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato, ma ne esclude alcune fattispecie.

Si tratta di quei casi in cui la particolare struttura del contratto o il carattere continuativo o periodico delle prestazioni determini la manifestazione degli effetti economici, connessi all'esecuzione, successivamente alla stipula del contratto.

In queste ipotesi, i giudici della Corte dei Conti si distanziano dal principio espresso dall'Adunanza Plenaria ritenendo che, per i contratti a prestazioni periodiche o continuative, attribuire la competenza all'O.S.L. in forza del solo aspetto genetico dell'obbligazione andrebbe a ledere "*il diritto dei creditori con l'effetto di paralizzare anche l'erogazione dei servizi resi dalla gestione ordinaria che, proprio attraverso il dissesto finanziario, ha inteso ritrovare la propria serenità finanziaria*".

Il percorso logico giuridico, seguito dai giudici contabili, evidenzia che non occorre andare incontro alla metodologia contabile applicata nel tempo "*bensì al fatto gestionale che ha determinato, in concreto, un arricchimento patrimoniale dell'ente ovvero un suo impoverimento (nel caso di sopravvenienze passive)*".

Solo in questo modo, nei contratti di durata, verrà garantita la *par condicio* credito-

[6] Cfr. Corte dei Conti, Sez Autonomie, delib. n. 21 del 18 dicembre 2020.

rum e la regolare prosecuzione dell'attività di competenza dell'amministrazione ordinaria.

La Corte dei Conti aggiunge che "*la corretta tenuta della contabilità armonizzata agevola ma non sancisce – da sola – l'esclusione o meno dalla massa passiva di fatti e atti verificatisi prima dell'esercizio di efficacia della dichiarazione di dissesto.*

Ciò che determina l'attrazione nella massa passiva è il fatto di gestione che abbia, in concreto, determinato una manifestazione economica (costo), con conseguente arricchimento o depauperamento patrimoniale".

In tal modo, i giudici contabili escludono una interpretazione letterale della norma dell'art. 5 comma 4 del decreto legge n. 80 del 2004 che "*finirebbe per imputare al dissesto tutta una serie di contratti che spaziano dai rapporti di lavoro alle prestazioni periodiche e continuative (acqua, luce e gas), dai contratti di mutuo ai contratti di locazione o di leasing, dai contratti di manutenzione pluriennale ai contratti per forniture di beni e servizi aggiudicati e vigenti per le quali si è in presenza di 'obbligazioni giuridicamente perfezionate' le cui dimensioni finanziarie ed economiche non si sono ancora manifestate o, comunque, esaurite*".

Di conseguenza, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del decreto legge 29 marzo 2004 n. 80, vanno attratte alla competenza dell'O.S.L. tutte le prestazioni riferibili a contratti ad esecuzione istantanea e contratti a prestazioni periodiche o continuative che sono state già eseguite e per le quali non sia invocabile un rimedio risolutorio o restitutorio. Quindi andrà svolta una valutazione in concreto della natura del contratto: ad esempio, anche nel caso di una consulenza questa potrà avere la natura di contratto ad esecuzione istantanea o differita che si esaurisce in un'unica prestazione, ovvero di un contratto di durata le cui prestazioni vanno rese nel tempo. E in quest'ultimo caso le prestazioni realizzatesi dopo il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato saranno da imputarsi sul bilancio della gestione ordinaria.

L'intervento della Corte dei Conti rappresenta, pertanto, un'erosione, almeno con riguardo alle fattispecie dei contratti di durata, di quel principio sancito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui in capo all'Organismo Straordinario di liquidazione va attribuita un'ampia competenza per tutti i debiti correlati a "fatti e atti di gestione" antecedenti all'ipotesi di bilancio stabilmente riequilibrato.

Anche sul piano della competenza amministrativa alcune recentissime pronunce del Tar Sicilia e Campania hanno manifestato una distanza rispetto a quanto statuito dai Giudici di Palazzo Spada accogliendo una nuova analisi della fattispecie concreta che ha portato ad aderire ad una soluzione intermedia e, in parte, differente dai due orientamenti analizzati nei paragrafi precedenti.

I giudici siciliani e campani operano una necessaria distinzione tra la competenza amministrativa, in ordine alla scelta di acquisire o restituire il bene, da attribuire alla gestione ordinaria e la competenza contabile di "liquidazione del titolo di spesa" di spettanza, invece, dell'Organismo Straordinario di liquidazione.

L'opzione seguita non è altro che l'evoluzione del principio, già sancito dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui gli organi istituzionali devono occuparsi del "futuro" dell'ente, attraverso la gestione ordinaria, mentre gli organi di liquidazione devono gestire "il passato" procedendo a ripianare il pregresso indebitamento.

In questo quadro, la scelta dell'Amministrazione di restituire il bene, previa sua riduzione in pristino stato, ovvero di acqui-

sirlo ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 42-*bis* o ad altro titolo, non può che afferire alla gestione "futura" dell'ente.

Questa conclusione trova concordi i giudici su un principale argomento legato alla natura discrezionale della scelta amministrativa sottesa all'acquisizione sanante.

A questo va aggiunto una ulteriore argomentazione che seppure non fatta propria dai giudici, appare inestricabilmente connessa alle finalità perseguite con la procedura di acquisizione sanante.

Come è noto, la vicenda dell'occupazione (quale che sia la sua forma di manifestazione: di fatto, occupazione usurpativa o occupazione acquisitiva) ha per presupposto una condotta illecita dell'Amministrazione volta a comprimere il diritto di proprietà del privato che può venire meno, tra i vari modi, anche mediante l'acquisizione sanante ai sensi dell'art. 42 bis del D.P.R. n. 327/2001.

Ebbene, il legislatore disciplina tale modalità acquisitiva chiarendo che può essere svolta solo dopo che siano "valutati gli interessi in conflitto".

Proprio questo giudizio valutativo, anche in un ente in regime di dissesto, non può essere sottovalutato.

Infatti, l'art. 42 comma 2, lett. l), del d.lgs. n. 267/2000 riserva ogni decisione in materia di acquisti e alienazioni immobiliari al consiglio comunale.

Il Consiglio di Stato che si è pronunciato su tale norma ha chiarito che "*secondo tale disposizione devono essere adottati con delibera consiliare gli acquisti e alienazioni immobiliari, le relative permute, gli appalti e concessioni che non siano previsti espressamente in atti fondamentali del Consiglio o che non ne costituiscano mera esecuzione e che, comunque, non rientrino nella ordinaria amministrazione di funzioni e servizi di competenza della Giunta, del segretario o di altri funzionari, includendo così anche l'ipotesi di acquisto di immobili disciplinata dall'art. 42-bis del D.P.R. n. 327 del 2001*"[7].

L'attribuzione di tale scelta al Consiglio Comunale è correlata ad un'amplissima e rilevante discrezionalità[8] in capo all'organo di indirizzo, in coerenza con l'esigenza di valutare l'esistenza di "attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico" volte all'acquisizione, anche all'esito di un'effettiva comparazione con i contrapposti interessi privati.

Questo concetto è stato ribadito dalla recentissima pronuncia del Tar Sicilia del 2024, secondo cui "*l'amministrazione è chiamata ad assumere preliminarmente una decisione frutto di un giudizio di natura discrezionale non riconducibile alla mera liquidazione di crediti di natura patrimoniale (derivanti o meno da titolo giudiziario) né consistente nella diretta emanazione di un atto amministrativo che contempli il titolo di spesa, rispetto alla quale il dissesto dell'ente non può determinare effetti preclusivi*"[9].

L'attribuzione della competenza ad adottare tale scelta discrezionale in capo al Consiglio Comunale è giustificata, secondo la predetta pronuncia, dalla natura "esclusivamente tecnico contabile" dell'attività posta in essere dall'O.S.L. che, in quanto tale, è priva dei connotati della discrezionalità amministrativa.

In tal senso si è espresso anche il Tribunale amministrativo della regione Campa-

[7] Cfr. *ex plurimis*: C.d.S., sez. IV, 10 maggio 2018, n. 2810; T.A.R. Toscana, sez. I, 15 maggio 2020, n. 572; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 6 dicembre 2019, n. 698, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[8] Cfr. Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71; C.d.S., ad. plen., 9 febbraio 2016, n. 2, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[9] Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. V, sent. 18 marzo 2024, n. 997, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

nia, in una pronuncia del 30 giugno 2023, nella quale ha aggiunto che l'organo straordinario di liquidazione "*sarà eventualmente competente all'esito della scelta discrezionale (tra la restituzione e l'acquisizione) che il Comune deve tutt'ora compiere e dai cui dipendono anche la natura e l'entità delle conseguenti obbligazioni, di facere e di dare, queste ultime sole di competenza, anche amministrativa, della commissione di liquidazione*"[10].

Questa giurisprudenza che ha prospettato il dualismo di competenze (amministrativa e contabile) pone, come detto, a fondamento di questa opzione ermeneutica, la diversa natura delle scelte adottate dalla gestione ordinaria rispetto a quelle dell'organo liquidatore che opererebbe, invece, solo "*mere valutazioni di ordine tecnico contabile in sede di ricognizione della situazione debitoria dell'Ente*".

Tale conclusione trova conforto anche in pronunce recenti del Consiglio di Stato secondo cui "*l'organo di liquidazione non effettua mai valutazioni caratterizzate da discrezionalità amministrativa, a fronte delle quali sarebbero configurabili posizioni di interesse legittimo, ma compie meri accertamenti o, tutt'al più, valutazioni di ordine tecnico, nei confronti delle quali si pongono e permangono situazioni di diritto soggettivo*"[11].

Lo Scrivente, nel redigere il presente lavoro, ha ritenuto di particolare rilievo anche un ulteriore aspetto di natura teleologica non considerato da questa giurisprudenza: l'interesse pubblico perseguito dai due attori della gestione dell'Ente in fase di dissesto è sicuramente differente.

Nel caso dell'O.S.L., infatti, il fine del risanamento dell'ente sul piano contabile permea ogni atto amministrativo adottato.

Agli organi istituzionali dell'Ente, invece, spetta, perseguire, nell'ambito della gestione ordinaria dell'ente, anche finalità di pianificazione e valorizzazione del territorio che non possono essere rimesse ad un organo liquidatore.

Il provvedimento di acquisizione sanante, nonostante il termine generalmente utilizzato per la sua definizione, non costituisce una sanatoria quanto piuttosto un procedimento espropriativo semplificato che unisce in sé la dichiarazione di pubblica utilità e il decreto di esproprio.

Muovendoci in tale cornice, laddove debbano essere adottate scelte discrezionali funzionali al miglior perseguimento dell'interesse pubblico comunale quale, ad esempio, una pianificazione urbanistica che consenta alla cittadinanza di disporre di infrastrutture sociali e sportive, queste non potranno che essere rimesse all'organo deputate a farle, ossia il Consiglio Comunale.

Al contrario, l'interesse pubblico perseguito dall'Organismo liquidatore è sicuramente quello di risanamento dell'ente e della "gestione pregressa" al fine di consentire la continuità di esercizio dell'Ente locale.

La dottrina più recente ha, peraltro, definito lo stretto legame tra espropriazioni e pianificazione nella materia urbanistica quale emblema della discrezionalità più ampia che in qualsiasi altro ramo della pubblica amministrazione.

D'altronde il potere comunale di autodeterminarsi in ordine all'assetto e utilizzazione del proprio territorio trova il fondamento costituzionale negli art. 5 e 114 comma 2 della Costituzione.

[10] Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, sent. 30 giugno 2023, n. 3950, in *www.giustia-amministrativa.it*.

[11] cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, Sent., 19 luglio 2022, n. 6238; Consiglio di Stato, Sez. V, 2 ottobre 2012 n. 5170; TAR Campania Napoli, Sez. V, 20 febbraio 2020 n. 811 e 3 maggio 2019 n. 2353; TAR Piemonte, Sez. II, 17 aprile 2014 n. 6739.

Nel caso in cui l'Ente nel procedere all'acquisizione al proprio patrimonio di un bene del privato conseguente alla realizzazione di un' opera pubblica non potrà che effettuare valutazioni concernenti "le attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico" che richiedono una complessa valutazione di elementi che non sono riducibili all'esclusiva convenienza economica e alle conseguenze finanziarie, ma anche agli interessi pubblici da soddisfare, alla limitatezza delle risorse e agli interessi privati pregiudicati.

Motivi questi che non possono che far ritenere, sul piano amministrativo, la competenza in capo alla gestione ordinaria.

Per quanto concerne, invece, l'aspetto contabile la competenza permane in capo all'Organismo Straordinario di liquidazione.

Infatti, in consonanza alla giurisprudenza costituzionale e alle pronunce della Plenaria sopra esaminate, la procedura di risanamento divisata dalle norme inerenti il dissesto recate dal Titolo VIII, Capi II-IV del d.lgs. 267/2000, risulta informata all'esigenza di assicurare il ripristino degli equilibri di bilancio degli enti locali in crisi, "*in guisa da impedire che debiti sostanzialmente imputabili alle precedenti gestioni amministrative confluiscano nella gestione corrente*", onde assicurare, per il futuro, la sostenibilità finanziaria del bilancio e la *par condicio creditorum*[12].

Tale opzione ermeneutica, tracciata dalla giurisprudenza in esame, risulta coerente anche con quell'orientamento della giurisprudenza amministrativa che distingue l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza nei confronti di un ente in dissesto a seconda che debba essere adottato un obbligo di "facere" o di "dare"[13] .

Difatti, ove l'Amministrazione debba, in forza del *decisum*, esercitare un potere di natura discrezionale non riconducibile alla mera liquidazione di crediti di natura patrimoniale, derivanti o meno da titolo giudiziario, risulta ammissibile il ricorso in ottemperanza.

Di contro, ove si tratti di obblighi di liquidazione di un credito di natura pecuniaria il ricorso dovrà dichiararsi inammissibile per effetto dell'art. 248 comma 2 del d.lgs. 267 del 2000 in forza del quale non possono essere intraprese o proseguite azioni esecutive nei confronti dell'ente per i debiti che rientrano nella gestione liquidatoria.

In considerazione di quanto fin qui esposto, non seguire l'orientamento dell'Adunanza Plenaria e optare per la distinzione tra competenza amministrativa e contabile ha sicuramente il pregio di consentire all'Ente locale la possibilità di deliberare l'"acquisizione sanante", esprimendo una scelta tipica di discrezionalità amministrativa, in coerenza con i propri obiettivi strategici.

E, in accordo con l'orientamento della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, i debiti correlati a "fatti o atti" di gestione potranno, invece, essere correttamente imputati, secondo un criterio sostanziale e non formale o pecuniario, all'organo liquidatore.

Giuseppe Piluso

[12] Cfr. Corte cost., 21 giugno 2013, n. 154.

[13] Cfr. *ex plurimis* C.G.A. Sicilia, sent. 8 aprile 2024, n. 285 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

3. Gli accordi di coesione: profili di sistema e tutela a fronte dell'inerzia (nota a Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2024, n. 4321)

Sommario: 1. Lo svolgimento del processo. – **2.** Accordi di coesione e riflessi sulla competenza del giudice. – **3.** La natura giuridica dell'accordo di coesione. – **4.** L'esperibilità dell'azione avverso il silenzio. L'obbligo di provvedere. – **4.1.** L'obbligo di provvedere e le peculiarità della tutela a fronte di obblighi inadempiuti in materia di accordi. – **4.2.** L'obbligo di provvedere nel prisma del principio di buona fede. – **4.3.** Il decorso del termine e l'enucleazione della disciplina procedimentale. – **5.** Conclusioni.

1. Lo svolgimento del processo.

La pronuncia in commento affronta il tema della coercibilità dell'obbligo di concludere un accordo di coesione *ex* art. 1, comma 178, legge 30 dicembre 2020 n. 178, con particolare riguardo alla possibilità di attivare i rimedi avverso l'inerzia da parte dell'amministrazione statale rimasta inadempiente. Nella specie, la sottoscrizione dell'accordo rappresentava un presupposto fondamentale per il sostegno a un programma unitario di interventi nell'ambito della Regione Campania.

La controversia è sorta dopo alcune interlocuzioni tra l'amministrazione statale (in particolare, il Ministro senza portafoglio per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR) e il Presidente della Regione Campania, in relazione ai contenuti e alla stipula dell'Accordo di coesione di cui all'art. 1, commi 177 e178, l. 30 dicembre 2020, n. 178. Nella specie, in risposta all'urgenza palesata dal Presidente campano in ordine alla conclusione dell'accordo, il Ministro evidenziava una serie di criticità sul piano dei contenuti (ad esempio, la non congruità dei tempi rispetto all'espletamento delle procedure di aggiudicazione o le perplessità rispetto a specifiche linee di azione, come quella in materia ambientale), richiedenti ulteriori approfondimenti istruttori.

Gli scambi tra Ministero e Regione si protraevano vanamente dal settembre 2023 al dicembre 2024. Nel gennaio 2024, la Regione proponeva ricorso per l'accertamento del silenzio inadempimento a fronte dell'inerzia del Ministero rispetto alla conclusione dell'accordo.

Il T.a.r. Campania accoglieva il ricorso, dichiarando l'obbligo del Dipartimento per le politiche di coesione e il sud di ultimare l'istruttoria e predisporre lo schema di accordo, entro il termine di 45 giorni decorrenti dalla comunicazione della pronuncia.

Successivamente, la Presidenza del Consiglio dei Ministri (presso cui è istituito il Dipartimento per le Politiche di Coesione) e il Ministro senza portafoglio per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR hanno proposto congiuntamente appello, affidandolo a due motivi: l'uno con cui si contesta l'erroneità della sentenza gravata nella parte in cui ha respinto il difetto di incompetenza territoriale del T.a.r. Campania; l'altro, con cui si censura il rigetto dell'eccezione di inammissibilità del

ricorso introduttivo, giusta l'impossibilità di configurare un silenzio inadempimento rispetto ad un procedimento che si conclude con un accordo.

Il Consiglio di Stato ha respinto il primo motivo rilevando che l'efficacia dell'accordo di coesione è limitata al territorio campano; conseguentemente, la censura di difetto di competenza del T.a.r. Campania in favore del T.a.r. Lazio si è rivelata infondata.

Quanto al secondo motivo, il collegio ha svolto una articolata disamina dedicata, in primo luogo, alla natura degli accordi di coesione e, in secondo luogo, alla sussistenza dell'obbligo di provvedere a fronte del procedimento preliminare alla stipula dell'accordo.

Nella pronuncia in esame, dunque, il Consiglio di Stato ha l'occasione di affrontare tre snodi relativi agli accordi di coesione tanto rispetto alla natura sostanziale di essi, quanto alle implicazioni processuali sul fronte della competenza e della tutela in caso di inerzia.

L'esito del giudizio appare in linea di massima condivisibile, ma, come si tenterà di dimostrare, talune delle argomentazioni spese paiono in grado di far sorgere profili di criticità in particolare rispetto al ruolo del giudice amministrativo.

2. Accordi di coesione e riflessi sulla competenza del giudice.

Come chiarito in esordio, il primo motivo di appello attiene all'asserito difetto di competenza territoriale, respinto dalla sentenza del T.a.r. Campania. Più precisamente, gli appellanti annettono alla procedura oggetto del giudizio (e anche all'accordo che dovrebbe concluderla) un'efficacia ultraregionale, in considerazione del coinvolgimento di amministrazioni statali, della necessità di coordinamento con iniziative in territori limitrofi e dell'impiego di fondi strutturali europei.

Il Consiglio di Stato ricorda l'orientamento consolidato secondo cui il criterio della sede dell'organo si integra con quello dell'efficacia dell'atto «secondo una logica di complementarietà e di reciproca integrazione»[1]; orientamento che finisce con il concretare una sostanziale preminenza del secondo sul primo[2].

Ad ogni modo, nella vicenda in esame la questione che appare controversa, e su cui si appunta l'argomentazione della Quarta Sezione, è la dimensione spaziale degli effetti dell'atto di cui tenere conto in base all'art. 13, co. 3 c.p.a., ovvero, nella specie, l'efficacia regionale o ultra regionale dell'accordo di coesione. Dal momento che l'accordo di coesione stabilisce come impiegare le risorse stanziate, in coerenza con la programmazione nazionale sul territorio campano, secondo il collegio non vi sarebbe motivo di ritenere che sia in grado di proiettare i propri effetti a livello ultra regionale. Né sarebbero rilevanti – al fine di spostare la competenza – gli interessi nazionali ed europei coinvolti nella stipula

[1] P.to 3.1 della pronuncia in commento, ove si menziona Cons. Stato, Ad. plen., 31 luglio 2014, n. 17 (in termini cfr. già Cons. Stato, Ad. plen., 4 febbraio 2013, n. 3, nonché, più recentemente, Cons. Stato, sez. V, 1° dicembre 2022, n. 10561; T.a.r. Lazio - Roma, sez. I-*bis*, 8 marzo 2025, n. 4957; T.a.r. Lombardia – Milano, sez. IV, 31 marzo 2025, n. 1126).

[2] Va comunque ricordato quanto affermato da M.M. Fracanzani, *La competenza per territorio, materia e grado del giudice amministrativo. Il regolamento di competenza*, in *Diritto processuale amministrativo* diretto da G.P. Cirillo, Milano, 2017, 221, il quale opportunamente osserva che gli effetti diretti sono «effetti comunque concepiti per svilupparsi all'interno della sfera di competenza dell'ente», sicché la normale coincidenza tra sede dell'ente e ambito territoriale di efficacia dei suoi atti porta a considerare che, molto spesso, criterio della sede dell'organo e criterio dell'effetto diretto coincidano.

dell'accordo (ad esempio, gli interessi legati alla coerenza con i documenti di programmazione europea e nazionale) giacché essi si tradurrebbero in «implicazioni di carattere politico o comunque di verifiche istruttorie presupposte […] che non incidono sull'ambito territoriale di efficacia dell'accordo»[3].

Ciò premesso, riflettendo sul criterio dell'effetto diretto dell'atto previsto dall'art. 13 c.p.a. è d'uopo premettere come tale criterio si mostri particolarmente fluido, giusto l'incerto perimetro del concetto stesso di *effetto diretto*. Tale criterio è infatti suscettivo di essere piegato entro diverse soluzioni ermeneutiche, causando problemi di tipo applicativo[4]: si pensi, ad esempio, alle difficoltà legate alla necessità di distinguere, per un verso, ambito di efficacia e ambito di operatività dell'accordo[5] e, per altro verso, effetti dell'accordo e risultato pratico del medesimo[6]. A questa generale criticità del criterio se ne aggiungono due. In primo luogo, il criterio dell'effetto diretto appare difficilmente compatibile con l'ipotesi del silenzio, dal momento che, declinare la dimensione spaziale degli effetti (art. 13, co. 3 c.p.a.) diventa difficile, considerando la lettera della legge, che fa riferimento solo agli atti, non anche ai comportamenti[7]. In secondo luogo, l'ulteriore difficoltà è data dal riguardare gli effetti di un atto non unilaterale, bensì consensuale tra due amministrazioni, il quale implica, dunque, l'esercizio combinato di poteri spettanti tanto all'autorità statale quanto a quella regionale e il sorgere di plurime obbligazioni pubbliche.

Tenendo conto di questi diversi profili di criticità si osserva quanto segue.

Nel caso in cui non si addivenga alla stipula di un accordo – dando per assunto, al momento, che tale stipula sia doverosa – ci si trova nella situazione in cui il criterio dell'efficacia diretta deve essere adattato al caso di un comportamento inerte, ossia il silenzio.

L'orientamento giurisprudenziale dominante tende a riconoscere la competenza al T.a.r. che si sarebbe pronunciato in caso di adozione o diniego dell'atto rispetto a cui l'amministrazione è rimasta inerte[8].

Si tratta di un orientamento che non è imposto dall'art. 13 c.p.a., tanto che in dottrina si è evidenziato come si potrebbe tener conto del luogo in cui ha sede l'ufficio

[3] P.to 3.2 della pronuncia in commento.

[4] Sui problemi di ordine applicativo rispetto al criterio dell'efficacia dell'atto già nella disciplina anteriore al codice del processo amministrativo cfr. P. Carpentieri, *Le questioni di competenza*, in *Dir. proc. amm.* 4, 2010, 1232-1233; P. Stella Richter, *La competenza territoriale nel giudizio amministrativo*, Milano, 1975, 19; più recentemente, rispetto alla situazione post-codice, si v. C. Guacci, *La competenza nel processo amministrativo* Torino, 2018, 11 ss.; V. Buratti, *La difficile delimitazione degli effetti diretti del provvedimento nell'individuazione del giudice competente,* in *Dir. proc. amm.*, 1, 2024, 113 ss. Sulle difficoltà derivanti dalla circoscritta attenzione al tema dell'efficacia spaziale degli atti amministrativi si v. A. Andreani, *La competenza per territorio dei tribunali amministrativi regionali*, Milano, 1974, 119 ss.

[5] Sul punto cfr. G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo. 1. L'attività*, Milano, 2024, 153-154, il quale peraltro evidenzia che gli effetti dell'atto possono prodursi in luoghi precisi, senza che ciò incida sull'ambito di efficacia dell'atto, potendo essere questo più ampio.

[6] In tema si v. G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, 1991, ora in Id., *Scritti scelti*, Milano, 2015, 241 ss.

[7] In questo senso si v. anche i puntuali rilievi di S.S. Scoca, *Riflessioni critiche sui criteri di individuazione del giudice competente nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2013, 1137 ss.

[8] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 23 febbraio 2018, n. 1153; T.a.r. Lazio, sez. III-*ter*, 27 marzo 2019, n. 4041; Cons. Stato, sez. III, 21 dicembre 2012, n. 6655. Già in passato si sono avute incertezze rispetto ad altre tipologie di atti consensuali, come le transazioni. Cfr. in part. Cons. Stato, sez. III, 22 dicembre 2017, n. 6063 dove si privilegia l'effetto giuridico e non economico dell'atto di transazione (in questa prospettiva si v. anche L. Piscitelli, sub *art. 13*, in G. Falcon - F. Cortese - B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Milano, 2021, 161-162.

presso cui si è presentata la domanda, dato che l'istanza spesso è trasmessa ad un ufficio che non coincide sempre con l'organo deputato ad adottare il provvedimento[9]. Si tratterebbe, comunque, di una opzione interpretativa particolarmente complessa nel caso in esame, tenuto conto della laconicità del quadro applicabile agli accordi di coesione[10].

Dovendo dunque seguire l'orientamento dominante ci si deve concentrare sull'efficacia diretta "territorialmente limitata" dell'accordo che sarebbe stato adottato[11]. Naturalmente, come gran parte degli accordi interistituzionali è difficile localizzare l'efficacia spaziale dell'accordo. Qui soccorre un precedente, in materia di accordi amministrativi, con cui si è posta l'attenzione sugli effetti prevalenti dell'accordo ai fini della competenza, dove la valutazione sulla prevalenza è stata svolta tenendo conto anche del tenore della domanda della parte ricorrente[12].

Se così è, tenuto conto, in primo luogo, che l'accordo di coesione, una volta stipulato, consente l'adozione della delibera del Cipess di assegnazione delle risorse che a sua volta autorizza all'adozione degli impegni di spesa relativi ai singoli interventi e, in secondo luogo, che la domanda di parte ha ad oggetto la stipula dell'accordo per consentire il trasferimento delle risorse, allora pare difficile superare l'argomento della prevalenza (pure non impiegato, almeno esplicitamente, dal Consiglio di Stato)[13], nel senso di affermare la competenza del T.a.r. Campania.

3. La natura giuridica dell'accordo di coesione.

La pronuncia in commento svolge una serie di considerazioni di interesse sulla natura giuridica degli accordi di coesione. La scelta di affrontare direttamente questa complessa tematica non è casuale e l'argomentazione spesa non ha una funzione esornativa, essendo invece, come si vedrà, il presupposto su cui si fonda la coercibilità dell'obbligo di concludere l'accordo di coesione.

Posta questa premessa, una prima operazione, necessaria sul piano metodologico, impone di collocare l'accordo tra amministrazioni la cui natura è oggetto di riflessione all'interno del mosaico di regole rappresentato dagli artt. 11 e 15 della legge n.

[9] S.S. Scoca, *op. cit.*, 1137-1138.

[10] Benché, come si vedrà, il Consiglio di Stato ritiene che vi sia un obbligo di "esaminare la proposta di accordo" della Regione Campania, dalla disciplina dell'accordo di coesione non pare ricavabile una regola che assegni a quest'ultima il potere di proposta, individuando il Ministero come sede dell'ufficio presso cui presentare l'istanza. D'altronde far discendere la competenza dal solo tenore del comportamento della parte darebbe luogo a una significativa incertezza.

[11] In ordine agli orientamenti della giurisprudenza sugli atti ad efficacia territorialmente limitata si v. in part. M. D'Orsogna, sub *Artt. 13-14*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 294 ss.; L. Piscitelli, *op. cit.*, 159 ss.

[12] La fattispecie riguardava una convenzione tra più regioni. Ai fini della competenza il Consiglio di Stato ha ritenuto che non essendo localizzabili gli effetti dell'intera convenzione ha fatto riferimento agli effetti prevalenti tenendo conto anche delle pretese dedotte nel ricorso (Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 1994, n. 8, in *Cons. Stato*, I, 1994, spec. 29). Rispetto alla valorizzazione della domanda della parte, analogo ragionamento si rinviene quando un provvedimento impugnato opera in più Regioni, la giurisprudenza tende a evocare il principio di scindibilità degli effetti, in base a cui si considerano «i soli effetti interessati dall'azione giudiziale e, quindi, la portata effettuale dell'ipotetica pronuncia di annullamento» (Cons. Stato, sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1407; in termini, Cons. Stato., sez. III, 23 giugno 2014, n. 3156).

[13] Peraltro, seguire questo percorso argomentativo avrebbe consentito di evitare di discutere della natura politica o meno delle implicazioni derivanti dalla coerenza con i documenti di programmazione o del carattere presupposto delle verifiche istruttorie, argomenti che potrebbero apparire non del tutto condivisibili.

241/90, recante la «cornice generale degli accordi tra pubbliche amministrazioni»[14].

Il Consiglio di Stato, in linea con tale metodologia, avvia il proprio ragionamento confrontandosi con la disciplina degli accordi contenuta nella l. n. 241/1990, nella specie con gli artt. 11 e 15, rispettivamente dedicati agli accordi tra privati e amministrazioni e agli accordi tra amministrazioni.

Nell'ambito dell'attività di sussunzione della fattispecie concreta entro la composita fattispecie astratta, rappresentata dal combinato disposto tra le norme ricavabili dalle due disposizioni, emerge già un primo elemento critico.

È noto che in base al già menzionato art. 11 gli accordi procedimentali sono suddivisi tra accordi integrativi e accordi sostitutivi, in base a come essi si rapportano a un dato provvedimento integrandone il contenuto o sostituendolo[15]. Su tale rilievo il Consiglio di Stato opera una distinzione tra "accordi eventuali", ovvero accordi che possono (ma non devono) essere sottoscritti, in funzione integrativa o sostitutiva del provvedimento, e "accordi necessari" individuati come gli atti «che si connotano per il fatto che la regolazione del rapporto giuridico di diritto pubblico, per le reciproche obbligazioni delle parti, è possibile solo nella forma consensuale e non anche in quella unilaterale»[16]. Pur nella consapevolezza della distinzione operata tramite la distinzione tra accordi necessari ed eventuali, riconducibile ad autorevoli ricostruzioni dottrinali[17], si rileva che entrambe le tipologie di accordo sono sussumibili entro l'art. 11. L'indicazione non appare irrilevante, giacché, in tal modo, si conferma che gli accordi tra amministrazioni pubbliche trovano la loro disciplina nell'art. 15, ma pur sempre nella cornice dell'art. 11[18].

[14] Così, F. Giglioni - A. Nervi, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2020, 100. Come rilevato da G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto* Torino, 2003, 177 ss., la norma-base è rappresentata dall'art. 11, contenendo esso una disciplina generale degli accordi amministrativi. Sulla portata generale dell'art. 11 si v. anche N. Aicardi, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 12 ss.; più recentemente anche F. Tigano, *Il contenuto degli accordi al vaglio del giudice amministrativo: alla ricerca dell'interesse pubblico*, in P. Urbani (a cura di), *Riprendiamoci la città. Manuale d'uso per la gestione della rigenerazione urbana,* iFEL Fondazione. Anci, 2023, 230 che evidenzia anche la centralità dell'art. 11 anche per gli accordi tra amministrazioni. Nondimeno, l'inquadramento degli accordi tra amministrazioni entro il modello dell'art. 11, benché letto in combinato disposto con l'art. 15, non è così agevole, dato che, ad esempio, il rinvio – contenuto nell'art. 15, co. 2 – alle disposizioni previste dall'art. 11, co. 2 e 3 è limitato dall'inciso «in quanto applicabili».

[15] Peraltro, parte della dottrina ha rilevato che gli accordi *ex* art. 11 non sono riducibili ai soli accordi integrativi e sostitutivi, facendo riferimento agli «atti convenzionali di esercizio del potere amministrativo del quale l'ordinamento non consente l'esercizio unilaterale ed autoritativo» (così, M. Immordino, *Legge sul procedimento amministrativo. Accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1, 1997, 144).

[16] Cfr. p.to 4.1 della pronuncia in commento.

[17] In effetti, una contrapposizione tra accordi necessari e facoltativi (invece di eventuali) è presente in P.L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998 spec. 221 ss. Qui però si tratta di una classificazione impiegata nell'ambito degli accordi *ex* art. 11, per distinguere le situazioni di disponibilità della fattispecie da parte della p.a., in cui la mancata stipula dell'accordo non lede l'interesse pubblico (accordi facoltativi) e le fattispecie in cui si ha una relazione di strumentalità necessaria fra interesse privato e pubblico, di talché la soluzione consensuale in termini regolativi si impone (accordi necessari). Di accordi "facoltativi" si discute anche in G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 82, sempre rispetto all'art. 11, per alludere al fatto che «l'Amministrazione detiene e conserva pur sempre la possibilità dell'agire unilaterale»; in chiave adesiva, v. anche M.C. Romano, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa,* Torino, 2016, 605.

[18] Cfr. quanto rilevato *supra sub* nota 14. Sul rapporto tra gli artt. 11 e 15 nella disciplina dell'accordo tra amministrazioni si v. in part. R. Ferrara, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 787 ss., mentre, sull'unitarietà della nozione di accordo amministrativo, pur nella consapevolezza delle distinzioni tra accordi procedimentali e accordi organizzativi si v. E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 120-123.

Quanto all'art. 15, il richiamo ad esso da parte del Consiglio di Stato mette in luce la peculiarità degli accordi di diritto pubblico.

Così, si ribadisce la discrezionalità del potere di negoziare *ex* art. 15 a «precise condizioni per evitare di violare le regole di ricorso al mercato»[19], rilevando altresì che il legislatore può configurare, settorialmente, ipotesi di "accordi pubblici speciali", nella cui disciplina sono dedotti poteri peculiari (ad esempio, poteri per superare lo stallo rappresentato da trattative infruttuose), giungendo infine a riconoscere che gli accordi di diritto pubblico implicano una situazione di potere amministrativo e non di autonomia negoziale.

In questo senso, il Consiglio di Stato di fatto conferma gli orientamenti consolidati nella dottrina e nella giurisprudenza su tali figure consensuali, in particolare la natura dell'art. 15 come "norma in bianco", in quanto integrata da diverse discipline settoriali[20], e la collocazione del fenomeno degli accordi pubblici entro una categoria differente da quella dei contratti pubblici, in quanto si declina come forma di espressione del potere amministrativo[21].

[19] P.to 4.1 della pronuncia in commento. Ivi, peraltro, il collegio richiama l'art. 7 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36). Il riferimento è da intendersi all'esclusione degli accordi tra amministrazioni dalla disciplina del codice al sussistere delle quattro condizioni stabilite dall'art. 7, co. 4. In tema cfr., M. Delsignore, sub *art. 7*, in R. Villata - M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici. D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Pisa, 2024, 38-39; H. Bonura, *La cooperazione pubblico-pubblico (art. 7, comma 4)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2024, 279 ss.; G. Scarafiocca, *Il principio di auto-organizzazione amministrativa (Art. 7)*, in G.F. Cartei - D. Iaria (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti pubblici. Dopo il correttivo*, I, Napoli, 2025, 104 ss.

[20] In questo senso si v. Cons. Stato, sez. IV, Sent., 22 dicembre 2022, n. 11208, anche se la configurazione dell'art. 15 come norma in bianco è già presente in R. Ferrara, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, cit., 782. Come osserva E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico. Tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996, 112, l'esistenza di una disciplina specifica non esclude l'applicabilità della disciplina generale degli accordi che con la prima è in rapporto di coordinazione e integrazione.

[21] In particolare, gli accordi tra amministrazioni rappresentano uno strumento per il coordinamento di poteri dato dall'assetto policentrico dell'ordinamento italiano e dalla progressiva maggiore considerazione delle autonomie, nonché della leale collaborazione come principio che ispira i rapporti tra Stato e autonomie. In tema cfr. in part. G. Pericu, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in L. Mazzarolli - G. Pericu - A. Romano - F.A. Roversi Monaco - F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1993, 773 ss., che evidenzia l'importanza degli accordi tra p.a. nell'ambito del coordinamento tra competenze amministrative frammentate e per la collaborazione nella migliore gestione dei servizi; E. Bruti Liberati, voce *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, Agg. V, 2001, 29; A. Contieri, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000, 121 ss.; F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012, 50 ss. P. Forte, *Aggregazioni pubbliche locali. Forme associative nel governo e nell'amministrazione tra autonomia, politica, territorialità e governance*, Milano, 2011, 141 ss.; F. Rota, 213. Una prospettiva differente è quella offerta da G.D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, che, in linea con F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, in Aa.Vv., *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, Milano, 1994, 49 ss., rileva l'importanza di moduli di coordinamento come gli accordi amministrativi per il raggiungimento di risultato utile in termini materiali (p. 359), pur in una configurazione degli accordi tra p.a. come strumenti di paritaria interazione tra portatori di pubblici interessi (pp. 321 ss.). Cfr. anche G. Greco, *op cit.*, 175 ss., secondo cui non è una trascurabile evenienza l'interpretazione di accordi in senso prevalentemente o necessariamente privatistico, ma è chiaro che «il campo per così dire naturale di tali accordi è quello pubblicistico, implicante l'esercizio di potestà amministrative» (p. 185). Non va trascurato il contributo dato al tema degli accordi tra amministrazioni prima della l. 241/1990, rispetto alla configurazione di accordi organizzativi (S. Amorosino, *Gli accordi organizzativi tra amministrazioni, Parte I: profili storico-dogmatici*, Padova, 1984; G. Pastori, *Accordi e organizzazione amministrativa*, in A. Masucci (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, ora in G. Pastori (a cura di), *Scritti scelti. I. 1962-1991*, Napoli, 2010, 379 ss.), ma anche di convenzioni pubblicistiche, rispetto a cui sono state approfondite anche le dinamiche collaborative tra diversi livelli istituzionali e tra Regioni, con particolare riguardo alla vincolatività sul piano giuridico (G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 172 ss., 317 ss.; Id., voce *Convenzioni e accordi amministrativi. 1) Profili generali*, in *Enc. giur.*, ora in Id., *Scritti scelti*, cit., 205 ss.; rispetto agli accordi tra Regioni si v. pure G. D'Orazio, voce *Accordi interregionali*, in *Enc. giur.*, I, 1988).

Se ciò può apparire per certi versi scontato, sono comunque rilevanti le conseguenze di ordine precettivo ben poste in luce dal Consiglio di Stato dove afferma che «l'accordo pubblico si inscrive nella funzione amministrativa ed esprime una modalità di svolgimento del potere, attraverso la forma necessaria del procedimento di cui assume i caratteri di doverosità e necessaria funzionalizzazione alla finalità di interesse pubblico indicata dalla norma attributiva del potere»[22].

Detto in altri termini, l'accordo di diritto pubblico la cui disciplina è data dalla sintesi tra art. 11 e art. 15, rappresenta un modo attraverso cui si esprime il potere dell'amministrazione, il quale, a sua volta, si manifesta necessariamente secondo una struttura procedimentale. Dunque, non solo gli accordi *ex* art. 11, ma tutti gli accordi di diritto pubblico si esprimono attraverso una logica procedimentale. Per di più, il fatto che l'accordo sia espressione di un potere amministrativo in forma procedimentalizzata determina altresì che anche l'azione amministrativa strumentale alla stipula dell'accordo si caratterizzi per la conformità ai principi di doverosità e funzionalità[23].

Sulla base di questa ricostruzione della fattispecie astratta "accordo pubblico", il ragionamento del Consiglio di Stato prosegue attraverso il riferimento alla fattispecie normativa degli accordi di coesione ricavabile dall'art. 1, co. 177 e 178, della l. 30 dicembre 2020 n.178.

Qui emerge che l'accordo di coesione è a pieno titolo speciale, in quanto connotato da una "doppia specialità" rispetto agli accordi *ex* art. 11 e agli accordi fra amministrazioni *ex* art. 15. Pur definendo infatti gli accordi di coesione come accordi di diritto speciale procedimentali (dunque integrativi), la specialità degli stessi è rinvenuta in base al fatto che essi sono previsti in base al diritto europeo[24] e inseriti in un quadro di «raccordo istituzionale tra le competenze dello Stato e quelle regionali in materia di programmazione economica».

Rispetto agli accordi *ex* art. 15, che pure hanno in comune con quelli di coesione il fatto di essere stipulati solo tra soggetti pubblici, questi ultimi sono peculiari per il «particolare atteggiarsi delle scansioni procedimentali»[25] e per la «sussistenza di un

---

[22] P.to 4.1. della pronuncia in commento.

[23] Rispetto alla doverosità legata alla deduzione del potere all'interno dell'accordo cfr. E. Bruti Liberati, *op. cit.*, 85. Più recentemente, rileva A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli,, 2016, 344 che «la lontananza della posizione dell'amministrazione da una vera e propria condizione di autonomia e di libertà sarebbe ancor più netta con riguardo ai rapporti negoziali incidenti su funzioni ed oggetti pubblici, rispetto ai quali risulterebbe prevalente la dimensione della doverosità tipica della funzione amministrativa». Rispetto alla doverosità dell'azione consensuale come indotta dall'elemento finalistico cfr. F. Cangelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004, spec. 335 ss. Sul rilievo del principio di funzionalità anche nella lettura contrattualprivatistica degli accordi cfr. G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, 120 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2003, 463 ss. rispetto agli accordi *ex* art. 11 (ma tenendo conto che una lettura contrattuale degli accordi è stata avanzata dallo stesso A. per gli accordi di programma: cfr. S. Civitarese Matteucci, voce *Accordo di programma (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, 1999, spec. 23-24).

[24] P.to 4.1. della pronuncia in commento ove è richiamato espressamente il Regolamento delegato (Ue) n. 240/2014 della Commissione del 7 gennaio 2014 recante un codice europeo di condotta sul partenariato nell'ambito dei fondi strutturali e d'investimento europei. D'altronde il diritto eurounitario si rivela fondamentale anche nello stimolare l'adozione di accordi di tipo orizzontale e verticale anche fra diverse amministrazioni nazionali. Per un inquadramento in tema è ancora di rilievo N. Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, 2004, spec. 148 ss. Sulla portata del contributo di Nicola Bassi in merito agli accordi nel diritto europeo, anche alla luce dello studio delle figure tradizionali di accordo, si v. F. Fracchia, *Gli accordi amministrativi nella produzione scientifica di Nicola Bassi*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2017, 248 ss.

[25] P.to 4.1. della pronuncia in commento

obbligo di procedere a fronte […] di un potere discrezionale che caratterizza il modello generale degli accordi di cui all'art. 15». Tali rilievi si giustificano sulla scorta della ricostruzione del procedimento sulla base del già citato art. 1, co. 177 e 178, della l. 30 dicembre 2020 n. 178, in cui si inserisce la stipula dell'accordo. Il procedimento si articola nelle seguenti fasi: una fase di iniziativa in cui il Cipess avvia il procedimento d'ufficio con una delibera che programma le risorse da assegnare; una fase istruttoria in cui si valutano i cicli precedenti, tenendo conto delle obbligazioni assunte e dell'identificazione di nuovi obiettivi coerenti con la programmazione nazionale da parte di Regioni e Province autonome; infine una fase decisoria che conduce, se c'è accordo tra le parti coinvolte, alla stipula dell'Accordo per la coesione e, successivamente, alla delibera definitiva del CIPESS per l'assegnazione delle risorse.

È in questo snodo, dunque, che il Consiglio di Stato pone le basi per la sussistenza di un obbligo di provvedere, ricavandolo dalla natura giuridica dell'accordo di coesione come accordo di diritto pubblico procedimentale, in ragione anche della sua peculiare collocazione all'interno della scansione procedimentale volta all'erogazione delle risorse nell'ambito degli interventi per lo sviluppo.

4. L'esperibilità dell'azione avverso il silenzio. L'obbligo di provvedere.

In forza della ricostruzione della natura degli accordi di coesione e del loro peculiare regime giuridico occorre valutare l'accoglibilità del *petitum* condannatorio, *sub specie* di condanna a provvedere.

Come noto, nel quadro delle azioni di condanna con cui è possibile ottenere tutela a fronte dell'inerzia dell'amministrazione, l'azione avverso il silenzio ha uno spazio peculiare.

Con essa, infatti, il ricorrente ottiene l'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia serbata dall'amministrazione, in presenza di un obbligo di provvedere, una volta scaduto il termine del procedimento[26]. Sulla scorta di tale accertamento l'azione avverso il silenzio consente altresì di ottenere una condanna generica a provvedere. Tale condanna non presuppone che l'attività della p.a. sia vincolata, potendo essere discrezionale purché non nell'*an*[27].

Il Consiglio di Stato deve dunque applicare queste regole a fronte della fattispecie peculiare dell'accordo di coesione, verifi-

[26] Sul fondamento dell'obbligo di provvedere cfr., in part., A. Cioffi, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, 89 ss.; F. Figorilli - A. Giusti, *Art. 2 conclusione 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, 136 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, 275 ss.; N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, 2018, 25 ss.; M. Renna - F. Figorilli, voce *Silenzio della pubblica amministrazione. I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur*, XXVIII, 2009, 1 ss.; più recentemente cfr. A. Calegari, sub *art. 31*, in G. Falcon - F. Cortese - B. Marchetti (a cura di), *op. cit.*, 343 ss.; F. Follieri, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, Napoli, 2023; S. Villamena, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela. Profili organizzativi e sostanziali*, Torino, 2020, 101 ss.

[27] La discrezionalità, infatti, costituisce un limite a fronte dell'esperimento dell'azione di adempimento, presupponendo essa che l'attività sia vincolata (o sia esaurita la discrezionalità) e che non residuino ulteriori adempimenti istruttori. Nondimeno, a queste condizioni, sarebbe profilabile un'azione di adempimento, benché, in situazioni di silenzio, la giurisprudenza non si spinga a pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa (su queste problematiche cfr. M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 727 ss.; C. Silvano, *Il Consiglio di Stato alla prova del giudizio contro il silenzio: verso una tutela maggiormente effettiva? (nota a Cons. Stato, sez. IV, 30 aprile 2024, n. 3945)*, in questa *Rivista*).

cando se sia ammissibile e fondata la domanda di condanna alla stipula dell'accordo tra il Ministero e la Regione Campania.

Appurata la giurisdizione del giudice amministrativo[28], il Consiglio di Stato deve concentrarsi, anzitutto, sulla configurabilità di un obbligo di provvedere.

In questi termini, ci sono almeno due profili da considerare rispetto al tenore del ragionamento del collegio, il primo relativo a precedenti orientamenti sull'obbligo di provvedere e alle conseguenze sul fronte della tutela rispetto a obblighi inadempiuti in materia di accordi; il secondo relativo al rilievo del principio di buona fede rispetto alla sussistenza dell'obbligo di provvedere.

4.1. L'obbligo di provvedere e le peculiarità della tutela a fronte di obblighi inadempiuti in materia di accordi.

Il primo profilo da considerare attiene al rilievo dei diversi precedenti giurisprudenziali che hanno riconosciuto l'obbligo di provvedere. In questo modo non solo si tiene conto di ipotesi più peculiari rispetto all'attività provvedimentale unilaterale dell'amministrazione – ad esempio, quella degli atti amministrativi generali[29] –, ma anche di valorizzare alcuni precedenti relativi ad accordi in cui si era già posto il tema dell'obbligo di provvedere.

Benché i precedenti siano solo menzionati occorre evidenziare che in quelle fattispecie l'integrazione dell'accordo in una logica procedimentale rappresentava un passaggio dirimente per fondare l'obbligo di provvedere.

Nella prima fattispecie considerata[30], infatti, riguardante una procedura transattiva per danni da emotrasfusioni (dunque vertente su accordo transattivo tra privati e amministrazione) si valorizzava la «forte procedimentalizzazione del potere di cui è investita l'amministrazione» (sul modello delle procedure ad evidenza pubblica), affermando che non potesse che ritenersi configurabile un obbligo di pronunciarsi sulle istanze di transazione in una «fattispecie procedimentale in senso proprio».

Nella seconda controversia richiamata[31], invece, si trattava di una questione differente da quella appena illustrata e da quella trattata nella pronuncia in commento. La vicenda riguardava infatti non la cogenza dell'obbligo a stipulare un accordo, quanto invece la cogenza di obblighi ricavabili da accordo già sottoscritto tra due amministrazioni[32]. Anche in questo caso, comunque, si

[28] Non vi è dubbio in base all'art. 133, lett. a), n. 2. Anche nel caso di accordi tra p.a., in ogni caso, occorre verificare che la controversia abbia come "oggetto immediato" l'accordo medesimo e non vicende a carattere meramente patrimoniale (in tema, Cass., sez. un., 19 settembre 2023, n. 26853; Cass., sez. un., 6 aprile 2022, n. 11252; Cass., sez. un., 5 ottobre 2021, n. 26921

[29] Va comunque osservato che la giurisprudenza non è univoca, rinvenendosi un orientamento piuttosto consistente che nega l'esperibilità dell'azione avverso il silenzio a fronte di atti amministrativi generali o atti regolamentari sull'assunto che il rimedio sarebbe «circoscritto alla sola attività amministrativa di natura provvedimentale» (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2023, n. 76; Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2021, n. 5539; Cons. Stato, sez. IV, 2 settembre 2019, n. 6048).

[30] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 24 novembre 2011, n. 6244. Sulla natura non civilistica di questi strumenti consensuali, ma sulla non riconducibilità ad accordi procedimentali transattivi cfr. A. Cassatella, *Note in tema di transazione e atti a funzione transattiva nel diritto amministrativo*, in G. Falcon - B. Marchetti (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Napoli, 2015, 247; Id., *La transazione amministrativa*, Napoli, 2020, 67.

[31] Cons. Stato, sez. III, 28 agosto 2013, n. 4309.

[32] Va comunque notato che, in passato, la giurisprudenza ha in più occasioni negato l'ammissibilità dell'azione avverso il silenzio in caso di obblighi di fonte convenzionale (nell'ambito di accordi e contratti), ritenendo che essa potesse essere esercitata solo a fronte di attività provvedimentale e per la tutela di interessi legittimi. Sul punto si tornerà *infra*.

valorizzava il fatto che l'accordo si inserisse in una «vicenda procedimentale»[33].

I precedenti, dunque, appaiono rilevanti non solo per aver riconosciuto l'obbligo di provvedere a fronte di strumenti consensuali, ma anche per la valorizzazione della struttura procedimentale dell'attività che precede la stipula degli accordi.

La scelta argomentativa del collegio non è casuale, ma va compresa alla luce di ulteriori orientamenti, non menzionati nella pronuncia.

L'esperibilità dell'azione avverso il silenzio ha trovato infatti una limitazione in un orientamento più volte ribadito rispetto al mancato adempimento ad obbligazioni dedotte all'interno di accordi amministrativi. Dinanzi queste situazioni di inerzia la giurisprudenza amministrativa ha infatti negato l'ammissibilità dell'azione avverso l'inerzia, rilevando che con il rito speciale sul silenzio si è inteso tutelare il ricorrente solo rispetto al «mancato esercizio di potestà pubbliche discrezionali», ma non a fronte di «qualsiasi tipo di inerzia comportamentale della p.a.»[34]: tale circostanza impedirebbe di far valere il rimedio anche tenendo conto che esso non potrebbe essere attivato per la tutela di un diritto soggettivo, quale quello leso a causa di un obbligo convenzionale rimasto inadempiuto.

Alla luce di questo orientamento consolidato il precedente prima richiamato, contenuto nella pronuncia in commento, sembra apparentemente minoritario[35]. In compenso, la giurisprudenza ha mostrato di apprestare una diversa forma di tutela a fronte dell'inadempimento di obblighi convenzionali, attraverso il rimedio dell'esecuzione in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c.

Per esempio, nel caso di convenzioni di lottizzazione a fronte dell'inadempimento all'obbligo di cessione delle aree da parte dei lottizzanti, la giurisprudenza riconosce in capo al Comune la possibilità di agire *ex* art. 2932 c.c. per ottenere il trasferimento delle aree oggetto di cessione, tramite una sentenza costitutiva in luogo dell'atto pubblico di cessione gratuita delle aree[36]. Così, tenuto conto dell'applicabilità dei principi del codice civile in materia di obbligazioni[37] si riconosce che l'accordo, pur deducendo al suo interno l'esercizio del potere, è fonte di obbligazioni civilistiche[38] e dunque, anche tenuto conto dei principi di pienezza ed effettività della tutela[39], è esperibile l'azione *ex* art. 2932 c.c.

Ricapitolando, e tentando di leggere la pronuncia in commento sugli accordi di co-

[33] Per quanto riguarda infine l'ultima pronuncia menzionata nella sentenza in commento (ossia Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2022, n. 2636), non rintracciabile nelle banche dati, molto probabilmente il riferimento è a Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2002, n. 2636.

[34] Così, in part. Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2014, n. 1087. Cfr. altresì Cons. Stato, sez. VII, 30 maggio 2024, n. 4860; Cfr. Cons. Stato, sez. III, 13 settembre 2021, n. 6265; Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2015, n. 4902; Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2014, n. 1087. Cfr. anche A. Calegari, *op. cit.*, 342.

[35] V. però la lettura sistematica proposta *infra*.

[36] Cfr. recentemente T.a.r. Sicilia Catania, sez. IV, Sent., 5 settembre 2023, n. 2625. In senso affermativo rispetto al ricorso all'art. 2932 c.c. cfr. pure Cons. Stato, ad. plen., 20 luglio 2012, n. 28; Cons. Stato Sez. IV, 7 settembre 2020, n. 5376; Cons. Stato, Sez. IV, 21 aprile 2017, n. 1875; T.a.r. Sicilia - Catania, sez. IV, 5 settembre 2023, n. 2625; In dottrina, affermativamente, si v. M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1, 2010, 76-77, ritenendo consumato il potere discrezionale della p.a. una volta stipulato; F. Tigano, *Accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *op. cit.*, 665, che enfatizza in tal senso il rilievo del rinvio ai principi in materia di obbligazioni del codice civile. più recentemente si v. anche S. Florian, *L'azione di adempimento tra rifiuto di provvedimento e silenzio dell'amministrazione*, Torino, 2022, 144-145.

[37] Il punto è evidenziato in Cass. civ., sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33944.

[38] In questo senso, cfr. in part. T.a.r. Toscana - Firenze, sez. III, 27 novembre 2018, n. 1552.

[39] Cass. civ., sez. un., 9 marzo 2015, n. 4683.

esione alla luce di questa giurisprudenza, è possibile affermare quanto segue.

Non pare che i diversi orientamenti possano essere portati a sistema recuperando la teoria del doppio grado[40], ritenendo che l'azione avverso il silenzio sia esperibile prima della stipula dell'accordo, mentre l'azione *ex* art. 2932 c.c. solo dopo tale stipula.

Sembra invece che il confine tra i due rimedi riposi sul tenore dell'obbligazione rimasta inadempiuta. In questo modo, peraltro, si spiega il caso della pronuncia isolata menzionata nella sentenza in commento, in cui l'obbligazione rimasta inadempiuta riguardava l'emanazione di un provvedimento.

In omaggio, dunque, alla distinzione contenuta all'art. 1, co. 1-*bis* della l. n. 241/1990, tenendo conto della distinzione tra atti non autoritativi e atti autoritativi si avranno due ipotesi. Se occorrerà eseguire un'obbligazione in cui prevale l'assetto civilistico[41] o in cui l'attività sia riconducibile a rapporti di natura paritetica[42] il rimedio sarà quello dell'azione *ex* art. 2932 c.c. Se invece occorrerà fare riferimento ad un obbligo (tendenzialmente un dovere) comportante l'esercizio di un potere (es. obbligo di provvedere), allora si ricorrerà all'azione avverso il silenzio[43]. In quest'ultima casistica occorre anche precisare che, sussistendone i presupposti, non pare si possa escludere a priori l'ammissibilità anche di un'azione relativa alla fondatezza della pretesa[44].

In questi termini, la pronuncia in commento consente di offrire maggiore chiarezza sul complesso quadro di tutela in materia di accordi.

4.2. L'obbligo di provvedere nel prisma del principio di buona fede.

Il secondo profilo dell'argomentazione dei giudici di Palazzo Spada su cui conviene soffermarsi attiene alla lettura del tema dell'obbligo di provvedere alla luce del principio di buona fede.

[40] D'altronde la negoziabilità stessa del potere nell'ambito degli accordi amministrativi postula il superamento di questa impostazione (in questo senso E. Bruti Liberati, voce *Accordi pubblici*, cit., 5 ss.; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione*, cit., 47 ss.; A. Moliterni, *op. cit.*, 104), senza contare che pure la giurisdizione esclusiva in materia di accordi, rispetto alle diverse vicende di formazione e di esecuzione dell'accordo, fa perdere la valenza sistematica della teoria del doppio grado (E. Bruti Liberati, voce *Accordi pubblici*, cit., 5-6; sul rilievo della giurisdizione esclusiva in rapporto alla diversa disciplina dei contratti pubblici cfr. anche M. Ramajoli, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 4, 2019, 686-687). Sulla teoria del doppio grado, pure con rilievi critici, si v. G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., 287 ss.; F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, ora in Id., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 121 ss.; A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico,* Napoli, 1988, 51 ss.

[41] Appare difficile rilevare l'esistenza di obbligazioni *tout court* civilistiche. D'altronde, già in Cons. Stato, ad. plen., 20 luglio 2012, n. 28 si era rilevato come l'atto d'obbligo di un consorzio relativo alla cessione di aree e all'assunzione a proprio carico di oneri di urbanizzazione non fosse qualificabile come una obbligazione meramente privatistica, essendo invece atto privato accessivo all'assegnazione nel piano di zona.

[42] Rispetto a questi rapporti, infatti, Cons. Stato, sez. VII, 30 maggio 2024, n. 4860 esclude l'applicabilità dell'azione avverso il silenzio e, dunque, dovrebbe prospettarsi l'esperibilità dell'azione *ex* art. 2932 c.c. Di tutta evidenza, bisognerà tener conto delle peculiarità ulteriori della disciplina generale (ed eventualmente settoriale) dell'accordo se stipulato tra amministrazioni.

[43] Peraltro, a tutela del ricorrente, si ritiene che sia possibile la conversione dell'azione in queste ipotesi, come già osservato in altra sede (sia consentito il rinvio a S. Franca, *La conversione dell'azione tra potere ufficioso e principio della domanda: dal criterio della continenza alla centralità della vicenda sostanziale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2024, 174.

[44] Non esclude, a fronte di inerzia provvedimentale nella materia degli accordi, l'esperibilità dell'azione di adempimento *ex* art. 31, co. 3 e 34, co. 1, lett. c) c.p.a., oltre al ricorso alla tutela *ex* art. 2932 c.c. anche S. Florian, *op. cit.*, spec. 145. In questa ricostruzione, tuttavia, il problema che si può porre attiene alla tutela a fronte di gruppi di obbligazioni di tipo diverso. Non appare comunque da escludere una soluzione che si basi sul cumulo tra azione di adempimento e azione *ex* art. 2932 c.c.

Il collegio, infatti, a livello di *obiter dictum* – dal momento che il punto non era peraltro dirimente per la risoluzione della controversia[45] – afferma che l'obbligo di provvedere può sussistere anche in assenza di una espressa disposizione di legge che tipizzi il potere di presentare un'istanza; dunque, anche nelle fattispecie in cui si imponga l'adozione di un provvedimento per «ragioni di giustizia e di equità». Tale lettura si fonda sul rilievo del dovere di correttezza della p.a. in uno a quello di buona amministrazione, con l'ulteriore riferimento all'introduzione dell'espresso riferimento al principio di buona fede all'interno della l. n. 241 del 1990, ad opera della l. 11 settembre 2020, n. 120.

Questa riflessione si ricollega ad un orientamento risalente nella giurisprudenza amministrativa[46], ma forse ora maggiormente enfatizzato anche grazie al riferimento espresso al principio di buona fede.

Si tratta di una riflessione molto importante dal punto di vista della tutela del cittadino perché consente a questi di avvantaggiarsi di una più ampia sfera di doverosità dell'azione amministrativa, anche grazie al principio di buona fede. È chiaro che però si genera una tensione piuttosto critica con il principio di legalità e il Consiglio di Stato pare esserne consapevole nella misura in cui afferma che «ciò non significa che non operi il principio di legalità ma che l'obbligo di provvedere, alla luce della buona fede, si desume dal contesto normativo di disciplina del potere pubblico»[47].

Appare apprezzabile l'attenzione alla tutela che emerge da questo snodo, ma non bisogna trascurare i margini di incertezza che potrebbero eventualmente derivare da opzioni ermeneutiche poco sorvegliate tese a non dare dovuto spazio – come pure il Consiglio di Stato ammonisce – al dato positivo[48].

4.3. Il decorso del termine e l'enucleazione della disciplina procedimentale.

Infine, il giudice si sofferma sul decorso del termine del procedimento. Benché l'ac-

[45] Cfr. p.to 4.2.1.della pronuncia in commento ove si afferma che «L'obbligo di provvedere, in coerenza con il principio di legalità, è previsto da una specifica disposizione di legge (art. 1, comma 178, lett. d, legge n. 178 del 2020, cit.) che disciplina un apposito procedimento di assegnazione delle risorse ed in cui la Regione, dopo il provvedimento Cipess del 3 agosto 2023 n. 25, è sicuramente titolare di una posizione differenziata che la legittima ad agire contro l'inerzia della Presidenza del Consiglio. Rispetto alla formulazione dell'art. 15 della legge n. 241 del 1999, la suddetta norma, sul piano letterale, è chiara nel prevedere che le parti «*definiscono d'intesa un accordo*» e, dunque, contempla un obbligo procedimentale di provvedere».

[46] L'orientamento era già stato individuato in A. Cioffi, *op. cit.*, 97 ss., ma, rispetto al più recente impiego della clausola delle «ragioni di giustizia ed equità» si v. S. Villamena, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela. Profili organizzativi e sostanziali*, Torino, 2020, 126 ss. In senso contrario all'orientamento che fondava semplicemente su ragioni di giustizia ed equità l'obbligo di provvedere, prima ancora della l. n. 241/1990, per ragioni di indeterminatezza si v. A. Angiuli, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel* quando, Bari, 1988, 101.

[47] P.to 4.2. della pronuncia in commento.

[48] Sui problemi dati dagli orientamenti tesi a superare la rigidità della norma come fondamento dell'obbligo di provvedere cfr. D. Marrello, *Le prospettive dell'azione avverso il silenzio fra la salvaguardia dell'obbligo di provvedere e la valorizzazione dell'art. 2 della legge n. 241/1990*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2020, spec. 1057 ss.; G. Tropea, *Spunti sull'azione di condanna a fronte dell'inerzia della pubblica amministrazione nel rapporto fra amministrazione e giurisdizione*, in P. Cerbo - G. D'Angelo - S. Spuntarelli (a cura di), *Amministrare e giudicare. Trasformazioni ordinamentali*, Napoli, 2022, 110. Il vaglio relativo alla legittimazione può in questo ambito assumere particolare importanza (cfr. S. Franca, *L'azione di condanna a fronte dell'inerzia nel rapporto fra amministrazione e giurisdizione*, *ivi*, 83), giacché orienta la valutazione sull'obbligo di provvedere alla sussistenza di una pretesa normativamente tutelata che pare suscettiva di guidare il sindacato nel giudice, ove ve ne siano i presupposti, verso una pronuncia sulla fondatezza della pretesa. In questo senso, effettivamente, il richiamo al principio di buona fede potrebbe avere un rilievo maggiormente significativo, proprio nella prospettiva di un'azione di adempimento.

cordo di coesione sia ricondotto, come visto, entro una logica procedimentale, non si ha un termine ricavabile dal diritto positivo. In mancanza di un termine normativamente previsto, il Consiglio di Stato ritiene che si applichi il termine previsto dall'art. 2, co. 2 l. n. 241/1990. Tale termine, in effetti, è previsto, a beneficio della certezza del diritto, proprio nelle situazioni in cui il legislatore abbia riconosciuto (almeno implicitamente) la sussistenza di un obbligo di provvedere, ma non sia stato identificato un termine. L'operazione del Consiglio di Stato non si limita all'individuazione di tale termine, estendendosi altresì all'individuazione di almeno due regole che devono conformare l'azione del Ministero.

In primo luogo, il Consiglio di Stato declina la forma attraverso cui deve esprimersi l'eventuale diniego di stipulare l'accordo. In questo senso, il Consiglio di Stato ritiene che l'eventuale diniego dovrà assumere la forma della determinazione *ex* art. 11, co. 4-*bis* l. n. 241/1990, ossia la determinazione che deve precedere la stipula dell'accordo laddove l'amministrazione decida di concludere un accordo e che assumerà il tenore di un atto di «arresto procedimentale».

In secondo luogo, pur ravvisando il decorso del termine di 30 giorni e ritenendo altresì che, in ogni caso, sia trascorso un termine ben più lungo, superiore ai 180 giorni, «reputa equo e ragionevole» disporre la nuova decorrenza del termine in modo da permettere alle parti un'ulteriore fase di confronto «nello spirito di leale collaborazione cui i reciproci rapporti istituzionali devono essere improntati».

Si tratta però di operazioni ermeneutiche che hanno una diversa portata. Nel primo caso, stante la qualificabilità dell'accordo di coesione come accordo amministrativo cui si applica anche l'art. 11, co. 4-*bis* è chiaro che al dovere di emanare la determina in caso di stipula dell'accordo si accompagna un dovere di adottare una (motivata) determina a contenuto negativo, dato che l'accordo in questione è qualificabile come necessario. In altri termini, il fatto che non vi sia un'alternativa unilaterale alla stipula dell'accordo per lo stanziamento dei fondi e che l'accordo debba sussistere per arrivare alla conclusione della procedura rende necessario individuare un atto con cui l'amministrazione motivi la propria decisione, atto che sarà eventualmente impugnabile qualora ne sussistano le condizioni.

Diverso è il secondo caso in cui il giudice svolge una valutazione dichiaratamente equitativa tramite cui dando rilievo a pur commendevoli esigenze di leale collaborazione fa decorrere nuovamente il termine del procedimento. Si tratta del medesimo approccio che emergeva dall'ordinanza resa all'esito della fase cautelare, con cui il Consiglio di Stato ha sospeso l'esecutività della sentenza oggetto di impugnazione, ove si affermava che «sospesa la sentenza, resta fermo comunque l'obbligo di tutte le parti di proseguire il dialogo – ricorrendo a leali, reali, proficue e reiterate interlocuzioni – per addivenire alla celere definizione dell'accordo nel rispetto del principio di leale collaborazione»[49].

È però evidente che si tratta di una tecnica di tutela che sottende margini di discrezionalità, che sarebbero fisiologici nella fase cautelare, in ordine alla valutazione dei presupposti[50]. Tuttavia, tale tecnica solleva

[49] Ord. Cons. Stato, sez. IV, 12 aprile 2024, n. 1325.

[50] Il fatto che il giudice abbia discrezionalità nella valutazione dei presupposti è un dato pacifico e, anzi, sorgono criticità quando questa legittima discrezionalità venga compressa (F. Saitta, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Editoriale scientifica, 2023, pp. 249 ss.). Tuttavia, occorre osservare che solleva maggiori criticità la discrezionalità esercitata dal giudice cautelare quando la

maggiori criticità rispetto al ruolo del giudice amministrativo, anche tenendo conto dell'attività integrativa che pure è chiamato ad esercitare[51].

5. Conclusioni.

La pronuncia in commento si rivela fondamentale per varie ragioni.

Sul piano dei contenuti essa affronta una serie di snodi fondamentali al fine di identificare la disciplina relativa agli accordi di coesione, giungendo ad una definizione di alcuni tratti rilevanti sul piano sostanziale, con rilevanti implicazioni anche sul fronte processuale.

Tramite una lettura congiunta degli art. 11 e 15 il Consiglio di Stato riesce a sussumere la disciplina degli accordi di coesione entro la figura degli accordi amministrativi (e, in particolare, degli accordi tra amministrazioni), operando un inquadramento di ordine sistematico. L'istituto così ricostruito viene ricostruito in base alla propria disciplina settoriale, ricavando una struttura procedimentale in cui si incastona l'accordo e, per l'effetto, si inserisce nel regime di doverosità proprio del procedimento di erogazione dei fondi di coesione.

Al netto delle implicazioni in termini di competenza del giudice amministrativo la ricostruzione operata consente di giustificare la sussistenza non già di un obbligo a contrarre, bensì di un obbligo ad esaminare la proposta della Regione Campania e, conseguentemente, permette di ritenere fondata l'azione avverso il silenzio promossa dalla Regione.

La pronuncia consente così di favorire un significativo progresso (anche solo sul fronte della certezza) sul piano della sistematica degli accordi e dell'esperibilità dell'azione avverso l'inerzia. In particolare, come si è visto, la pronuncia, se letta alla luce di altri filoni giurisprudenziali, consente di portare a sistema le diverse forme di tutela a fronte di obblighi relativi alla stipula di accordi o obbligazioni convenzionali rimasti inadempiuti.

In questo contesto campeggiano, tuttavia, alcuni profili di criticità.

La sentenza del Consiglio di Stato, infatti, mostra una condivisibile valorizzazione dei principi dell'azione amministrativa che però paiono portare il giudice a travalicare, in parte, il proprio ruolo. Se la considerazione del principio di buona fede rispetto all'individuazione dell'obbligo di provvedere causa una tensione solo eventuale con il principio di legalità, maggiori perplessità può suscitare il ricorso a principi che – pur se non impiegati per sostituirsi all'amministrazione, ma, in certo qual modo, per procedimentalizzare l'esercizio del potere sus-

valutazione sulla sussistenza dei presupposti si traduce in un bilanciamento degli interessi delle parti. In tema cfr. già C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Padova, 2002, spec. 163 ss.; più recentemente, anche alla luce dell'esperienza pandemica, cfr. M. Ricciardi Calderaro, *La comparazione degli interessi nella valutazione cautelare del giudice amministrativo*, Napoli, 2023; C.E Gallo, *La giurisdizione amministrativa*, Torino, 2024, 293 ss.

[51] Sull'attività integrativa del giudice, come attività tramite cui i giudici sono chiamati a individuare la legalità sostanziale, senza ragionamenti di tipo analogico e senza che l'attività ermeneutica si traduca nella creazione di norme inedite. Per maggiori approfondimenti in tema, cfr. A. Cassatella, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2018, 657 ss.; più recentemente sul ruolo della giurisdizione amministrativa nel quadro della separazione dei poteri (onde contenere il problema del creazionismo giudiziario) si v. Id., *Separazione dei poteri, ruolo della scienza giuridica, significato del diritto amministrativo e del suo giudice: osservazioni a margine di "Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri" di Massimo Luciani*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2024, 254 ss. Al problema dei limiti dell'attività integrativa può aggiungersi, in altre controversie, il problema del labile confine tra amministrazione e giurisdizione (su cui cfr. L. Saltari, *I giudici amministratori*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2023, 327 ss.).

seguente al giudicato – paiono testimoniare un almeno parziale scostamento dalla funzione che è propria del giudice[52].

Simone Franca

[52] Più in generale, sulle criticità legate all'uso di parametri equitativi anche tenendo conto dell'attività integrativa del giudicante spec. G. Tropea, *L'effettività "equitativa" della decisione del giudice amministrativo: il caso della modulazione nel tempo degli effetti della sentenza*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2023, 711 ss.

4. Il potere amministrativo di onomastica stradale (nota a margine di Cons. Stato, Sez. I, 7 gennaio 2025, n. 4)

Sommario: 1. Il fatto. – **2.** Il parere del Consiglio di Stato. – **3.** La struttura del procedimento di denominazione stradale e il momento di produzione degli effetti giuridici. – **4.** Il diverso caso del cambio di un toponimo esistente. – **5.** Conclusioni (sull'importanza delle distinzioni teoriche).

1. Il fatto.

Il parere della Sezione I del Consiglio di Stato 7 gennaio 2025, n. 4 che si annota appare di particolare rilievo sia sul piano della vicenda fattuale, sia per le riflessioni di ordine teorico che induce rispetto alla sistematica del procedimento amministrativo.

Prima di scendere nel dettaglio della decisione occorre premettere un breve cenno al caso controverso che trae origine dal ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto da una privata cittadina avverso la delibera della giunta del comune di Grosseto che nel mese di marzo del 2023 aveva deciso di intitolare un viale urbano a un noto esponente politico italiano scomparso da parecchi decenni.

Alla base della statuizione comunale vi era una precedente delibera del consiglio comunale dell'aprile del 2018 che aveva suggerito l'intitolazione della via sulla base del prestigio del politico desunto da un serie di elementi oggettivi di seguito elencati: anzitutto per essere *"stato eletto nel parlamento italiano per 40 anni consecutivi"* ed essere stato anche "*parlamentare europeo*"; poi per aver "*sostenuto un'originale e moderna proposta politica, fondata sulla pacificazione tra gli italiani dopo gli eventi successivi all'otto settembre 1943, culminati con la guerra fratricida tra gli italiani*"; ancora per il centrale ruolo ricoperto nella "*politica nazionale ed europea del secondo dopoguerra*"; infine per il "*contributo alla costruzione di una matura democrazia nella nascente Repubblica italiana durante un periodo storico di forti contrapposizioni ideologiche, spesso sfociate in episodi violenti e terroristici*" che egli ha "*sempre combattuto con lealtà e coraggio*"[1].

Da ciò l'adozione della deliberazione impugnata poi seguita dal nullaosta del prefetto locale – intervenuto sei mesi dopo ma non impugnato dalla ricorrente – che ha confermato dopo attenta istruttoria la scelta del comune e ha escluso qualunque rischio di ordine e di sicurezza pubblica che l'intitolazione avrebbe potuto ingenerare[2].

[1] Così si legge nell'estratto della delibera consiliare riportato alle pagine 3-4 del parere in commento.

[2] Pagina 4 del parere in commento.

2. Il parere del Consiglio di Stato.

Di particolare interesse sono le conclusioni in punto di diritto cui è pervenuto il collegio che ha reputato il ricorso straordinario inammissibile e infondato per mancata impugnazione dell'autorizzazione prefettizia.

Il Consiglio di Stato ha infatti evidenziato che nell'ambito del procedimento di denominazione stradale "*correttamente la delibera di Giunta avversata precede la richiesta di autorizzazione al Prefetto*"[3].

Nello specifico ha precisato che il "*Comune è l'esclusivo titolare della funzione amministrativa di toponomastica, mentre il Prefetto è chiamato a rilasciare o meno l'autorizzazione basandosi su ragioni di tutela dell'ordine pubblico o esigenze di regolarità anagrafica*"[4].

Il motivo è presto spiegato.

Il procedimento per l'intitolazione di nuove strade (cd. toponomastica urbana) si divide in due fasi distinte ma collegate: la "*prima delle quali consta della delibera di Giunta comunale e, la seconda, del nulla osta del Prefetto*"; tale per cui in "*assenza di una preventiva deliberazione di Giunta non vi sarebbe alcuna ipotesi di intitolazione da sottoporre al vaglio prefettizio*" per le "*condizioni afferenti l'ordine pubblico*"[5].

Tale affermazione appare del tutto coerente col dato normativo.

In primo luogo, con l'art. 10 della legge 24 dicembre 1954, n. 1228, in base al quale il "*Comune provvede alla indicazione dell'onomastica stradale e della numerazione civica*"; poi con l'art. 41 del DPR 30 maggio 1989, n. 223, per cui "*ogni area di circolazione deve avere una propria distinta denominazione*" (co. 1) e in particolare "*ogni spazio (piazza, piazzale, via, viale, vicolo, largo, calle e simili) del suolo pubblico o aperto al pubblico destinato alla viabilità*" (co. 2); infine con l'art. 1 della legge 23 giugno 1927, n. 1188, che a chiusura rammenta che "*nessuna denominazione può essere attribuita a nuove strade e piazze pubbliche senza l'autorizzazione del prefetto*".

3. La struttura del procedimento di denominazione stradale e il momento di produzione degli effetti giuridici.

Si può allora tentare di ricavare qualche indicazione dalle motivazioni del parere in commento.

Il Consiglio di Stato, forse in maniera non del tutto inavvertita, sembra aver fatto propria una distinzione da tempo sedimentata in dottrina, ma non sempre calcata con la dovuta precisione rispetto agli stadi genetici di esercizio del potere amministrativo.

La distinzione, cioè, tra la fase determinante e la fase costitutiva del potere[6]; con ciò intendendo, da un lato, il momento in cui sono disegnati gli effetti della funzione; e dall'altro il successivo momento in cui essi sono in concreto realizzati e tradotti in atto[7].

[3] Pagina 5 del parere in commento.
[4] Ancora pagina 5 del parere in commento.
[5] Pagine 5 e 6 del parere in commento.

[6] Primi a cogliere la sfumatura A.M. Sandulli, *In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del Consiglio dei Ministri*, in *Giur. compl. cass. civ.*, I, 1949, 894 ss., ora in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, 98 e M.S. Giannini, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, IV, 1952, 177.

[7] La distinzione è stata approfondita da F.G. Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 254; Id., *La*

Nel caso di specie tanto la decisione della Giunta comunale, quanto quella prefettizia, vanno collocate nel momento di determinazione degli effetti tipici del potere: da una parte infatti c'è la competenza dell'organo esecutivo comunale che sceglie a chi intitolare il tratto stradale; dall'altra c'è la competenza del prefetto che deve verificare discrezionalmente l'assenza di ostacoli di ordine pubblico.

All'evidenza si è al cospetto di due poteri, manifestati attraverso altrettanti procedimenti amministrativi, che si combinano in vista della produzione di un unico effetto che sarà poi in concreto costituito dall'attribuzione della denominazione stradale[8]; e tale è la logica che riposa al fondo dei procedimenti cd. 'binari' che sono qualificati dall'unità del fatto della vita che ne costituisce la risultanza finale[9].

La conseguenza – di non poco momento – è che quelli di cui si discute sono poteri tra loro 'equiordinati' in virtù della prefigurazione normativa di una funzione che imputa a tutti i soggetti che vi partecipano un ruolo decisorio identico e convergente; così da realizzare un concorso – ad un pari livello di incidenza – di poteri oggettivamente interferenti[10].

Da tanto discende allora l'interesse per il parere in commento.

Sia perché ha focalizzato l'attenzione sul modo in cui agisce il descritto meccanismo legale di composizione procedurale di competenze amministrative distinte; sia perché ha impresso il fuoco sul principio di unità della funzione amministrativa che serpeggia qua e là nelle strettoie dell'ordinamento amministrativo e che riemerge ogni qual volta occorre conseguire risultati complessivi[11].

4. Il diverso caso del cambio di un toponimo esistente.

A conferma di quanto precede si può aggiungere che un procedimento in parte analogo si deve seguire anche per cambiare il nome già esistente di una strada o di una piazza comunale; con la differenza però che in tal caso non serve il nulla osta prefettizio, ma è richiesta un'autorizzazione del Ministero della cultura.

Così dispone infatti l'art. 1 del regio decreto-legge 10 maggio 1923, n. 1158, convertito in legge 17 aprile 1925, n. 473, per le ipotesi in cui i comuni (il testo legislativo parla di "*amministrazioni municipali*") in-

teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento amministrativo, in S. Amorosino (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995, 286.

[8] Per un simile intendimento si vedano in generale A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1916, 24; R. Lucifredi, *Inammissibilità di un esercizio "ex post" della funzione consultiva*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, 1938, 289; F. Cuocolo, *Deliberazioni del Consiglio superiore della Magistratura e sindacato giurisdizionale del Consiglio di Stato*, *Giur. it.*, III, 1962, 253.

[9] Così M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1981, 286.

[10] Così F. Migliarese Tamburino, *Il coordinamento nell'evoluzione dell'attività amministrativa*, Padova, 1979, 70.

[11] Come ricorda esattamente G.D. Comporti, *Il principio di unità della funzione amministrativa*, in M. Renna - F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 309, che riprende i contenuti dell'ultimo capitolo del suo lavoro monografico *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996. In una prospettiva analoga si veda poi D. D'Orsogna, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, 253; e da ultimo sia consentito anche un richiamo a F. D'Angelo, *Pluralismo degli enti pubblici e collaborazione procedimentale. Per una rilettura delle relazioni organizzative nell'amministrazione complessa*, Torino, 2022, 207.

tendano "*mutare il nome di qualcuna delle vecchie strade o piazze comunali*".

Sul punto è di recente intervenuta anche la giurisprudenza amministrativa che ha precisato che la "*norma sul cambio del toponimo, di cui all'art. 1 del regio decreto-legge n. 1158 del 1923, come convertito, si riferisce in modo inequivoco a strade o piazze che abbiano già un "nome" che si intendere cambiare. La diversa norma del 1927, invece, si riferisce a strade o piazze "nuove" e disciplina la prima attribuzione del nome: a differenza dell'altra previsione, dunque, questa assume rilievo laddove una precedente denominazione non vi sia, o perché si tratta di infrastruttura stradale nuova, o perché, pur se non di recente costruzione, la strada o la piazza sia rimasta priva di denominazione*"[12].

È per questo motivo che è necessario l'assenso del vertice ministeriale, anziché del prefetto: per astringere l'amministrazione locale a una "*valutazione particolarmente ponderata circa le conseguenze e gli incomodi che derivano da simile iniziativa*"[13]; valutazione che *«abbisogna di un'istruttoria approfondita sull'effettiva necessità di procedere in tal senso: ciò, avuto riguardo ai disagi che tali iniziative possono arrecare ai cittadini per l'aggiornamento dei documenti in loro possesso e l'aggravio di lavoro a carico dei servizi comunali»*[14].

Ecco allora che anche il secondo esempio proposto pare confermare l'assunto di partenza: ossia che il duplice concorso di competenze nel procedimento di onomastica stradale serve a (con)determinare l'effetto finale voluto dalla legge; trattandosi all'evidenza di singoli "*atti necessari a completare la fattispecie*" complessa[15].

5. Conclusioni (sull'importanza delle distinzioni teoriche).

In conclusione, le brevi note qui presentate, muovendo da un caso concreto, intendono soffermare l'attenzione sull'importanza delle pur sottili distinzioni svolte dalla dottrina; la quale è «obbligata a scendere continuamente nel particolare» per poi «risalire al concetto» e «controllare la validità della proposizione ottenuta»[16].

È un'opera che talvolta dà i suoi frutti e della quale la legge, e così la giurisprudenza, spesso riconoscono l'utilità pratica come dimostra la vicenda riassunta.

Filippo D'Angelo

[12] Così Cons. Stato, Sez. V, 12 luglio 2024, n. 6260, punto 5.3 della parte motiva in diritto; ma anche TAR Toscana, Sez. I, 26 novembre 2020, n. 1522.

[13] *Ibidem*.

[14] *Ibidem*.

[15] In tal senso la circolare del Ministero dell'interno n. 83, prot. n. 0017395 del 23 giugno 2023; in giurisprudenza TAR Calabria – sede di Catanzaro, Sez. I, 13 febbraio 2017, n. 210 e anche TAR Veneto, Sez. I, 7 marzo 2005, n. 824.

[16] Così M.S. Giannini, *Sociologia e studi di diritto contemporaneo*, in *Jus*, 2, 1957, 225.

5. La partecipazione del privato all'attività vincolata della p.a.: un passo avanti verso un "giusto procedimento" (nota a T.A.R. Puglia, Bari, 7 gennaio 2025, n. 9)

Sommario: 1. Premessa. – **2.** L'ordinanza impugnata e la vicenda giudiziaria. – **3.** La decisione dei giudici amministrativi. – **4.** Il contraddittorio nel procedimento amministrativo e la rilevanza ondivaga dei vizi procedimentali. – **5.** La partecipazione del privato come strumento che attua il cd. "giusto procedimento".

1. Premessa.

Il T.a.r. Puglia, in adesione ad un più recente orientamento favorevole al rafforzamento delle garanzie procedimentali, riconosce la necessità della comunicazione di avvio del procedimento – e, conseguentemente, della partecipazione del privato – anche nei casi di attività vincolata della pubblica amministrazione.

L'apparato motivazionale della pronuncia, oltre a ripercorrere l'orientamento giurisprudenziale maggioritario e a ribadire le finalità cui l'istituto della partecipazione nel procedimento amministrativo risulta preordinato, si sofferma altresì sulla necessità che il coinvolgimento del privato sia attuato a prescindere dalla successiva ed eventuale fase giudiziaria.

In tale ottica, la pronuncia si presta ad essere interpretata come un ulteriore passo in avanti nel processo di delineazione del cd. "giusto procedimento", espressione coniata dalla dottrina anche per dare voce alle istanze di derivazione sovranazionale.

2. L'ordinanza impugnata e la vicenda giudiziaria.

Con ricorso depositato presso la III Sez. del T.a.r. Puglia, i ricorrenti impugnano l'ordinanza-ingiunzione di demolizione delle opere e strutture edilizie per il ripristino dello stato dei luoghi adottata dalla competente area tecnica del Comune di Gravina di Puglia[1].

L'ordinanza *de qua* riassume la vicenda penale che ha interessato la proprietà di un complesso edilizio turistico, nel cui ambito era stata contestata non tanto l'assenza del titolo edilizio quanto, piuttosto, talune difformità costruttive, unitamente a possibili violazioni di vincoli paesaggistici e ambientali; il procedimento si era poi concluso con la dichiarazione di insussistenza di talune delle violazioni di legge contestate.

[1] Provvedimento n. 16 registro ordinanze del 14 settembre 2023.

In diritto, i ricorrenti censurano, fra l'altro, l'omessa applicazione dell'art. 7 legge 7 agosto 1990, n. 241 e l'eccesso di potere per difetto di istruttoria [2]; il Comune resistente, costituitosi in giudizio, contrasta le tesi rappresentate dalla parte ricorrente, evidenziando come il proprio intervento abbia fatto seguito ad una nota della Procura della Repubblica di Bari datata 13 giugno 2023 con cui, all'esito di una sentenza emessa dalla Corte di appello di Bari, proprio al predetto ente pubblico era stato intimato di provvedere a quanto di competenza.

In particolare, la nota su cui si fonda il nuovo ordine amministrativo di demolizione e ripristino adottato dal Comune originava dalle motivazioni di una sentenza della Corte di appello di Bari, che ha dichiarato il non doversi procedere nei confronti degli imputati per intervenuta prescrizione[3]; tale provvedimento giudiziario, a sua volta, riformava la precedente sentenza del Tribunale di Bari, quest'ultima pienamente assolutoria dalle responsabilità ascritte agli imputati nel primo grado del giudizio penale[4].

Peraltro, l'ordine di confisca contenuto nella menzionata sentenza della Corte di appello è stato successivamente annullato dalla Cassazione, che ha applicato la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo[5].

Com'è notto, infatti, nella giurisprudenza della Cedu è stata ritenuta sussistente la violazione dell'art. 7 Cedu e dell'art. 1 del Prot. n. 1 nei casi in cui la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e degli immobili realizzati sugli stessi sia stata ordinata dal giudice penale con la sentenza di proscioglimento per estinzione del reato dovuta a prescrizione[6]. Inoltre, nel caso di assoluzione dal reato di lottizzazione abusiva motivata da errore di diritto inevitabile o scusabile, la confisca *ex* art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 dei terreni abusivamente lottizzati e degli immobili ivi abusivamente costruiti è stata ritenuta in contrasto con l'art. 7 della Cedu e l'art. 1, Prot. n. 1 in quanto trattasi di sanzione penale non chiaramente prevista dalla legge, oltre che sproporzionata rispetto allo scopo perseguito della tutela ambientale[7].

3. La decisione dei giudici amministrativi.

Dopo aver fatto cenno alla sopra menzionata giurisprudenza sovranazionale, i giudici amministrativi accolgono il ricorso ritenendolo fondato nei termini che seguono.

Come anticipato, con la prima censura i ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241 in quanto, all'esito della complessa vicenda penale, il Comune ha rieditato l'ordine di demolizio-

[2] Gli ulteriori motivi su cui si fonda il ricorso sono i seguenti: violazione/elusione giudicato di cui agli artt. 2909 c.c. e 324 c.p.c.; la violazione/elusione giudicato (efficacia riflessa); la nullità del provvedimento; la mancata applicazione dell'art. 654 c.p.c.; la violazione del divieto del ne bis in idem, ossia la violazione o falsa applicazione dell'art. 4, protocollo n. 7, della Cedu e dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione; la violazione o falsa applicazione degli artt. 36, 44 e 31 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380; l'eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto e per travisamento dei fatti; lo sviamento di potere e l'illogicità.

[3] CDA Bari, sez. II pen., sent. del 22 settembre 2014.

[4] Trib. Bari, sez. di Altamura, sent. del 13 luglio 2009.

[5] Cass. pen., sez. IV, 11 aprile 2018, n. 16106.

[6] Cfr. in tal senso Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 29 ottobre 2013, n. 17475.

[7] Sul punto, v. Corte europea dei diritti dell'Uomo, sez. II, 20 gennaio 2009, n. 75909.

ne obliterando totalmente l'inoltro dell'avviso di cui all'art. 7 della legge del 7 agosto 1990, n. 241 secondo il quale: "*Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato […] ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenirvi […]*".

Ed in effetti, il provvedimento impugnato riepiloga le caratteristiche della costruzione, senza tuttavia dare atto né dello svolgimento di nuovi approfondimenti istruttori, eventualmente anche tecnici, né di aver garantito ai soggetti ingiunti la partecipazione al procedimento.

Sul punto, i giudici riconoscono la sussistenza di un orientamento giurisprudenziale in base al quale, nei casi in cui si tratti di contrastare abusi edilizi o rigettare c.d. condoni edilizi, tale avviso non avrebbe carattere indefettibile; tuttavia, quella stessa giurisprudenza riconosce che nei casi in cui la fattispecie concreta richieda particolare approfondimento[8], non vi siano ragioni di alcuna urgenza e la repressione dell'illecito edilizio non sia del tutto indefettibile, l'amministrazione è tenuta a dar corso alle doverose comunicazioni partecipative, al fine di assicurare i principi della fattiva collaborazione e buona fede, sanciti dall'art. 1, co. 2-*bis* della legge n. 241 del 1990 secondo cui "*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai princìpi della collaborazione e della buona fede*"[9].

Non solo, secondo l'organo giudicante, un simile approccio prescinde dalla natura vincolata o discrezionale del provvedimento, in ossequio al più recente indirizzo giurisprudenziale secondo cui: "*Il confronto procedimentale con l'interessato è necessario e imprescindibile, agli effetti della legittimità del provvedimento, anche nelle ipotesi di provvedimenti vincolati, allorquando l'apporto partecipativo sia utile per giungere ad un accertamento dei presupposti di fatto del provvedimento stesso che richieda un'istruttoria specifica. La natura vincolata del provvedimento amministrativo non vale ad esimere dall'osservanza delle garanzie partecipative, a partire proprio dalla comunicazione di avvio del procedimento, se si verte in situazioni peculiari e giuridicamente complesse. Pertanto, l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento opera anche nell'ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato, atteso che la pretesa partecipativa del privato riguarda anche l'accertamento e la valutazione dei presupposti sui quali si deve comunque fondare la determinazione amministrativa*"[10].

Successivamente, i giudici si soffermano sul fenomeno del c.d. "*non finito architettonico*", ossia sulle varie forme di mancato completamento di costruzioni o di complessi edilizi che siano comunque dotate dei requisiti strutturali di autonomia funzionale, rispetto alle quali la più recente giurisprudenza ammnistrativa ha evidenziato come siffatte costruzioni siano suscettibili di autonoma considerazione.

Infatti, "*qualora il permesso di costruire abbia previsto la realizzazione di una pluralità di costruzioni funzionalmente autonome (ad esempio villette) che siano rispon-*

[8] In tal senso, cfr., *ex multis,* Cons. St., sez. VI, 1° giugno 2023, n. 5433, Cons. St., sez. VI, 7 maggio 2018, n. 2708.

[9] In questi termini, v. Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2023, n. 483.

[10] Così Cons. St., sez. III, 7 novembre 2024, n. 8908; in senso conforme, v. anche Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2024, n. 3710; sez. III, 14 settembre 2021, n. 6288; sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6235.

denti al permesso di costruire considerando il titolo edificatorio in modo frazionato, gli immobili edificati […] devono intendersi supportati da un titolo idoneo, anche se i manufatti realizzati non siano totalmente completati, ma – in quanto caratterizzati da tutti gli elementi costitutivi ed essenziali – necessitino solo di opere minori che non richiedono il rilascio di un nuovo permesso di costruire". Inoltre, per quanto qui d'interesse, "*qualora […] le opere incomplete, ma funzionalmente autonome, presentino difformità non qualificabili come gravi, l'Amministrazione potrà adottare la sanzione recata dall'art. 34 del T.U.*"; infine "*è fatta salva la possibilità per la parte interessata, ove ne sussistano tutti i presupposti, di ottenere un titolo che consenta di conservare l'esistente e di chiedere l'accertamento di conformità ex art. 36 del T.U. nel caso di opere "minori" (quanto a perimetro, volumi, altezze) rispetto a quelle assentite, in modo da dotare il manufatto – di per sé funzionale e fruibile – di un titolo idoneo, quanto alla sua regolarità urbanistica*"[11].

A ciò si aggiunga inoltre che il recente decreto-legge 29 maggio 2024, n. 69[12] ha in più punti modificato il d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 ampliando, in presenza di tassativi presupposti e previa domanda di parte, le fattispecie di sanatoria delle difformità edilizie, al contempo meglio specificando le c.d. tolleranze costruttive.

Ne deriva allora che, in considerazione della particolare difformità di volta in volta riscontrata, deve essere riconosciuto, in un'ottica di semplificazione dell'azione amministrativa, un adeguato *spatium deliberandi* al proprietario del bene immobile, al fine di consentirgli di assumere una ponderata posizione, in particolare laddove costui non risulti l'autore delle difformità, avendo conseguito il manufatto già con difformità edilizie a titolo derivativo.

In quest'ottica, allora, un importante spazio può essere assicurato proprio mediante l'istituto dell'avviso di inizio del procedimento di cui all'art. 7 della legge n. 241 del 1990, soprattutto nei casi di iniziativa *ex officio*.

Per giustificare tale assunto, i giudici ricordano che la finalità cui è preordinata la partecipazione al procedimento, specie nei casi di adozione di atto amministrativo sfavorevole, è quella di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa, principio generale dell'azione amministrativa. In tale contesto, la ragione per cui è prevista la partecipazione al procedimento da parte del destinatario del provvedimento è duplice: da un lato, possiede una finalità difensiva, atta a consentire un proficuo contraddittorio già in sede procedimentale; dall'altro, integra una finalità collaborativa, utile anche per la stessa amministrazione, la quale può formare il provvedimento finale adattandolo al meglio al caso concreto.

Non solo, la giurisprudenza ha recentemente sottolineato la rilevanza del principio del contraddittorio nel corso di tutto il procedimento, in quanto la regola da applicare si innesta sempre su una situazione fattuale, la quale deve essere a sua volta accertata[13].

A tal fine, a nulla rileva la circostanza che in una eventuale sede giurisdizionale tale accertamento possa essere replicato o integrato: trattasi di una circostanza che non potrebbe in alcun modo giustificare una istruttoria procedimentale carente ovvero

[11] Cons. St., Ad. plen., 30 luglio 2024, n. 14.

[12] Convertito con modifiche dalla legge 24 luglio 2024, n. 105 (c.d. decreto salva-casa).

[13] Sul punto, si rinvia a Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2023, n. 483.

celebrata in violazione del contraddittorio, pena l'alterazione di potestà pubbliche *ex lege* stabilite e la funzione stessa del giudice amministrativo e del processo, ai quali verrebbe assegnato un ruolo almeno parzialmente sostitutivo, ossia succedaneo, rispetto a quello assegnato all'amministrazione e al procedimento amministrativo. In altri termini, la sede deputata a vagliare *funditus* la situazione allo stato esistente è proprio quella del procedimento amministrativo.

Passando alla specifica materia oggetto della controversia, il principio tramandatosi in giurisprudenza secondo cui l'attività di repressione degli abusi edilizi mediante l'ordinanza di demolizione, avendo natura vincolata, non necessita della previa comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati in quanto la partecipazione al procedimento non potrebbe determinare alcun esito diverso, riceve dunque un importante correttivo nei casi di abuso per parziale difformità del titolo edilizio ovvero per variazione essenziale, laddove fosse controversa e controvertibile in punto di fatto e/o di diritto l'entità della stessa variazione e fosse pertanto necessario condurre un apposito accertamento specifico nella sede amministrativa[14].

Un simile dialogo nel procedimento è inoltre funzionale ad ottimizzare la comprensione stessa dei fatti e del diritto da applicarsi nel processo, senza debordare in inutili misure repressive nei confronti dei soggetti ingiunti e senza compromettere il canone della proporzionalità.

Ebbene, nel caso posto al vaglio dei giudici, gli elementi della fattispecie concreta[15] impongono un maggiore approfondimento istruttorio ed un apporto motivazionale da parte dell'amministrazione comunale e, soprattutto, l'inoltro del prescritto *ex lege* "avviso di inizio del procedimento" a tutti i soggetti legittimati, anche per come mutati nel tempo, considerata la natura personale della comunicazione di avvio del procedimento[16]. E tanto al fine, da un lato, di evitare l'emanazione di provvedimenti che non possano trovare alcuna fattiva applicazione e, dall'altro, di determinare consolidamenti di costruzioni non recuperabili e/o non abbattute e quindi di ruderi, che finiscano sì per compromettere in concreto il paesaggio o l'ambiente. Infine, la partecipazione al procedimento consente altresì ai soggetti interessati di vagliare la proficuità di far ricorso ai rimedi di sanatoria, che il t. u. edilizia ha previsto e pone a loro disposizione, laddove ne dovessero sussistere i presupposti *de facto et de iure*.

Da ultimo, i giudici ricordano che in materia opera il principio di cui all'art. 1, Protocollo n. 1, Cedu, sul diritto al rispetto dei beni di proprietà privata, il quale impone ai singoli Stati contraenti, le cui legislazioni prevedano sanzioni gravanti sui predetti beni, la necessità di modulare l'obbligatorietà dell'inflizione della misura punitiva, in modo proporzionato, ossia attagliato al caso concreto e tale da renderla non smisurata o eccessivamente invasiva[17].

---

[14] In questo senso v. Cons. St., sez. VI, 1° giugno 2023, n. 5433.

[15] Nello specifico, dai documenti depositati nel corso del processo erano emerse le seguenti circostanze: alcune demolizioni erano state operate mentre altre apparivano insufficienti; il bene non era stato confiscato; non sembra essere stata accertata la violazione di prescrizioni di tutela paesaggistica e ambientale; l'immobile versava in condizioni *de facto* e oggetto di proprietà di società cessate e/o "fallite" da molto tempo; apparivano residuare violazioni edilizie relative ai sotto-tetti, alla variazione dei prospetti e delle disposizioni interne e altre piccole variazioni, a suo tempo realizzate in difformità del titolo edilizio rilasciato e non già in radicale assenza dello stesso.

[16] V. artt. 7, 8 e 10 della legge n. 241 del 1990.

[17] Così Corte europea diritti dell'Uomo, Grande camera, 28 giugno 2018, n. 1828; inoltre, cfr. Corte europea diritti dell'Uomo, sez. II, sentenze 10 maggio 2012, 20 gennaio 2009 e 30 agosto 2007, Sud Fondi s.r.l. e a.

Sulla scorta delle sopra esposte argomentazioni, i giudici accolgono dunque il ricorso limitatamente alla detta violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990 e al censurato vizio di eccesso di potere per difetto d'istruttoria.

4. Il contraddittorio nel procedimento amministrativo: la rilevanza ondivaga dei vizi procedimentali nell'ordinamento.

Com'è noto, la legge n. 241 del 1990 stabilisce in via generale la necessità della partecipazione al procedimento amministrativo dei soggetti portatori di interessi pubblici o privati nonché di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, ai quali possa derivare un pregiudizio dal provvedimento finale, al contempo dettandone la disciplina di riferimento.

Il punto di partenza è il riconoscimento della duplice funzione, difensiva e collaborativa, dell'istituto *de quo*: per quanto attiene al primo profilo, al privato è riconosciuta la facoltà di rappresentare nel procedimento amministrativo i medesimi interessi che potrebbe far valere in sede giudiziaria, così anticipando in sede procedimentale il contraddittorio che altrimenti si avrebbe solo in fase processuale e con inevitabili effetti positivi in termini di deflazione del contenzioso; per quanto attiene al secondo profilo, l'apporto fornito dal privato possiede carattere di utilità per il procedimento, nella misura in cui consente di veicolare dati ed informazioni utili per l'istruttoria amministrativa, la quale viene arricchita e resa più articolata, così consentendo una migliore ponderazione degli interessi coinvolti.

La duplice finalità, in altri termini, consente di far emergere gli interessi sia pubblici sia privati sottesi all'esercizio del potere, in modo tale da orientare le scelte dalla p.a. attraverso la ponderazione di tutti gli interessi in gioco, anche nell'ottica del principio di buon andamento ed imparzialità della p.a. sancito dall'art. 97 Cost. e di cui l'istituto rappresenta una importante manifestazione.

In questo quadro, uno strumento indispensabile per attivare la partecipazione al procedimento è rappresentato dalla comunicazione di avvio del procedimento la quale, affinché realizzi le due indicate funzioni, deve essere effettuata prima o, al più, contemporaneamente, all'inizio dell'istruttoria, e comunque entro un termine congruo che consenta al privato la partecipazione alla fase procedimentale[18].

Già all'indomani dell'introduzione della legge n. 241 del 1990, erano state tuttavia individuata talune eccezioni all'obbligo di comunicazione, tanto in via legislativa quanto in via giurisprudenziale.

Per quanto qui d'interesse, un indirizzo giurisprudenziale escludeva la necessità della comunicazione di avvio del procedimento in qui casi in cui, anche laddove fosse stata ritualmente effettuata, la comunicazione non avrebbe inciso sull'iter procedimentale. Tale situazione, all'evidenza, si verificava nei casi di atti vincolati, relativamente ai quali le informazioni e i dati sui quali l'Amministra-

[18] M.A. Sandulli, *La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza (spunti dai recenti progetti di riforma)*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2004, 5, 1595; S. Civitarese Matteucci, *La comunicazione di avvio del procedimento dopo la l. n. 15 del 2005. Potenziata nel procedimento, dequotata nel processo,* in *Foro amm.-C.d.S.*, 2005, 6, 1969; C. pagliaroli, I *destinatari della comunicazione di avvio del procedimento: la figura del proprietario di immobile confinante*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia,* fasc. 3, 1 Giugno 2020, 229.

zione è chiamata a pronunciarsi non potrebbero essere in alcun modo arricchiti ed implementati dall'apporto del privato. In questi casi, la partecipazione procedimentale del destinatario del provvedimento appariva infatti priva di qualsiasi utilità per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dedotte dal ricorrente[19].

Tale indirizzo giurisprudenziale, all'indomani delle modifiche introdotte dalla legge n. 15 del 2005, fu recepito a livello legislativo mediante l'introduzione dell'art. 21-*octies* il quale, al secondo comma, – e salvo l'aggiunta dell'ultimo periodo avvenuta per opera della successiva legge n. 120 del 2020[20] – sancisce che "*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. 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*"[21].

La disposizione *de qua,* infatti, non solo ha consacrato l'orientamento giurisprudenziale dei cd. vizi "*non invalidanti*" cui si faceva prima riferimento, dando così uno statuto legislativo alle violazioni formali che non danno luogo ad annullabilità, ma ne ha anche ampliato la portata applicativa nella parte in cui, proprio con riferimento alla mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, sembra escludere l'invalidità del provvedimento in tutti quei casi in cui l'amministrazione dimostri che il contenuto non avrebbe potuto essere diverso, e ciò a prescindere dalla natura vincolata o discrezionale del potere esercitato e dal carattere palese del provvedimento finale.

In quest'ottica, sembra ripercorrere l'esperienza tedesca della cd. soggettivizzazione delle garanzie procedimentale, vale a dire l'idea che queste non valgono di per sé ma solo laddove influiscano, in concreto, sulla sostanza degli interessi fatti valere dal cittadino[22].

La norma possiede profili di notevole importanza sistematica; al di là della distinzione in due periodi, emerge infatti un dato comune: il provvedimento non è annullabile perché in entrambi i casi il vizio procedimentale o formale è sato ininfluente sul contenuto sostanziale o dispositivo del provvedimento, il quale, comunque, non avrebbe potuto esser diverso, sia pure con un differente onere probatorio posto in capo alla p.a.

Trattasi, all'evidenza, di una norma che, da un lato, testimonia il passaggio dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto in

[19] Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5271.

[20] "*La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis*".

[21] Per un commento alla novella, si rinvia a G. Tropea - F. Saitta, *L'articolo 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 approda alla Consulta: riflessioni su un (opinabile) giudizio di (non) rilevanza*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010; G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 4, 1 dicembre 2017; S. Vaccari, *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo,* in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, 1 giugno 2019, 481; G. Mannucci, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del Diritto Europeo*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 2, 1 giugno 2017, 259.

[22] Si tratta, peraltro, di una prospettiva oggetto di numerose critiche già in relazione al sistema tedesco a causa della sua aperta incompatibilità con la CEDU. Sul punto, cfr. M. Kunnecke, *Procedural errors in the Adminstrative procedure*, in *Tradition and change in Administrative Law: an Anglo-German Comparison,* 2007, 137-172.

quanto, di fronte ad un provvedimento che è illegittimo, ne esclude l'annullabilità all'esito di un giudizio che tenga conto dell'intero rapporto tra le parti; dall'altro, testimonia la tendenza alla dequotazione del procedimento amministrativo e dell'interesse procedimentale.

Procedimento ed interesse procedimentale, infatti, hanno nel tempo attraversato alterne vicende, con un andamento quasi ondulatorio: prima della legge n. 241 del 1990, si riteneva che la carenza procedimentale fosse solo un indizio, un possibile sintomo del vizio di eccesso di potere; con la legge n. 241 del 1990, gli indizi dell'eccesso di potere vennero elevati ad autonome figure di violazione di legge (cd. fase di quotazione); da ultimo, da circa 15 anni a questa parte, la giurisprudenza ha iniziato ad ammettere sempre più di frequente varie forme di sanatorie così, di fatto, riportando a livello di indizio/sintomo di violazione di legge le carenze procedimentali (cd. fase di dequotazione).

E tanto in controtendenza rispetto a quello che accede invece a livello sovranazionale, dove si registra una riespansione del procedimento, in quanto le fonti sovranazionali impongono il recepimento, quanto meno in alcuni procedimenti dotati di rilievo sostanzialmente penale, di determinate garanzie afferenti alla fase più strettamente processuale.

5. La partecipazione del privato come strumento che attua il cd. "giusto procedimento".

Ebbene, la sentenza in commento interviene su questo stato dell'arte, inserendosi nel solco del più recente filone interpretativo volto ad implementare, nuovamente, il riconoscimento e l'effettività del contraddittorio nella fase procedimentale.

L'innovazione risiede nella rivalutazione della partecipazione del privato, che assume connotati di necessità e rilevanza anche laddove vengano in rilevo provvedimenti a carattere vincolato, e ciò in quanto, l'apporto da costui fornito consente di giungere ad una più attenta e consapevole valutazione dei presupposti di fatto e di diritto su cui il provvedimento stesso si fonda[23].

In tale prospettiva, una delle argomentazioni utilizzate dall'organo giudicane è quella secondo cui l'istruttoria procedimentale, in quanto dotata di un ruolo cruciale, possiede una autonoma identità rispetto a quella eventualmente replicabile in fase processuale la quale, dal canto suo, rischierebbe di essere snaturata della propria funzione ove fosse piegata a sopperire eventuali carenze riconducibili alla fase precedente, finendo per esercitare un ruolo succedaneo a quello assegnato all'amministrazione.

Trattasi di un passaggio motivazionale da salutare con particolare favore, nella misura in cui lascia sottendere una sorta di anticipazione, già in fase procedimentale, di garanzie afferenti alla fase più strettamente processuale. E tanto in ossequio a quell'orientamento di derivazione sovranazionale cui si faceva cenno in chiusura del precedente paragrafo e che ha trovato un autorevole avallo anche in ambito interno, tanto

[23] In tal senso, del resto, si era già espresso Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2024, n. 3710 nonché Cons. Stato, sez. III, 7 novembre 2024, n. 8908, entrambe richiamate dalla pronuncia in esame. Per un commento alla seconda delle sentenze menzionate, si rinvia a I. Genuessi, *Decisione vincolata e garanzie procedimentali. Riflessioni sul rapporto tra garanzie partecipative e natura vincolata del provvedimento amministrativo impugnato (nota a Cons. Stato, sez. III, 7 novembre 2024, n. 8908)*, in *questa rivista*, 14 marzo 2025.

da aver indotto taluni a parlare di "giusto procedimento".

L'espressione, infatti, non è nuova nel panorama giuridico nazionale, rinvenendosi delle prime enunciazioni in alcuni autori che consideravano il procedimento come il luogo in cui gli interessati dovessero essere posti «*in grado di far valere le proprie ragioni e di esperire gli opportuni rimedi*»[24].

Il tema però è ben più complesso, intersecando la questione di teoria generale concernente i rapporti tra procedimento e processo[25]. In questa sede, è sufficiente ricordare che, secondo i teorici generali del processo, quest'ultimo non è altro che una *species* del più ampio *genus* procedimento. Il tratto distintivo del processo sarebbe rappresentato non tanto dall'*an* della partecipazione quanto piuttosto dal *quomodo:* affinché si abbia processo non sarebbe sufficiente la partecipazione dei soggetti nella forma dell'audizione e/o della contestazione, occorrendo semmai il contraddittorio, vale a dire la struttura dialettica del procedimento nella simmetrica parità delle posizioni.

Questa concezione del contraddittorio, però, lungi dall'essere prerogativa esclusiva del processo si presta ad essere elevata a categoria generale, applicabile anche all'attività della p.a., la quale pure è chiamata a tenere conto degli interessi potenzialmente confliggenti[26]; alcuni autori hanno parlato, a tal proposito, di "diffusione del processo" a tutte le branche dell'ordinamento[27].

Nella medesima direzione, altra dottrina ha precisato che procedimento e processo, pur rappresentando le forme "tipiche" di estrinsecazione rispettivamente della funzione amministrativa e di quella giurisdizionale, non sono per ciò solo irrinunciabili. Queste ultime, infatti, rappresentano per il diritto un mero strumento, sicché nulla osta acché anche l'amministrazione attiva venga esercitata nelle forme del processo[28].

Secondo i sostenitori di questa tesi, una conferma in tal senso si ricaverebbe anche dalla Carta Costituzionale nel suo complesso, in quanto il costituente avrebbe accolto una concezione di complementarietà ed integrazione tra procedimento e processo, il cui connotato essenziale risulta rappresentato dalla conformazione dell'amministrazione «*secondo fini di giustizia e metodi di giustizia*», circostanza questa che implica proprio una processualizzazione dei metodi di azione della p.a.[29].

Non solo, una *ratio* così garantista ha imposto l'individuazione di una precisa co-

[24] Così V. Crisafulli, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.,* 1962, 130-131.

[25] Per una disamina più approfondita della questione, si rinvia a E. Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo,* Milano, 1957, 105 ss.; Id., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 861 ss.; Id., *Processo (Teoria generale)*, in *Nss D.I.*, vol. XIII, 1966, 1067 ss.; Id., *Istituzioni di diritto processuale,* Padova, 1983, p. 57 ss.; Id., *Procedimento e processo (Teoria generale),* in *Enc. dir.,* vol. XXXV, Milano, 1986, 819 ss.; Id., *Capograssi e la realtà del processo*, in Aa.Vv., *L'individuo, lo stato, la storia. Giuseppe Capograssi nella storia religiosa e letteraria del Novecento*, a cura di F. Mercadante, Milano, 1990; Id., *Valori permanenti del processo,* in *Riv. dir. proc.,* 1989, 1 ss.

[26] In questo senso v. L. P. Comoglio, *Contraddittorio (Principio del) – I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 1988, 12.

[27] In questi termini si esprimeva ad es. E. Fazzalari, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 866-7.

[28] Così F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 137 ss.; M. S. Giannini, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 112.

[29] Il riferimento in questo caso non può che essere a M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica Amministrazione (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. proc. civ.*, 1980, 252 ss., il quale aveva realizzato un'opera di sistematizzazione dei rapporti intercorsi nelle varie epoche storiche tra procedimento e processo.

pertura costituzionale; l'*iter*, tuttavia, non è stato agevole.

In una prima fase, infatti, la Consulta non riconobbe la valenza costituzionale del "giusto procedimento" ritenendolo un principio dell'ordinamento giuridico dello Stato, vincolante, in quanto tale, per il solo legislatore regionale[30].

Una svolta importante è rappresentata dalla l. n. 241 del 1990, da più parti indicata come legge introduttiva del principio del giusto procedimento: tramite la codificazione di una serie di istituti che riecheggiavano i cd. *substantialia processus*[31], la normativa *de qua* ha infatti determinato l'esportazione degli elementi essenziali del processo anche all'attività amministrativa[32]. Per molto tempo, tale normativa di rango primario ha sopperito alla mancata costituzionalizzazione del principio stesso.

Un'ulteriore tappa è stata poi segnata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 che, nell'ambito dei principi generali dell'attività amministrativa, ha rinviato ai «*principi dell'ordinamento europeo*» tra i quali rileva, per quanto qui d'interesse, l'art. 41 della Carta di Nizza in materia di diritto ad una buona amministrazione.

Proprio quest'ultima disposizione ha consentito alla Consulta di ricondurre il giusto procedimento al principio di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa[33]. In siffatto contesto, dunque,

---

[30] Cfr. ad es. Corte Cost., sent. 23 febbraio 1962, n. 13; Id., sent. 6 luglio 1965, n. 59. In argomento, cfr. A.M. Sandulli, *Il procedimento*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, p. gen., tomo II, Milano, 2003, 1035 ss.; M.C. Cavallaro, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.,* 2001, 1829 ss.; M. Cocconi, *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni,* in *Le regioni*, 2010, 1023.

[31] Sui *substantialia processus* v. A. Panzarola, *Alla ricerca dei* substantialia processus, in *Rivista di diritto processuale*, 2015, vol. 70, fasc. 3, 680-696.

[32] Si pensi agli istituti della motivazione, del termine del procedimento, della comunicazione di avvio, della partecipazione mediante audizione e presentazione di documenti e memorie; ancora, sempre in quest'ottica, particolarmente significativo è il preavviso di rigetto *ex* art. 10 *bis* che sembrerebbe trasporre nel procedimento amministrativo l'istituto dell'informazione di garanzia tipica del procedimento penale, così finendo per codificare il diritto di difesa tra le garanzie del procedimento amministrativo. Per un maggiore approfondimento sulle tematiche indicate, si rinvia a G. Berti, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996; F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996; F. Trimarchi, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc.* amm., 2000, 627; R. Ferrara, *Procedimento amministrativo e partecipazione: appunti preliminari,* in *Foro it.*, 2000, III, 28; Id., *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 2, 1 giugno 2017; M.R. Spasiano, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 283; M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm,* n. 1/2004, 70 ss.; Id, *Un'applicazione delle norme sul procedimento nel segno di maggiori garanzie per il cittadino*, in *Guida al diritto*, n. 7; M.A. Sandulli, *La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza,* in *Foro amm.*, fasc. 5, 2004, 1595; G. Morbidelli - A. Clarizia, *La riforma della legge 241 del 1990 (editoriale)*, in *www.giustamm.it*; E. Frediani, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al «preavviso di rigetto»*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2005, 1003; F. Satta, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo,* in *Dir. amm.*, 2010; per una ricostruzione più aggiornata, si rinvia a M.A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023.

[33] Si allude a Corte Cost., sent. 23 marzo 2007 n. 103, afferente ad una controversia in materia di *spoil system* in cui la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittime le disposizioni che prevedevano la decadenza automatica degli incarichi di direzione generale alla scadenza del mandato dell'organo politico, evento estraneo alle vicende del rapporto stesso. Secondo la Consulta, tale prassi generava una duplice violazione dell'art. 97 Cost.: da un lato, sotto l'aspetto dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa, atteso che la rimozione del dirigente non si fondava sulla valutazione oggettiva delle qualità e delle capacità professionali dimostrate; dall'altro, sotto il profilo della violazione del principio del giusto procedimento, in quanto al destinatario non venivano garantiti il contraddittorio con l'ente e la possibilità di conoscere la motivazione del provvedimento. Sulla tematica, si rinvia a P. Lombardi, *Il provvedimento di nomina del direttore generale di azienda sanitaria tra interesse a ricorrere delle associazioni di categoria, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione,* in *Sanità pubb. e priv.*, 2010, 75 ss.; F. Castiello, *Il principio del giusto procedimento. Dalla sentenza n. 13/1962 alla sentenza n. 104/2007 della Corte costituzionale*, in *Foro amm.-CdS*, 2008, 278; L. Buffoni, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quad. cost.*, 2009, 281 ss.

il giusto procedimento viene riconosciuto come principio costituzionale, posto a tutela dei cittadini e delle loro libertà, al fine assicurare equilibrio e parità tra le parti del procedimento.

In questo senso, non ci sarebbe alcuna incompatibilità tra giusto procedimento e pieno raggiungimento dell'interesse pubblico. Al contrario, quest'ultimo potrebbe trovare giovamento dall'apporto collaborativo del cittadino il quale, ben potrebbe con la propria attività, aiutare l'amministrazione a decidere.

Del resto, come acutamente osservato da parte della dottrina, posto che l'art. 6 CEDU non garantisce un risultato finale ma un giusto procedimento-processo, le garanzie procedimentali, per quanto aiutino il cittadino a difendere i propri interessi a fronte del potere, lasciano comunque inalterata la facoltà dell'amministrazione di decidere la soluzione più coerente con il pubblico interesse, seppure dialetticamente ricostruito[34].

Maria Baldari

[34] Così M. Allena, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2012, 569.

6. Procedere senza provvedere? Il silenzio amministrativo tra legalità, discrezionalità e organizzazione

Sommario: 1. Il caso in commento. – **2.** I contorni giurisprudenziali del dovere di procedere: istanze di parte e doverosità dell'azione amministrativa. – **3.** Provvedimenti generali di pianificazione e programmazione e dovere di procedere dell'amministrazione. – **4.** Considerazioni sul caso deciso e notazioni conclusive.

1. Il caso in commento[1].

Con ricorso avverso il silenzio i ricorrenti chiedevano la condanna del Comune a pronunciarsi con provvedimento espresso sull'istanza da questi avanzata per sollecitare l'avvio del procedimento di imposizione del vincolo preordinato all'esproprio o di imposizione della servitù pubblica a carico di uno dei fondi ricadenti su una determinata e circoscritta area al fine di realizzare una strada di accesso al mare o di vincolare all'uso pubblico altra strada di proprietà privata già esistente ed idonea all'uso.

Il Comune, tuttavia, chiedeva il rigetto del ricorso osservando che a distanza di poco più di un mese dalla presentazione dell'istanza il Dipartimento dei servizi territoriali ed urbanistici aveva esitato una nota, inviata ai soli uffici interni, con la quale specificava che non vi era alcun atto che "istituisse" l'interesse pubblico, evidentemente prodromico all'avvio del procedimento espropriativo, e che in tal senso non era pervenuta alcuna indicazione dall'organo di indirizzo politico. Pertanto l'ufficio riteneva di non poter dar seguito di propria iniziativa a tutte le attività necessarie ad evadere l'istanza che avrebbe potuto trovare positiva soddisfazione solo dopo che fosse stato adottato un atto in variante allo strumento urbanistico. Concludeva, quindi, l'amministrazione che, persistendo la mancanza di un atto di indirizzo politico, la scelta in merito all'avvio del procedimento non fosse coercibile.

Il Tribunale Amministrativo Regionale assunta la causa in decisione condannava l'amministrazione ad esitare l'istanza avanzata dai ricorrenti, ritenendo "*indispensabile che il competente organo dell'Amministrazione si esprima compiutamente sulla richiesta dei ricorrenti*".

In particolare, il giudice investito della questione, assunta l'applicabilità alla specie dell'art. 2 l. n. 241/90 anche agli atti amministrativi generali, di pianificazione e programmatoria, dichiarava la natura sostanzialmente soprassessoria della nota del Dipartimento dei servizi territoriali ed urbanistici ed affermava l'obbligo dell'ufficio di investire dell'istanza l'organo competente "*a deliberare in merito all'avvio della procedura*" atteso che "*non appaino immedia-*

[1] Commento alla sentenza del TAR Catania n. 19 del 9.1.2023.

tamente comprensibili le concrete difficoltà che impedirebbero al Consiglio Comunale di esprimersi sulla richiesta".

Il Tar, quindi, dopo aver ribadito l'intangibilità della valutazione discrezionale riservata all'organo titolare dell'indirizzo politico-amministrativo, per un verso affermava che la decisione "*di adottare o non adottare una variante allo strumento urbanistico non costituisce affatto atto politico ma un provvedimento amministrativo*" per altro verso ribadiva come, ai sensi dell'art. 2 l. n. 241/90, il Comune abbia l'obbligo di esitare le istanze dei privati anche ove queste siano considerate manifestamente infondate o irricevibili.

La pronuncia in commento sollecita alcune brevi riflessioni in ordine ai presupposti per l'esercizio dell'azione avverso il silenzio, ai limiti della sua ammissibilità anche alla luce dei più recenti approdi giurisprudenziali.

Si tratta di una decisione non del tutto "nuova" nell'attuale panorama giurisprudenziale essendo stato già ritenta in passato ammissibile l'azione avverso il silenzio maturato rispetto a provvedimenti di natura officiosa; cionondimeno, offre ulteriori spunti di riflessione proprio per il contesto normativo all'interno del quale si colloca ed agli argomenti con i quali il giudice ritiene doverosa la risposta dell'ente ed al contempo insufficiente ad "estinguere" l'obbligo di risposta dell'amministrazione la nota dell'ufficio.

Infatti, viene configurato un obbligo di pronunciarsi sull'istanza in capo al Consiglio Comunale sulla scorta della generale competenza di tale organo ad adottare le delibera avente ad oggetto la pianificazione territoriale ed urbanistica non già in una ipotesi nella quale, come sembra sia avvenuto in precedenti simili, la necessità di adottare l'atto emerge da un puntuale dato normativo, ma in una ipotesi nella quale non è rintracciabile alcun riferimento normativo che impone l'avvio del procedimento per l'adozione di una variante allo strumento urbanistico; quindi, in una di quelle ipotesi per le quali generalmente la stessa giurisprudenza tende ad escludere l'esperibilità del rimedio previsto dall'art. 117 c.p.a.

Nella buona sostanza, il Tar impone al competente organo amministrativo di pronunciarsi "compiutamente" sulla richiesta dei ricorrenti, implicitamente imponendo l'attivazione dell'*iter* procedimentale propedeutico alla decisione consapevole (quindi compiutamente istruita) da parte del Consiglio.

La pronuncia in commento sembra, dunque, potersi annoverare tra quelle che tracciano i contorni dell'obbligo di "procedere" più che di quello di provvedere, sollecitando le seguenti brevi riflessioni sui contorni del dovere dell'amministrazione di attivare il procedimento ufficioso.

2. I contorni giurisprudenziali del dovere di procedere: istanze di parte e doverosità dell'azione amministrativa.

Come noto, è possibile dedurre dall'art. 2 della L. 241/90 due distinti obblighi in capo all'amministrazione: avviare il procedimento e concluderlo con un provvedimento espresso.

Il primo di tali obblighi, quello di procedere, si concretizza quando l'avvio dell'azione amministrativa procedimentalizzata sia una conseguenza obbligatoria ad una istanza della parte o qualora il procedimento debba

essere iniziato d'ufficio[2]. Sempre più spesso, del resto, si registrano in giurisprudenza casi nei quali il ricorrente intende stimolare l'avvio dell'azione amministrativa mediante la proposizione di azioni giudiziali che hanno quale fine quello di ottenere l'attivazione di un procedimento da parte dell'amministrazione rimasta del tutto inoperosa.

Il dovere di procedere, come anche il dovere di provvedere, trova il proprio fondamento nel principio di legalità[3]. La legge individua il potere da esercitare quale strumento per la cura dell'interesse pubblico ed al contempo fissa le condizioni per il suo concreto esercizio[4]. Dalla legge nasce la doverosità dell'azione amministrativa, l'ente pubblico è istituto per perseguire un determinato fine, il che genera un obbligo in capo ad esso circa la persecuzione del predetto fine[5], in quanto i poteri attribuiti all'ente sono, appunto, preordinati alla cura doverosa dell'interesse pubblico, il che non consente (più) alcuna inerzia[6].

Tutte le volte in cui si verificano i presupposti o si manifestino in concreto le circostanze cui la legge ricollega la cura di un determinato interesse, l'esercizio del potere, a ben guardare, non è discrezionale. Ovvero: quando si verifica la corrispondenza tra la situazione delineata dalla norma in termini astratti nella realtà materiale in capo all'amministrazione sorge l'obbligo di procedere fermo ed impregiudicato restando l'esito del procedimento[7]. Al contempo, l'obbligo di procedere può essere desunto da un atto con il quale l'amministrazione si auto-vincola rispetto al futuro esercizio dei propri poteri individuando le condizioni al cui inveramento in concreto dovrà seguire l'avvio dell'azione procedimentale[8].

La considerazione che vede "procedere" e "provvedere" quali conseguenze dirette del principio di legalità in quanto obblighi che gravano sull'amministrazione *ex lege*, pertanto, fa sì che anche rispetto alle domande che l'amministrazione dovesse ravvisare come manifestamente inammissibili, irricevibili ed infondate, l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento in forma semplificata, introdotto nell'art. 2 L. 241/90, presuppone a monte l'esistenza di un obbligo di procedere sulla domanda. L'uso della forma semplificata del provvedimento non prescinde, quindi, dall'esistenza di un obbligo di procedere in capo all'amministrazione[9]: per tale ragione la giurisprudenza, anche dopo la modifica normativa di cui sopra, ha seguitato nel ritenere talune iniziative di parte non idonee a stimolare l'attivazione di un procedimento

[2] M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 244 ss.

[3] G. Corso, *Principio di legalità*, in Aa.Vv., *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2010, 3 ss.

[4] A. Police, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali,* in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 2, 359. S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, 2017, 19.

[5] A. Police, *Doverosità dell'azione amministrativa cit.,* 359.

[6] A. Cioffi, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione,* Milano, 2005; L. Bertonazzi, *Il giudizio sul silenzio*, in Sassani - Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 919.

[7] S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo cit.* 22.

[8] N. Posteraro, *Brevi note sull'obbligo di provvedere della p.a. alla luce del «nuovo» art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Foro Amm. TAR,* 2014, 1340. In questo senso cfr. TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 2 aprile 2008, n. 436; Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2005, n. 3909; TAR Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 1 aprile 2005, n. 2398.

[9] S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 22; N. Posteraro, *Brevi note*, cit., 1347. In questo senso anche Caponigro, *Il tempo come bene della vita,* in *www.giustizia-amminsitrativa.it*, il quale evidenza una lettura alternativa della previsione normativa per la quale l'atto in forma semplificata potrebbe e dovrebbe dare conto anche delle ragioni per le quali non vi è un obbligo di procedere, pur osservando che un simile atto di solito dovrebbe avere valenza "interna".

foss'anche destinato a concludersi con un provvedimento in forma semplificata[10].

La superiore circostanza si concretizza tanto quando l'amministrazione non debba in assoluto provvedere alla cura dell'interesse pubblico posto alla base della sollecitazione dell'istante, tanto quando sia rimessa all'amministrazione, ed è quindi officiosa, la scelta sulla modifica dello *status quo* rispetto alla cura di un determinato interesse pubblico (quest'ultimo, è il caso dei provvedimenti discrezionali nell'*an*[11]).

L'accertamento dell'obbligo di procedere rispetto a procedimenti officiosi è alla base di alcune pronunce con le quali il giudice amministrativo offre tutela avanzata ai cittadini che sollecitano l'apertura di procedimenti, in alcuni casi assai complessi, la cui attivazione sarebbe ordinariamente riservata all'amministrazione.

Nei procedimenti ad istanza di parte è la legge attributiva del potere che prescrive condizioni e modalità di presentazione dell'istanza e con esse l'avvio del procedimento[12]. Al contempo, in alcuni casi l'attività condotta dall'ufficio consente l'accertamento di fatti dai quali la norma fa discendere la necessità di aprire il procedimento per la tutela dell'interesse pubblico protetto in concreto dalla norma[13].

Più articolate sono le ipotesi che possono presentarsi qualora "l'istanza"[14] non rientri tra quelle tipizzate: in questi casi l'impulso privato assume i contorni di una "sollecitazione" dell'avvio del procedimento ufficioso e come tale non è ordinariamente idonea a stimolare l'attivazione del procedimento amministrativo, a meno che non sia possibile individuare in esse, o attraverso di esse, il fondamento per l'esercizio doveroso dell'iniziativa da parte dell'amministrazione, il che secondo una parte della dottrina avviene ogni qual volta in esse sia possibile scorgere la presenza di un interesse sostanziale riconosciuto e protetto dalla legge[15].

Sulla scorta di tali considerazioni è dunque ordinariamente escluso il dovere dell'amministrazione di provvedere sulle istanze che sollecitano i provvedimenti di secondo grado[16]. Rispetto all'adozione dei quali le nor-

[10] T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 06/10/2022, n.12686.

[11] M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi,* Milano, 1939. P. Otranto, *Silenzio e interesse pubblico nell'attività amministrativa,* Bari, 2018, 25 ss. La giurisprudenza fa ricorso al concetto di provvedimento discrezionale nell'*an* in tutti quei casi nei quali ritiene che nonostante l'esistenza di un potere in capo all'amministrazione questa non possa essere obbligata al suo esercizio. La natura officiosa e discrezionale nell'*an* del provvedimento sollecitato fa sì che rispetto all'esercizio di tale potere il privato possa avanzare mere sollecitazioni o segnalazioni "prive di valore giuridicamente cogente" (così Cons. St., sez. IV, 9 luglio 2020, n. 4405).

[12] S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo cit.,* 46 si osserva come nel caso delle istanze tipiche il richiedente è titolare di una posizione giuridica qualificata e differenziata riconosciuta tale dallo stesso ordinamento nel momento in cui contempla la presentazione di una determinata istanza al fine di attivare l'azione dell'amministrazione.

[13] Si pensi in tal senso alle attività ispettive dalle quali emerge l'accertamento di un fatto al quale la norma riconduce un dovere di provvedere da parte dell'amministrazione, attività quindi procedimentalizzate anch'esse sorrette dal principio di legalità e conclusesi con un provvedimento espresso al quale segue un obbligo in capo alla p.a. di attivarsi.

[14] M. Monteduro, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande* «inammissibili» *o* «manifestamente *infondate*», in *Dir. amm.*, 2010, 103 ss., il quale evidenzia la varietà del linguaggio giuridico utilizzato al fine di identificare le differenti tipologie di atti con i quali il privato attiva o sollecita l'attivazione dell'amministrazione con riferimento ad uno specifico provvedimento.

[15] A. Cioffi, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, cit., 139.

[16] La giurisprudenza ha nel tempo ribadito che "*l'amministrazione non ha l'obbligo di pronunciarsi in maniera esplicita su un istanza diretta a sollecitare l'esercizio del potere di autotutela ciò in quanto essa costituisce una "manifestazione tipica della discrezionalità amministrativa, di cui* è *titolare in via esclusiva l'amministrazione per la tutela dell'interesse pubblico e che il potere di autotutela* è *incoercibile dall'esterno attraverso l'istituto del silenzio - inadempimento ai sensi dell'art. 117 c.p.a.*" cfr. T.A.R. Trento, sez. I, 16/10/2020, n.175; T.A.R. Catania, (Sicilia)

me attributive del potere prescrivono in capo all'amministrazione un potere ampiamente discrezionale che investe anche l'*an* del provvedimento, essendo la scelta sull'attivazione del procedimento per la sua adozione frutto di una valutazione discendente dal bilanciamento di contrapposti interessi che esulano dal mero ripristino della legalità. Per converso, si evidenzia come la domanda rivolta all'amministrazione per ottenere il riesame di un provvedimento ormai divenuto inoppugnabile non è sorretto dall'esistenza di una idonea situazione giuridica soggettiva[17].

Oltre a difettare un obbligo specifico di attivare il procedimento nascente da una norma, non appare in questi casi possibile radicare un simile obbligo sui principi generali che reggono l'agire dell'amministrazione, come quelli di buon andamento ed imparzialità[18], poiché ad essere incisi sarebbero principi altrettanto fondamentali come quelli di certezza delle situazioni giuridiche ed inoppugnabilità degli atti amministrativi oltre il termine di decadenza[19].

Per converso, in nessun caso l'amministrazione può omettere di considerare una segnalazione che la renda edotta della sussistenza dei presupposti fattuali in presenza dei quali sarebbe chiamata ad attivare il procedimento officioso, pur tuttavia in questi casi la valutazione sulla attendibilità della segnalazione e sulla sussistenza dei presupposti fattuali individuati dalla norma è rimessa all'amministrazione in una fase destinata a verificare la ricorrenza dei presupposti per avviare il procedimento, ma che per ciò solo non può sottrarsi alle regole procedimentali[20]. In questi casi, ove i fatti riferiti nell'istanza dovessero rivelarsi confermati, ci troveremmo dinnanzi ad un provvedimento privo di discrezionalità nell'*an* e che per ciò solo imporrebbe una verifica procedimentalizzata da parte dell'amministrazione della sussistenza o meno dei presupposti per l'esercizio del potere denunciati dal privato o in ordine alla serietà della segnalazione. L'esigenza di non sottoporre l'amministrazione a sollecitazioni defatiganti dovrebbe comunque esaurirsi all'interno di procedimento doverosamente attivato che renda edotto il denunciante della sua conclusione.

Tale profilo che attiene agli obblighi incombenti in capo all'amministrazione non si accompagna però necessariamente alla sussistenza in capo al privato delle condizioni per azionare un giudizio per l'accertamento del predetto obbligo e la conseguente condanna dell'amministrazione. Il vaglio sulla sussistenza delle condizioni dell'azione svolge una funzione di filtro rispetto alla possibilità per il cittadino di coartare giudizialmente l'attività provvedimentale dell'amministrazione, almeno in sede giudiziale, non a caso la giurisprudenza più recente ha richiesto la sussistenza oltre che del requisito della legittimazione anche dell'ulteriore requisito dell'interesse correlato allo "specifico pregiudizio" derivante dall'intervento edilizio eseguito in contrasto con le norme urbanistiche e/o igienico sanitarie[21].

---

sez. III, 31/01/2023, n.307; Cons. di Stato, V, 4 maggio 2015, n. 2237; Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4309.

[17] M. Monteduro, *Sul processo come schema*, cit., 116. Cfr. di recente T.A.R. L'Aquila, (Abruzzo) sez. I, 08/02/2023, n.70, nella pronuncia si evidenzia il difetto della posizione soggettiva sostanziale in capo all'instante che richieda l'intervento in autotutela dell'amministrazione rispetto ad un provvedimento divenuto inoppugnabile, circoscrivendo l'ambito di applicazione del ricorso avverso il silenzio alle sole ipotesi di potere non ancora speso dall'amministrazione.

[18] *Cfr.* T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 28/10/2022, n. 13943.

[19] *Cfr.* Cons. St., sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318.

[20] L. De Lucia, *Denuncia qualificate e preistruttoria,* in *Dir. amm.,* 2002, 717 ss.; M. Monteduro, *Sul processo come schema*, cit., 112.

[21] *Cfr.* TAR Campania, VI, 10 gennaio 2022, n. 151, T.A.R. Campania sez. VI - Napoli, 21/09/2022, n. 5848 con la quale Giudice ha

Pertanto, in una certa misura la scelta valutativa sarebbe pur sempre rimessa all'amministrazione ed il privato avrebbe la possibilità di sindacarla solo se titolare di una posizione differenziata ed un interesse giuridicamente protetto[22]. Ove l'istante non sia titolare di una situazione giuridica particolare o comunque differenziata non può esservi doverosità in senso proprio poiché la tutela e la differenziazione dipendono dall'esistenza della norma attributiva del potere[23] sulla quale si innesta la posizione giuridica soggettiva differenziata dall'istante e, quindi, la possibilità di pretendere giudizialmente dall'amministrazione l'attivazione del procedimento.

3. Provvedimenti generali di pianificazione e programmazione e dovere di procedere dell'amministrazione.

Accanto alle ipotesi in cui è la norma a sorreggere l'obbligo di procedere, emergono in giurisprudenza ulteriori ipotesi nelle quali, tale obbligo viene rintracciato, pur in presenza di una attività discrezionale nell'*an,* allorquando sia possibile configurare in capo all'istante una situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento. Rintracciata una posizione differenziata del privato istante rispetto al provvedimento preteso si configura in capo ad esso una situazione giuridica soggettiva rilevante mentre a sfumare sono gli argomenti sulla doverosità nell'*an* del provvedimento richiesto all'amministrazione[24].

Deve, invece, essere esclusa la possibilità di coartare l'avvio del procedimento qualora l'amministrazione sia chiamata ad esercitare un potere discrezionale anche nell'*an* rispetto al quale le istanze del privato difettano di quel carattere di differenziazione che consente di individuare un interesse legittimo in capo al soggetto che nutre una mera aspettativa indifferenziata all'adozione dell'atto la cui adozione è stata stimolata e con riferimento al quale non è possibile rintracciare nella norma un obbligo puntuale di attivazione del procedimento e tampoco individuare un interesse personale concreto e diretto che giustifichi la proposizione dell'azione giudiziale[25].

Il caso più emblematico è quello degli atti normativi, generali, di pianificazione e programmazione rispetto ai quali anche la

escluso l'interesse a ricorrere del vicino rispetto all'irrogazione della sanzione pecuniaria collegata alla mancata rimozione dell'abuso edilizio. Trattandosi di misura squisitamente punitiva dalla quale non discende alcun vantaggio in capo al ricorrente.

[22] S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 48; A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, 161.

[23] In senso analogo si esprime la dottrina che distingue tra denunce «qualificate» e denunce «semplici», per cui l'obbligo di procedere sussisterebbe solo rispetto alle prime che si avrebbero ove esista una specifica disposizione normativa che contempli la possibilità per chi vi abbia interesse di sollecitare l'avvio officioso del procedimento. L. De Lucia, *Denunce qualificate*, cit., 719. Alla base della denuncia qualificata vi è, dunque, una situazione giuridica soggettiva rilevante per l'ordinamento tanto da essere contemplata e protetta espressamente da una specifica disposizione normativa.

[24] T.A.R. Trieste, sez. I, 13/10/2021, n. 310.

[25] *Cfr.* T.A.R. Genova, (Liguria) sez. I, 25/11/2022, n.1013. Il Giudice amministrativo ha escluso l'ammissibilità del ricorso avverso il silenzio tutte le volte in cui questo abbia lo scopo "di far aprire un procedimento" che nel caso era destinato a sollecitare l'esercizio, entro un congruo termine, dei poteri d'ordinanza per rimediare al fenomeno della c.d. malamovida. Lo stesso Consiglio di Stato ha affermato che "*non può trovare applicazione allorquando si sia in presenza di atti a contenuto generale rimessi alla scelta discrezionale dell'Amministrazione e rispetto alla quale non sia configurabile un interesse qualificato del privato tale da poter rivendicare l'esistenza di un obbligo per l'Ente di procedere all'adozione di atti a contenuto pianificatorio*" Cons. Stato Sez. IV, 11-12-2014, n. 6081, sul punto anche T.A.R. Toscana, sez. I - 31/3/2017 n. 499; Consiglio di Stato, sez. IV, 17/12/2018, n. 7090; id., sez. V, 9/3/2015, n. 1182.

giurisprudenza ha ormai chiarito da tempo l'applicabilità delle norme di principio del procedimento amministrativo e dunque la piana applicazione anche ad essi dell'obbligo di provvedere *ex* art. 2 L. 241/90[26]. Partendo da tale dato positivo si registra una tendenza ad allargare il novero delle ipotesi rispetto alle quali il privato può coartare l'avvio procedimentale, il che si registra soprattutto quando nel caso concreto la mancata adozione di tali atti si frappone tra il privato e la aspettativa che questi nutre nel conseguire un determinato bene della vita.

Con riferimento agli atti generali e di programmazione è stata ritenuta ammissibile e fondata l'azione proposta per ottenere la condanna dell'amministrazione all'adozione di un provvedimento espresso sull'istanza destinata a sollecitare l'adozione di una variante allo strumento urbanistico[27] riconoscendo in capo al privato, proprio in ragione della presentazione dell'istanza, quella posizione differenziata rispetto al *quisque de populo* tale da rendere tutelabile l'affidamento che questi abbia riposto nella conclusione del procedimento.

È stato parimenti ritenuto esperibile e fondato il rimedio del ricorso avverso il silenzio in taluni procedimenti destinati all'adozione di atti generali rispetto ai quali, pur in presenza di un potere discrezionale, alla base delle doglianze del privato vi fosse stato un prolungato ritardo da parte dell'amministrazione nell'attivare il procedimento in presenza di specifiche disposizioni normative che assegnassero un termine per l'adozione dell'atto di pianificazione[28] o ancora quando la stessa amministrazione rimasta inerte aveva vincolato i successivi atti soddisfattivi della pretesa sostanziale del privato all'adozione di un atto generale o di pianificazione che non ha successivamente adottato.

Invero, in alcuni casi, nonostante a dover essere adottato fosse un atto generale, la giurisprudenza ha ritenuto fondata la pretesa alla pronuncia espressa da parte del privato istante, rintracciando nel dato normativo un obbligo di adottare l'atto da parte dell'amministrazione ancorché in esso non vi fosse un preciso dato temporale entro il quale definire il procedimento, sulla base di tale obbligo è quindi stata "costruita" l'esistenza di una situazione giudica soggettiva protetta in capo al privato. La giurisprudenza, in questi casi, ha chiarito che "*anche rispetto ad atti generali, possono essere individuati interessi legittimi differenziati e qualificati, in particolare nelle ipotesi di procedimenti officiosi aventi ad oggetto attività di natura generale programmatoria e pianificatoria dovuta nell'an ma discrezionale nel quomodo e nel quid*"[29]. Superato l'ostacolo processuale della esistenza delle condizioni dell'azione, l'obbligo di procedere, e conseguentemente di provvedere, è stato costruito sulla norma che sancisce la necessaria adozione dell'atto di pianificazione.

---

[26] Come per altro affermato dalla Corte Costituzionale sin dal 2002 con la sentenza n. 355.

[27] *Cfr.* T.A.R. Trieste, sez. I, 13/10/2021, n. 310.

[28] *Cfr.* T.A.R. Puglia, III, n. 30/2014 e Consiglio di Stato, IV, n. 3807/2012, TAR, Catania, sez. III, n. 719/2020. Sebbene in talune delle superiori ipotesi il dato normativo è idoneo ad integrare un obbligo dell'amministrazione di procedere poiché impone all'amministrazione l'adozione dell'atto generale pur indicando un termine non perentorio per la definizione del procedimento.

[29] Cons. giust. amm. 9 ottobre 2020, n. 905. Nel caso preso in esame dal Consiglio di Giustizia la doverosità nell'*an* dell'atto di programmazione stimolato dal privato è ricavato dall'art. 1 c. 796 lett. u della L. 296/2006. Norma che pur non prevedendo un termine espresso impone comunque alla regione di adottare i provvedimenti finalizzati a garantire la corretta gestione degli accreditamenti sanitari.

In altri casi, e sono queste le ipotesi più problematiche, la doverosità dell'azione amministrativa viene fondata su ragioni di "equità e giustizia sostanziale"[30] correlate all'affidamento che il privato ha legittimamente riposto sul fatto che l'amministrazione si sarebbe attivata alla luce dei comportamenti da questa tenuti[31].

Come osservato in dottrina, il giudice amministrativo ha nel tempo fatto largo uso dei principi di imparzialità, buon andamento, al fine di fondare l'obbligo di procedere ogni qual volta l'istanza non si mostrasse del tutto abnorme o contraria ai doveri di correttezza e buona fede, così estendendo l'ambito di tutela in chiave di effettività[32] tutte le volte in cui il privato ha legittimamente prestato affidamento sul fatto che l'amministrazione avrebbe valutato l'istanza da esso formulata[33].

L'obbligo di procedere, così come a monte l'esistenza di una situazione giuridicamente tutelata, viene "agganciato" al rispetto dei doveri d buona fede e leale collaborazione di cui agli artt. 97 della Costituzione[34] e l. 241/90 derivanti dall'instaurarsi di un rapporto qualificato con il soggetto amministrato[35]. Il contatto qualificato fonda l'esistenza di situazione giudica soggettiva e quindi la pretesa all'attivazione del procedimento da parte dell'amministrazione.

Possono individuarsi almeno due differenti fattispecie al ricorrere della quali il giudice tende ad escludere, o quantomeno a ridurre, l'area di rilevanza delle scelte rimesse all'apparato amministrativo, estendendo in tal modo il più possibile il proprio controllo sull'avvio dell'azione amministrativa. La prima di esse è certamente correlata al lasso di tempo trascorso dall'entrata in vigore della norma che prevede l'adozione del provvedimento generale senza che l'amministrazione si sia attivata.

In tali casi, ammesso che il provvedimento richiesto possa considerarsi discrezionale nell'*an* e non solo nel *quando*, il fattore tempo è assunto dalla giurisprudenza quale

[30] F. Certomà, *Le esigenze di giustizia ed equità alla base dell'obbligo di provvedere,* in *www. lexitalia.it,* 2010. S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 53; Cons. Stato, sez. IV, 14 novembre 2010, n. 3024; Cons. Stato, sez. IV, 29 maggio 2015, n. 2688.

[31] N. Posteraro, B*revi note cit*., 1340. In questo senso cfr. Cons. St., sez. IV, 27 aprile 2012, n. 2468; Cons. St., sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318. Quest'ultima pronuncia, in particolare, al fine di individuare le ipotesi di istanze di parte non tipizzate dalle quali sorge in capo all'amministrazione l'obbligo di provvedere opera una distinzione tra istanze volte ad ottenere un ampliamento della sfera giuridica soggettiva del richiedente, istanze volte ad ottenere il riesame di un provvedimento sfavorevole ed istanze volte a sollecitare un provvedimento che incide sfavorevolmente sulla sfera giuridica altrui. Riconoscendo l'obbligo di provvedere in capo all'amministrazione tanto con riferimento alle istanze destinate ad ottenere un provvedimento che amplia la sfera giuridica del privato essendo ad esse direttamente connessa l'esistenza di un interesse legittimo pretensivo, tanto con riferimento a quelle istanze volte a sollecitare l'adozione di un provvedimento sfavorevole ad altri ma avanzate da un soggetto che risulti titolare di una posizione giuridica differenziata rispetto al provvedimento del quale si sollecita l'adozione. In base a tale distinzione riconosce l'obbligo dell'amministrazione di pronunciarsi sull'istanza avanzata dal proprietario di un immobile sito nelle immediate vicinanze di un impianto di diffusione sonora volto ad ottenere un provvedimento restrittivo dell'uso di tale impianto da parte del concessionario.

[32] A. Giuffrida, *Rito speciale avverso il silenzio-rifiuto della P.A. e ragioni di effettività della tutela giurisdizionale,* in *Foro Amm TAR,* 2009, 214 ss.

[33] R. Giovagnoli, *I silenzi della pubblica amministrazione dopo la legge n. 80/2005,* cit.; M. Corradino; *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio dell'Amministrazione nella "riforme" della legge n. 241/1990 (legge 11 febbraio 2005, n. 15 e legge del 14 maggio 2005, n. 80)* in *www.giustamm.it.*

[34] A. Colavecchio, *L'obbligo di provvedere tempestivamente,* Torino, 2013, 16.

[35] T.A.R. Trieste, sez. I, 13/10/2021, n. 310 "*La perdurante inerzia serbata viola, infatti, i principi di correttezza dell'azione amministrativa, trasparenza e certezza del diritto e finanche quelli della buona fede e della leale collaborazione, di cui agli artt. 97 della Costituzione e 1 della legge n. 241 del 1990, ai quali deve uniformarsi la P.A. allorché entra in un rapporto amministrativo, come tale qualificato, con il "soggetto amministrato"*".

indice rilevatore della esigenza o della possibilità di disegnare un differente assetto degli interessi maggiormente rispondente agli scopi perseguiti dalla norma con l'adozione del provvedimento sollecitato. Da ciò discende l'obbligo dell'amministrazione di attivarsi (o riattivarsi) per verificare l'attuale rispondenza all'interesse pubblico dell'assetto di interessi esistente e quindi di concludere con un provvedimento espresso tale procedimento di verifica. Il tempo rileva quale fatto indicatore della necessità di verificare la rispondenza dell'assetto d'interessi in essere con il perseguimento dell'interesse pubblico per il quale la norma attribuisce il potere, dal quale sorge l'obbligo dell'autorità di agire quantomeno per stabilire se ricorrono o meno le condizioni per la determinazione di un nuovo e differente assetto[36].

Una ulteriore fattispecie si rintraccia in presenza di atti qualificati come "soprassessori" da quali, in qualche misura, si possibile desumere una volontà dell'amministrazione di adottare il provvedimento sollecitato dal privato, ma che con i predetti atti la stessa amministrazione finisce per rimandare *sine die*.

Dall'esistenza dell'atto soprassessorio la giurisprudenza desume l'esistenza di un contatto qualificato tra l'amministrazione ed il cittadino in ordine alla necessità di adottare il provvedimento generale, dal quale sorge un legittimo affidamento in capo all'amministrato circa la prossima attivazione dell'azione amministrativa. In proposito appare interessante notare come in quei casi in cui il provvedimento generale o di pianificazione si rivela preclusivo rispetto alla conclusione di procedimenti di parte o comunque doverosi, la giurisprudenza ha ricondotto l'obbligo di procedere alla violazione dell'art. 10-*bis*, ultimo periodo, l. n. 241/1990, introdotto dalla l. n. 180/2011, a tenore del quale "*Non possono essere addotti tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione*".

La fattispecie legale vietata è l'addurre a giustificazione di un provvedimento di diniego una presupposta omissione comunque attribuibile alla pubblica amministrazione. Il diniego di provvedimento non diventa legittimo sol perché conseguenza di un'altra omissione anch'essa attribuibile all'Amministrazione ed anzi impone all'amministrazione di porre rimedio rispetto alle conseguenze "indirette" che scaturiscono sull'esito di un procedimento ad istanza di parte dalla mancata adozione di un altro provvedimento generale, la cui iniziativa è ordinariamente officiosa e discrezionale nell'*an*[37].

[36] Sembra si possa intravedere in questa ricostruzione al dovere d'ufficio ed alla sua estensione che la dottrina ha configurato anche rispetto alle scelte discrezionali nell'*an agatur*. F. Ledda, *Il rifiuto cit.,* Ai fini dell'adempimento del dovere d'ufficio "a rilevare è l'acquisizione dei fatti che secondo le previsioni dei legge hanno un valore decisivo per la determinazione concreta del rapporto tra la sfera dell'autorità e la sfera di libertà del cittadino" (79). Il dovere d'ufficio attiene anche alla fase di ricerca dei presupposti per l'adozione del provvedimento conclusivo, esso deve essere rintracciato nella norma che definisce lo scopo di pubblico interesse che essa persegue (85). "Quando determinati fatti rilevino l'esigenza, o anche la semplice possibilità, della instaurazione di un assetto d'interessi più confacente agli scopi perseguiti dall'ordinamento, l'autorità non può restare inerte, ma deve agire, quanto meno, per stabilire se in concreto sussistano le condizioni cui la legge subordina codesta innovazione" (99). Il tempo diviene fatto rilevante per la verifica della correttezza dell'assetto d'interessi dato, e conseguentemente sorge la possibilità per il giudice di sindacare in un giudizio di legittimità se la scelta operata dall'amministrazione in ordine alla sussistenza o meno delle condizioni per l'esercizio del potere sia effettivamente coerente con la portata della norma che affida all'amministrazione la cura dell'interesse pubblico sotteso al procedimento sollecitato dal privato (93).

[37] Cfr. Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 12/01/2021, n.25 "*Sebbene la previsione normativa recata dall'art. 10-bis in*

Il ricorso a concetti come quelli di "buona fede e correttezza" ed al correlato concetto di "affidamento"[38] ha quale fine quello di rendere possibile un sindacato su base obiettiva di una scelta, quella di procedere, che diversamente resterebbe nella sfera di esclusiva competenza dell'amministrazione, in linea con la tendenza che ormai da molti decenni porta il giudice amministrativo ad erodere l'area delle scelte "libere" dell'amministrazione[39].

Sembra quindi trovare conferma quanto osservato dalla dottrina che considera la buona fede quale principio generale che deve ispirare l'intera attività amministrativa a tutela dell'affidamento risposto dal cittadino in un precedente atto o comportamento dell'amministrazione quale limite all'esercizio del suo potere discrezionale o parametro per verificare la correttezza della decisione assunta[40] che nel caso di specie si traduce nella valutazione sulla legittimità o meno della scelta di non dar seguito all'istanza proposta dalla parte rispetto all'adozione di un atto discrezionale nell'*an*.

La buona fede diviene parametro attraverso il quale sindacare la scelta discrezionale dell'amministrazione sull'*an* dell'attivazione del procedimento ed ha quale conseguenza immediata e diretta il sorgere dell'obbligo di provvedere, da essa sorge, quindi, la pretesa in capo al cittadino dell'esercizio dell'azione amministrativa quale conseguenza del contatto qualificato instauratosi con il privato.

Nella speciale ipotesi del silenzio la buona fede diviene regola di comportamento[41] dell'amministrazione la cui violazione implica la sanzione per l'autore della condotta che si inserisce nella logica della responsabilità. Cui consegue, in primo luogo, il risarcimento in forma specifica della posizione violata e, quindi, la condanna all'apertura del procedimento il cui esito rimane ovviamente nella disponibilità dell'ente titolare del potere di decidere in forza di quanto disposto sui poteri non ancora esercitati.

Il Giudice sembra riservarsi un margine di apprezzamento "caso per caso"[42] che gli consente

di valorizzare il contatto intervenuto tra l'amministrazione ed il cittadino in funzione della soddisfazione della pretesa sostanziale di quest'ultimo[43], anche a discapito della rigorosa applicazione del dovere di procedere quale conseguenza immediata e diretta del principio di legalità.

---

commento sembri riferirsi, testualmente, – e anche avuto riguardo alla sua collocazione sistematica in un articolo dedicato ai provvedimenti negativi –, al solo provvedimento di rigetto espresso, è da ritenere che la stessa riguardi anche, e a maggior ragione, i provvedimenti di "non liquet"*, o soprassessori, che solo apparentemente provvedono, ma sono nella sostanza silenzi-inadempimento, perché il "dire" "non luogo a provvedere" o "non luogo a provvedere allo stato" equivale al "non dire", e dunque al "non provvedere", al "tacere", che integra il "silenzio della pubblica amministrazione". Pertanto anche il* non liquet *o il rinvio sine die del provvedimento, ricadendo nell'ambito applicativo della previsione in commento, non può trovare giustificazione in un altro e distinto presupposto inadempimento o ritardo dell'Amministrazione.*

[38] Inteso come, divieto di venire contra *factum proprium* cioè di contraddire l'aspettativa di un altro soggetto generata con un proprio comportamento F. Merusi, *op. cit.*, 126.

[39] A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. amm.*, 2008, 517 s.

[40] F. Manganaro, *op. cit.*, 64.

[41] A. Romano Tassone, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento*, cit., par. 7, "*nella serie comportamentale costituita dall'azione autoritativa della p.a., soltanto alcuni momenti, e non tutti, valgano ai fini della qualificazione di illegittimità, in quanto solo alcuni momenti, e non altri, sono riportabili all'interno dell'«atto amministrativo»*".

[42] P. Otranto, *Silenzio e interesse*, cit., 101 -103.

[43] A. Carbone, *Dubbi e incertezze sull'art. 31 del codice del processo amministrativo,* in *Foro amm. TAR*, 2011, 1096. L'A. sottolinea come la tutela averso il silenzio trova si mostra sempre più incline a dare soddisfazione alla pretesa del cittadino che chiede un sostanziale accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere sulla sua istanza. Evidenzia la stretta connessione tra l'azione sul silenzio ed esigenze di giustizia sostanziale anche M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 245.

Si opera in questo senso un sindacato sull'esercizio della discrezionalità[44] (quella di procedere o meno) pur senza però applicare i limiti che ordinariamente operano con riferimento al sindacato sulle scelte discrezionali.

Se è pur vero che in quasi tutte le ipotesi nelle quali viene accertato l'obbligo di procedere con riferimento ad atti generali e di pianificazioni, vi è una norma che puntualmente prescrive l'adozione del predetto atto è parimenti vero che l'applicazione *tout court* degli orientamenti sopra esposti rischia di condurre ad una vera e propria invasione delle prerogative dell'amministrazione anche rispetto alla sua efficiente organizzazione.

Il Giudice amministrativo indaga, infatti, il rispetto di quell'obbligo di lealtà che connatura il rapporto tra privato ed amministrazione in una fase che precede l'avvio procedimentale offrendo una tutela particolarmente avanzata che richiede però un rigoroso bilanciamento tra le posizioni in gioco affinché la decisione non prevarichi una scelta non ancora assunta dal titolare del potere.

In questo senso la giurisprudenza che registra una incapacità dell'atto "soprassessorio" di soddisfare la pretesa al provvedimento del privato non può trovare piana applicazione nelle ipotesi in cui si indaghi l'obbligo dell'amministrazione di procedere senza che connessa ad esso vi sia un altro provvedimento la cui adozione è doverosa. Infatti, mentre nel caso dell'obbligo di provvedere è evidente che una risposta priva capacità di concludere il procedimento non è certamente idonea a soddisfare la pretesa sostanziale azionata in giudizio[45] e giustifica, quindi, la condanna dell'amministrazione all'adozione del provvedimento conclusivo, lo stesso no può dirsi rispetto al ricorso nel quale si indaga l'obbligo di procedere. I segni da cui è legittimo desumere un obbligo di procedere devono, in questo caso, essere tali da rendere inequivocabile la volontà dell'amministrazione di attivare il procedimento rimesso alla sua discrezionalità, devono tracciare un percorso dal quale non è più legittimo tornare indietro se non tradendo la fiducia che il privato ha legittimamente riposto. Ogni differente e più estesa applicazione del predetto principio atta a fondare l'obbligo di procedere al di fuori delle ipotesi in cui questo emerga dalla norma finisce per tradursi in una pronuncia che invade i poteri non spesi dell'amministrazione.

A maggior ragione tenuto conto del fatto che, come segnalato dalla stessa dottrina[46], può ben accadere nei casi di discrezionalità nell'*an* dell'attività sollecitata dal privato l'amministrazione dia atto nella propria risposta delle ragioni che le impediscono di attivare il procedimento, senza che tale provvedimento si possa qualificare come «soprassessorio», ma piuttosto esplicativo delle ragioni dell'inerzia.

Se può anche convenire sull'osservazione per la quale prima del procedimento non vi è spazio affinché l'amministrazione possa presumere l'esito del procedimento[47]; deve,

[44] F. Manganaro, *op. cit.*, 169.

[45] (Cfr. tra le più recenti T.A.R. Molise, Sez. I, 09/11/2020, n. 302; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 19/10/2020, n. 1481; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 05/03/2021, n. 608).

[46] Caponigro, *op.cit.*

[47] M. Monteduro, *Sul processo come schema*, cit., 123, 143, l'A. sostiene la necessità di provvedere in modo espresso anche rispetto alle istanze palesemente inammissibili, infondate o improcedibili sul presupposto che l'unica sede idonea a valutare l'istanza del privato sia sempre e comunque quella procedimentale. Viene quindi assunto quale angolo visuale

al contempo, osservarsi che prima e fuori dal procedimento vi è la scelta in ordine all'esercizio del potere che determina l'ingresso nella fase procedimentale dal quale discende anche l'obbligo ricollegato all'art. 2 L. 241/90 di definire il procedimento avviato. Non si tratta quindi di rintracciare una fase pre-procedimanle di valutazione della fondatezza della pretesa del privato, ma di avviare un procedimento, e quindi impegnare le scarse risorse umane ed organizzative a disposizione dell'amministrazione nei limiti ed alle condizioni previsti dalla legge, in piana applicazione del principio di legalità. Occorre in questo senso distinguere tra domanda (e/o istanze) che pur manifestamente inammissibili o infondate sono idonee a determinare la condizione normativamente prevista per l'avvio del procedimento, da quelle istanze che anche ove articolate e ragionevole siano strutturalmente inidonee a determinare l'avvio della fase procedimentale. Non si tratta quindi di fare ricorso ai principi di buon andamento ed economicità per escludere l'obbligo dell'amministrazione di procedere rispetto ad un atto che non è idoneo a stimolare l'azione amministrativa, quest'ultimi sono infatti principi che rimandano ad un apprezzamento sulla meritevolezza della pretesa avanzata dal privato[48], quanto piuttosto di verificare se sussistono le condizioni fissate dalla legge per l'avvio del procedimento stesso.

Lo stesso criterio della *vicinitas* (v. A.P.) è idoneo a fondare l'obbligo di procedere in capo all'amministrazione solo ove sia sorretto dalla disposizione normativa che impone all'amministrazione di attivarsi per la rimozione dell'abuso edilizio. Esso dunque viene in rilievo sul piano processuale in un contesto nel quale sul piano sostanziale la posizione giuridica soggettiva del privato trova il suo fondamento nella norma che impone la rimozione dell'abuso. Le medesime considerazioni non possono per converso valere rispetto agli atti di programmazione o quelli generali per i quali, ove l'interesse all'adozione dell'atto generale non fosse supportato da una disposizione normativa che imponga, per l'appunto, la sua adozione, dovrebbe relegarsi ad interesse di mero fatto (come l'interesse che nutre colui il quale possiede un'area destinata a verde agricolo a vedere modificata

quello dell'istanza e si afferma che il giudizio che su di essa esprime l'amministrazione esige il procedimento come sua sede elettiva. Tali considerazioni possono invero condividersi, per come si dirà oltre, esclusivamente con riferimento alle istanze (o atti di parte) dalle quali emerga la sussistenza delle condizioni normative alle quali la legge riconduce l'avvio del procedimento. Si pensi ad esempio ad una denuncia circostanziata dalla quale emerga l'esistenza di un abuso edilizio, in questi casi è la legge che impone all'amministrazione di attivare il procedimento per la sua repressione. Ancorché si tratti di un procedimento ad iniziativa officiosa il privato può certamente stimolarne l'obbligo di procedere all'interno del procedimento alla verifica della sussistenza e consistenza dell'abuso e quindi di concludere il provvedimento in modo espresso (nel senso che riterrà più giusto sulla scorta delle risultanze istruttorie).

[48] Non si tratta in tali casi di compiere un bilanciamento il principio di economicità e buon andamento con quello di trasparenza dell'azione amministrativa, quanto piuttosto di fare piana applicazione del principio di legalità dal quale discende la scelta sul procedere compiuta dall'amministrazione che in quanto diretta espressione della volontà normativa, è per ciò stesso pienamente trasparente ed intellegibile. Ciò accade anche quando la scelta sul procedere sia rimessa ad un apprezzamento discrezionale dell'amministrazione, come accade per gli atti generali o quelli di pianificazione rispetto ai quali, ove manchi una indicazione temporale normativamente definitiva circa la loro adozione, possono essere adottati o modificati dall'amministrazione sulla scorta di considerazioni che sono apprezzabili dal cittadino sul piano della scelta di ordine programmatico e/o politico (cfr. T.A.R. Latina, (Lazio) sez. I, 21/10/2022, n.796). È, infatti indubbio che la scelta di avviare o meno il procedimento che conduce all'adozione dell'atto generale o di programmazione origina da un indirizzo politico espresso dall'organo al quale compete la funzione di indirizzo politico che nel dara un indirizzo di segno positivo esercita un potere propriamente politico.

in senso ampliativo delle proprie pretese edificatorie la predetta area nell'ambito di future revisioni dello strumento urbanistico generale).

4. Considerazioni sul caso deciso e notazioni conclusive.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte la sentenza in commento mostra taluni limiti tanto nella qualificazione come "soprassessorio" della nota con la quale l'ufficio ha rappresentato le ragioni che escludevano la possibilità di attivare d'ufficio un procedimento di revisione dello strumento urbanistico generale, tanto nella configurazione di un obbligo di provvedere in ordine ad una istanza il cui atto sollecitato non trova alcun indice di doverosità. La sentenza impone all'amministrazione resistente una scelta organizzativa prima ancora che provvedimentale che non può trovare adeguata giustificazione nella sola applicazione dell'art. 2 della L. 241/90 agli atti generali, programmatori e di pianificazione. Imponendo piuttosto una analisi ponderata sull'esistenza di una posizione giuridica qualificata in capo agli istanti ed alla coercibilità dell'avvio di un'azione amministrativa destinata a variare lo strumento urbanistico in chiave di imposizione su terzi di un vincolo di pubblica utilità o d'uso pubblico senza che siano stata rappresentate evidenze in ordine alla necessarietà della modifica dell'assetto degli interessi esistente in chiave di tutela dell'interesse pubblico.

A non convincere del tutto è, infine l'affermazione per cui l'amministrazione potrebbe rispondere in forma semplificata sull'istanza, in un contesto nel quale non è stato esaminato a monte l'effettivo insorgere o meno dell'obbligo di procedere che deve necessariamente porsi alla base dell'avvio di un procedimento foss'anche in forma semplificata.

Il giudice amministrativo, forse confortato dall'oggetto limitato dell'accertamento che usualmente connatura il giudizio sul silenzio, sembra offrire tutela sull'obbligo di procedere con una facilità che più propriamente si rinviene rispetto all'obbligo di provvedere ma che certamente non trova riscontro nella valutazione sulla fondatezza dell'istanza. La circolarità del risultato che in taluni casi viene ritenuto controproducente e poco effettivo[49] risulta essere particolarmente efficace rispetto ai provvedimenti generali e di programmazione con riferimento ai quali l'aspettativa della parte è a che si adotti l'atto. L'azione avverso il silenzio garantisce in questo caso al ricorrente il massimo risultato possibile. Mentre rispetto all'obbligo di provvedere in astratto è possibile individuare uno spazio per l'adozione di un provvedimento specifico, nel caso dell'obbligo di procedere tale spazio è escluso anche in astratto non essendovi modo di configurare un atto generali o di programmazioni quale atto c.d. vincolato.

In un caso per certi versi analogo il giudice amministrativo aveva avuto modo di stigmatizzare l'inesistenza di un interesse differenziato in capo ai cittadini che chiedevano la manutenzione di una strada comunale[50]. Evidenziando che tale l'obbligo di procede-

[49] 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*, cit., 737 ss. Ma il dubbio che la sentenza, che si limiti a dichiarare il dovere di provvedere e a condannare l'amministrazione a provvedere, sia priva di contenuto utile è già espresso da F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo trattamento processuale*, cit., 239 ss.

[50] Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2015, n. 5399.

re può configurarsi in presenza di una specifica disposizione normativa, "*nei principi generali ovvero nella peculiarità del caso di specie e ad esso deve comunque corrispondere una posizione qualificata e differenziata*".

Alla base di tale argomento possono rintracciarsi anche ragioni di natura organizzativa, infatti, è doveroso che la macchina organizzativa pubblica sia in grado di assorbire con prontezza le conseguenze dell'attivazione di procedimento che la norma vuole attivato ad istanza della parte, co sì come è doveroso che la medesima capacità sia attivata in caso di iniziativa ufficiosa, assai più complesso è configurare un onere nel caso in cui l'istanza si rivolga all'attivazione di un procedimento riservato all'iniziativa dell'amministrazione.

Le energie amministrative finirebbero per concentrarsi su di una attività preparatoria non programmata né al momento della scelta sull'attivazione del procedimento, né in una fase di definizione dell'assetto organizzativo dell'ente, quest'ultima astrattamente idonea a far fronte ai procedimenti attivabili ad istanza della parte.

Dalla lettura della giurisprudenza emerge un bilanciamento tra contrapposti interessi che individua quella che legittima l'utilizzo del ricorso avverso il silenzio quale soluzione di compromesso più adeguata anche rispetto al sacrificio degli interessi in gioco. A fronte dell'istanza qualificata del cittadino l'omessa attivazione del procedimento condurrebbe al sacrificio totale della posizione di quest'ultimo anche nelle ipotesi in cui non vi è una espressa previsione normativa che fissi un termine per l'adozione dell'atto generale o di programmazione. La stessa cosa potrebbe dirsi per il totale sacrificio degli interessi pubblico sottesi all'adozione dell'atto generale o di programmazione qualora si consentisse di fare a meno di esso per la soddisfazione della pretesa sostanziale del privato, si pensi ai provvedimenti giurisdizionali di trasferimento della proprietà in capo alla pubblica amministrazione senza che questa abbia prima operato una valutazione sulla persistenza dell'interesse pubblico all'occupazione (la cui iniziativa è evidentemente ufficiosa). L'ammissibilità, e quindi l'esperibilità, del rimedio avverso il silenzio inadempimento in questi casi si configura quale sacrificio dell'interesse pubblico che per primo può recedere tra tutti quelli affidati alla cura dell'amministrazione, quello alla corretta ed efficiente organizzazione del lavoro.

Tale interesse che si pone quale presupposto strumentale al perseguimento degli interessi pubblici concretamente affidati alla cura dell'amministrazione viene solo in parte compresso dall'obbligo di provvedere all'attivazione e conduzione di un determinato procedimento in un lasso di tempo ragionevolmente definito in sede giurisdizionale e per tale ragione pur essendo coessenziale al conseguimento degli altri interessi se ne ammette il parziale sacrificio.

A riprova di ciò è invece escluso qualsivoglia obbligo di attivare il procedimento nei casi in cui dare seguito all'istanza del privato implicherebbe il totale sacrificio di tale interesse pubblico[51]. Sacrificio collegato anche all'organizzazione degli uffici che risulta invero temperato da quella che in molti considerano la "vera garanzia" offerta dal processo sul silenzio ovvero la nomina del commissario ad acta che certamente rappresenta una garanzia per la salvaguardia dell'organizzazione dell'amministrazione[52].

Letterio Donato

[51] Inserire giurisprudenza su stravolgimento dell'organizzazione.

[52] C. Consolo, *La giurisdizione del giudice amministrativo si giustappone a quella del giudice "ordinario" e ne imita il processo*, in *Giust. civ.*, 2000, 533.

7. Produzione sistemico relazionale della fiducia e delle certezze (nota a Cons. Stato, sez. VII, 10 giugno 2025, n. 5020)

Sommario: 1. "La rivolta dei topi d'ufficio" e il paradosso dell'autocertificazione. – **2.** Quando il cittadino spera che l'amministrazione non guardi (…). – **3.** Le dichiarazioni dei privati e la funzione di certezza nell'amministrazione contemporanea. – **4.** Verità, veridicità e certezza. – **5.** Gli orientamenti giurisprudenziali. – **6.** Il consolidamento del principio di fiducia oggettiva.

1. "La rivolta dei topi d'ufficio" e il paradosso dell'autocertificazione.

Nel racconto di Andrea Camilleri, *La rivolta dei topi d'ufficio*, con la prefazione di Franco Bassanini e le illustrazioni di Luciano Vandelli, la vicenda prende le mosse dall'introduzione della legge sull'autocertificazione, accolta con sospetto e ironia dai funzionari pubblici della "Montelusa"[1].

Il dottor Sinagra, impiegato modello e fedele custode del timbro e del modulo, reagisce con indignazione alla prospettiva che i cittadini possano dichiarare da soli ciò che finora spettava alla pubblica amministrazione attestare. Egli afferma: «*Almeno, questa legge non è fatta per noi. Può funzionare in Svezia o in Germania, dove se qualcuno dice una cosa, quella è Vangelo. Ma qui da noi, come fai a fidarti della parola di uno sconosciuto?*» E continua: «*Da noi intende in Italia?*» – spiò il ragionier La Piana[2]. Nel prosieguo del dialogo Camilleri fa pronunciare al ragionier La Piana un'amara ironia sul costume nazionale: se mai si dovesse riscrivere la Costituzione, bisognerebbe sostituire l'articolo 1 con un principio diverso, poiché «*l'Italia non è una Repubblica fondata sul lavoro, ma sulla diffidenza reciproca*»[3]. Camilleri suggerisce che, in luogo della cooperazione, l'ordinamento si regge su un sistema di controlli difensivi e sospetti reciproci – una "costituzione della diffidenza" che mina alla radice ogni forma di fiducia pubblica.

Questa battuta sintetizza la tensione tra l'ideale di un'amministrazione di fiducia e la realtà di un apparato fondato sul sospetto[4]. L'ironia che ne emerge non è solo satira: è la rappresentazione letteraria di un

[1] A. Camilleri, *La rivolta dei topi d'ufficio*, Milano, 1999, su *http://www.bassanini.it/wp-content/uploads/2013/10/La-rivolta-dei-topi-dufficio.pdf.*

[2] A. Camilleri, *La rivolta dei topi d'ufficio*, cit., 4.

[3] *Ibidem*, 5.

[4] F. Bassanini, *Presentazione*, in A. Camilleri, *op. cit.*, 1.

nodo politico e istituzionale. L'introduzione dell'autocertificazione è (era) percepita come un attentato alla certezza documentale e all'ordine amministrativo fondato sul controllo[5].

L'intera narrazione si fonda su questa paradossale inversione: l'autocertificazione, nata per semplificare, viene trasformata in simbolo di anarchia, mentre la burocrazia, nata per garantire la legalità, diventa strumento di sospetto generalizzato. In questo saggio si mostra come una riforma amministrativa può fallire non per difetto di norme, ma per assenza di fiducia: la certezza pubblica non è una questione di modulistica, ma di credibilità collettiva[6].

2. Quando il cittadino spera che l'amministrazione non guardi (...).

L'ironia di Camilleri anticipa un tema che il diritto amministrativo contemporaneo affronta quotidianamente: la difficoltà di tradurre la fiducia in regola.

Nel racconto, il dottor Sinagra rappresenta la burocrazia della diffidenza, quella che teme l'autonomia del cittadino perché identifica la fiducia con la perdita di controllo. La legge sull'autocertificazione gli appare come un attentato alla certezza pubblica, poiché sposta il potere di dire il vero dall'amministrazione al privato.

Un caso recente deciso dalla giurisprudenza sembra riflettere, quasi per coincidenza, la stessa tensione rappresentata da Camilleri, ma in forma speculare. Nella sentenza in commento[7], relativa a una procedura di chiamata universitaria per un posto di professore universitario, il giudice amministrativo affronta il caso di un candidato che aveva indicato nel curriculum la titolarità di tre brevetti, quando due risultavano soltanto in corso di domanda.

Non è dato sapere se si trattasse di dolo o di semplice errore, ma certamente di una di quelle situazioni in cui l'incertezza sul contenuto delle dichiarazioni e la leggerezza nella loro formulazione producono effetti giuridici rilevanti. L'autodichiarazione, in questi casi, diventa il terreno fragile su cui si misura la tenuta della fiducia pubblica.

Il Consiglio di Stato ha affermato che, ai sensi degli articoli 46 e 75 del d.P.R. n. 445 del 2000, non rileva la sede formale della

[5] Di fronte a quella che vivono come un'umiliazione istituzionale, gli impiegati si organizzano nel BAAC – Burocrati Anti Auto Certificazione – con lo scopo di sabotare il nuovo sistema e dimostrarne la fallacia. Camilleri riassume il loro intento in poche, efficaci parole: «I vivi sarebbero risultati morti, i morti vivi, i celibi sposati, e via scambiando: fino a rendere incredibile ogni autocertificazione». Il BAAC diventa così la caricatura della resistenza burocratica: un apparato che, pur di difendere il proprio monopolio sulla verità amministrativa, è disposto a falsificare la realtà pur di dimostrare l'inattendibilità del cittadino. Il ragionier La Piana sintetizza il senso di tale sfiducia nella battuta: «*Bisognerebbe, una volta per tutte, stabilire che l'Italia è una Repubblica basata sulla diffidenza reciproca*». Quindi, là dove la Costituzione proclama la centralità del lavoro, l'esperienza quotidiana sembra mostrare che la Repubblica funziona piuttosto come un sistema di reciproca sfiducia regolata – tra cittadini e pubblici poteri, tra amministrati e amministratori, tra dichiaranti e verificatori.

[6] Nella prefazione, Franco Bassanini sottolinea esattamente questo nodo culturale. Egli ricorda come la riforma dell'autocertificazione nascesse dall'esigenza di abbandonare il mito del bollo, del timbro, del certificato, delle complicazioni burocratiche e di sostituire al culto dei formalismi il primato dell'efficienza e della responsabilità del cittadino. Il racconto di Camilleri, osserva Bassanini, descrive con realismo la difficoltà italiana di accettare la fiducia come strumento amministrativo: l'autocertificazione non è soltanto una semplificazione procedurale, ma un atto politico di fiducia reciproca tra amministrazione e cittadino – e proprio per questo incontra la resistenza più profonda.

[7] Cons. Stato, Sez. VII, 10 giugno 2025, n. 5020.

dichiarazione – sia essa inserita nella domanda o nel curriculum – poiché l'autocertificazione copre l'intero contenuto documentale, e la non veridicità, anche solo parziale, comporta la decadenza dalla procedura. La *ratio* non è tanto quella di sanzionare, quanto di preservare la coerenza del sistema: garantire parità di responsabilità tra i concorrenti e mantenere integro il circuito fiduciario che regge la certezza amministrativa.

Questa vicenda potrebbe rappresentare il naturale seguito della *Rivolta dei topi d'ufficio*. Non più la burocrazia che diffida del cittadino, ma il cittadino che, tra malizia, incertezza o mera leggerezza, confida nella distrazione dell'amministrazione. Un racconto che descriverebbe non tanto la malafede quanto la fragilità della consapevolezza civica: quella zona grigia in cui la fiducia si trasforma in superficialità e la certezza giuridica diventa vittima dell'inerzia reciproca. Forse lo si potrebbe intitolare *Quando il cittadino spera che l'amministrazione non guardi: una parabola moderna su come, tra sospetto e disattenzione, la verità finisca sempre per smarrirsi dietro uno sportello.*

3. Le dichiarazioni dei privati e la funzione di certezza nell'amministrazione contemporanea.

La certezza giuridica costituisce una delle funzioni essenziali dell'ordinamento amministrativo[8]. Essa è volta a garantire la stabilità e la sicurezza dei rapporti giuridici, economici e sociali, attraverso la conoscenza di fatti, stati e qualità che il diritto qualifica come veri. In questa logica, i principi di autocertificazione e decertificazione rappresentano il tentativo di tradurre la certezza da valore statico a meccanismo dinamico di cooperazione tra cittadino e amministrazione[9].

[8] Sul tema, si richiama in via introduttiva innanzitutto la seguente dottrina: P. Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1955, I, 164 ss.; A. Falzea, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, 205 ss.; M.S. Giannini, *Certezza pubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1960, 769 ss.; S. Pugliatti, *Conoscenza*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961; A. Predieri, *Premessa ad uno studio sullo Stato come produttore di informazioni*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1626 ss.; M. Mazzamuto, *Dichiarazioni sostitutive: le principali innovazioni delle leggi Bassanini*, in *N AUT*, 1999, 45 ss.; A. Fioritto, *La funzione di certezza pubblica,* Padova, 2003; Id., *Certezza pubblica*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 851 ss.; G. Gardini, *Autocertificazione*, in *D. disc. pubbl.* (Agg.), Torino, 2005, 107 ss.; F. Fracchia - M. Occhiena, *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2006; A. Benedetti, *Certezza pubblica e "certezze private"*, Milano, 2010, 30 ss.; E. Carloni, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, 2012, 24 ss.; A. Benedetti, *Seeking "Certainty" between Public Powers and Private Systems,* in *Italian Journal of Public Law*, 2012, 356; Id., *Certezza pubblica* [dir. amm.], in *Treccani – Diritto on line*, 2014; Id., *La ricerca della certezza, tra poteri pubblici e sistemi privati*, in *https://www.giustamm.it/private/new_2012/ART_4442.pdf*; A. Carratta - C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, 169 ss. In sintesi ricostruttiva: la linea classica distingue tra **verità** (ideale di corrispondenza al fatto) e **accertamento** (procedimento giuridico di conoscenza: Falzea), evidenziando nel processo la dialettica **verità/verosimiglianza** (Calamandrei) e, sul versante amministrativo, il progressivo superamento del "mito della verità" a favore della **certezza pubblica** come prodotto istituzionale (Giannini). La **conoscenza** giuridica opera così per rappresentazioni affidabili più che per verità assolute (Pugliatti), entro uno Stato che è primario **produttore di informazioni** pubbliche (Predieri). In chiave contemporanea, la **certezza** assume profilo relazionale e funzionale all'affidabilità dei rapporti (Fioritto), può ibridarsi con **"certezze private"** regolate pubblicisticamente (Benedetti) e si sostanzia in **verità amministrative** costruite tramite procedure e garanzie, con il rischio, se ridotte al solo "sigillo del potere", di scollarsi dalla realtà (Carloni). Sullo sfondo, la dogmatica processuale recente continua a misurare l'operatività di **verità, verosimiglianza e probabilità** come gradi di attendibilità decisoria (Carratta-Mandrioli).

[9] I principi di autocertificazione e di decertificazione rappresentano due cardini delle riforme di semplificazione

Nel modello amministrativo tradizionale, la certezza giuridica si fondava sul potere esclusivo della pubblica amministrazione di accertare e attestare il vero, mediante atti aventi fede privilegiata, capaci di fondare l'affidamento dei cittadini nella veridicità delle informazioni provenienti dall'autorità pubblica.

Come osservava Giannini, la pubblica amministrazione è l'organo di produzione delle certezze pubbliche, ossia di quelle rappresentazioni normative del reale che costituiscono il presupposto dell'azione amministrativa.

Con la riforma del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, recante il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, si è compiuta una trasformazione importante di questa funzione.

La disciplina delle dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà (artt. 46 e 47) si è posta l'obiettivo di introdurre un modello di amministrazione semplificata e fiduciaria, che trasferisce al cittadino una parte della funzione di produzione della certezza pubblica.[10] Il privato è chiamato ad attestare, sotto la propria responsabilità, fatti e stati di cui la pubblica amministrazione prende atto "come veri", salvo successivo controllo.

In sostanza il cittadino diviene co-produttore della conoscenza giuridica, in un sistema che presume la sua veridicità fino a prova contraria. La pubblica amministrazione, a sua volta, non è più solo ente certificatore, ma ente verificatore, che assume la dichiarazione come punto di partenza del procedimento e ne controlla l'esattezza a posteriori.

Il d.P.R. n. 445/2000 risponde a un duplice obiettivo: da un lato, la semplificazione amministrativa e la riduzione degli oneri documentali; dall'altro, la responsabilizzazione del cittadino, intesa come costruzione di un nuovo equilibrio tra fiducia e controllo.

Il principio di semplificazione non si limita a velocizzare i procedimenti, ma incide sul concetto stesso di certezza, che da formale si trasforma in sostanziale.

La certezza amministrativa non discenderebbe più dal documento pubblico, ma dall'affidabilità della dichiarazione privata, in un contesto di fiducia reciproca tra am-

amministrativa, nati per alleggerire gli oneri burocratici gravanti sui cittadini e riequilibrare il rapporto con l'amministrazione. Il primo solleva il cittadino dall'onere di certificare fatti, stati o qualità personali, consentendogli di sostituire la documentazione con una dichiarazione formale, la cui veridicità è soggetta a successivo controllo da parte della pubblica amministrazione. Il secondo, invece, ne rovescia la logica, imponendo al responsabile del procedimento di acquisire d'ufficio i dati che è compito dell'amministrazione stessa certificare. Entrambi i principi sono confluiti nell'art. 18 della legge n. 241/1990, che, insieme al d.P.R. n. 445/2000, costituisce la base del sistema di "documentazione amministrativa semplificata". Le riforme successive – in particolare quelle introdotte dal d.l. n. 76/2020 ("Semplificazioni") e dal d.l. n. 34/2020 ("Rilancio") – ne hanno ampliato l'ambito di applicazione, estendendolo anche ai rapporti tra privati e alla gestione dei benefici economici. Tuttavia, la piena attuazione di tali principi resta incompleta, frenata dalla carenza di interoperabilità tra banche dati pubbliche e da una persistente sfiducia dell'amministrazione verso il cittadino, che continua a tradursi in un aggravio di adempimenti formali, cfr. A. Giurickovic Dato, *L'inattuazione dei principi di "autocertificazione" e "decertificazione" tra digitalizzazione ed emergenza*, in *Rivista CERIPAD*, fasc. 3, 2021, *https://ceridap.eu/linattuazione-dei-principi-di-autocertificazione-e-decertificazione-tra-digitalizzazione-ed-emergenza/*.

[10] Per una ricostruzione si rinvia a M.A. Sandulli, *La "trappola" dell'art. 264 "decreto Rilancio" per le autodichiarazioni. Le sanzioni nascoste*, in *Questa Rivista*, 2020, *https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1128-la-trappola-dell-art-264-del-dl-34-2020-decreto-rilancio-per-le-autodichiarazioni-la-norma-sulla-semplificazione-amministrativa-nasconde-nuove-sanzioni-per-gli-amministrati*; Id., *Autodichiarazioni e dichiarazione "non veritiera". La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio,* in questa *Rivista*, *https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1347-autodichiarazioni*.

ministrazione e cittadino. Il sistema sarebbe retto dal principio di autoresponsabilità del dichiarante, espresso dall'art. 75 del medesimo testo unico, secondo il quale la falsità comporta la decadenza dai benefici conseguiti sulla base della dichiarazione.

Il meccanismo dell'autocertificazione, pertanto, è costruito su una presunzione di verità che l'amministrazione è tenuta a rispettare, ma che può essere ribaltata in presenza di prova contraria: la certezza è presunta, ma non cieca.

La decadenza prevista dall'art. 75 Testo unico non può essere ridotta a una misura meramente punitiva, poiché persegue anche una finalità di salvaguardia dell'affidabilità del sistema amministrativo. Essa si colloca in una zona intermedia tra sanzione e strumento di garanzia, volta a preservare la fiducia collettiva nella veridicità delle dichiarazioni e nella certezza giuridica pubblica[11].

4. Verità, veridicità e certezza.

Nel contesto del paradigma autoritativo della certezza e di quello cooperativo, va richiamato il triangolo concettuale che ne rappresenta la struttura teorica: verità, veridicità e certezza[12].

Questi tre termini, solo apparentemente sinonimi, delineano in realtà tre diversi livelli del rapporto tra conoscenza e potere nell'amministrazione, e spiegano come l'ordinamento contemporaneo tenda a sostituire la ricerca della verità con la costruzione della veridicità istituzionale, e quest'ultima con la certezza giuridica come valore condiviso e operativo.

La verità costituisce l'ideale di corrispondenza tra rappresentazione e realtà, che il diritto assume come orizzonte ma non come presupposto.

La veridicità è la qualità operativa che rende una rappresentazione idonea a essere accettata come vera: è la misura della fiducia giuridica nella plausibilità.

La certezza è il risultato istituzionale della veridicità riconosciuta e stabilizzata dall'ordinamento, la sua traduzione in valore pubblico.

Il diritto amministrativo, per sua natura, tendenzialmente non può che operare su questo piano intermedio. Non conosce la verità assoluta, ma crea e regola verità sufficientemente affidabili, capaci di garantire l'efficienza, la legittimità e l'imparzialità dell'azione pubblica. Nel modello contemporaneo, questa funzione è condivisa: l'amministrazione produce certezza attraverso la fiducia nella veridicità delle dichiarazioni

[11] Il venir meno della veridicità dichiarativa, anche in singoli casi, mina infatti l'affidabilità complessiva del sistema, alterando la credibilità della certezza che esso intende garantire. La pubblica amministrazione accetta la dichiarazione come vera fino a prova contraria, ma si riserva la possibilità di verificarne la fondatezza, a tutela dell'interesse pubblico alla certezza e alla parità di trattamento. La certezza amministrativa, nel modello attuale, è dunque fiduciaria ma controllabile, relativa ma garantita: una costruzione che vive dell'equilibrio tra fiducia e verifica, tra collaborazione e potere.

[12] Le riflessioni di questo paragrafo si ricollegano, senza pretesa di esaustività, a una tradizione dottrinale ampia che ha approfondito il rapporto tra conoscenza, verità e certezza nel diritto amministrativo e nella teoria generale: A. Falzea, *Accertamento* (teoria generale), in *Enc. dir.,* I, Milano, 1958; S. Pugliatti, *Conoscenza e diritto*, Milano, 1961; M.S. Giannini, *Certezza pubblica*, cit.; E. Carloni, *Le verità amministrative*, cit.; A. Benedetti, *Certezza pubblica e "certezze private"*, cit.; C. Faralli, *Certezza del diritto o diritto alla certezza?,* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997; A. Fioritto, *La funzione di certezza pubblica*, cit.; A. Romano Tassone, *Amministrazione pubblica e produzione di certezza: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005; M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009.

private, e il cittadino contribuisce alla certezza pubblica mediante la lealtà dichiarativa.

Come è stato efficacemente sintetizzato, la certezza giuridica contemporanea non è più autoritativa, ma cooperativa: nasce dall'incontro tra la fiducia dell'amministrazione e la responsabilità del dichiarante[13]. La certezza contemporanea è quindi relazionale: essa nasce da rapporti di fiducia reciproca e da meccanismi di verifica diffusa, più che da una fede autoritativa.

Le autodichiarazioni sono l'esempio paradigmatico di questa trasformazione: instaurano un patto fiduciario temporaneo, fondato sull'autoresponsabilità del dichiarante. In effetti, con l'introduzione delle autocertificazioni (d.P.R. n. 445/2000), parte di questa funzione è stata delegata al cittadino, che diventa corresponsabile della verità dei dati prodotti. L'amministrazione accetta la veridicità del dichiarante e costruisce su di essa il proprio giudizio, spostando l'asse della certezza dal controllo preventivo alla fiducia postuma. Tale dinamica traduce il principio gianniniano della certezza per rappresentazione in un sistema fiduciario, in cui la falsità non è solo errore fattuale, ma rottura del patto di certezza che regge la cooperazione amministrativa[14].

5. Gli orientamenti giurisprudenziali.

Nel presente contributo si prendono in esame le problematiche giuridiche e le elaborazioni giurisprudenziali relative al falso nelle autocertificazioni rese nelle procedure concorsuali per l'accesso al pubblico impiego, ambito nel quale si è progressivamente affermata una lettura che riconosce alla veridicità dichiarativa una funzione di garanzia della parità tra i concorrenti.

In questa prospettiva, la veridicità non è soltanto un requisito formale, ma rappresenta un valore sostanziale del procedimento concorsuale: tutela la leale competizione tra i candidati e consente all'amministrazione di fondare il proprio giudizio comparativo sulla correttezza delle informazioni fornite. La falsità, anche parziale, si traduce così in una violazione non solo del rapporto di fiducia con la pubblica amministrazione, ma anche dell'equilibrio tra i partecipanti, poiché altera la base comune di affidamento reciproco sulla quale si regge la selezione.

Restano esclusi, in questa analisi, altri ambiti applicativi dell'autocertificazione, nei quali l'istituto opera con logiche e finalità in parte differenti: le procedure per l'ottenimento di contributi, sovvenzioni e agevolazioni economiche o fiscali; le istanze per il rilascio di titoli abilitativi nell'ambito della semplificazione e liberalizzazione amministrativa, o in edilizia e urbanistica (in particolare la Scia e i titoli edilizi sostitutivi); le autodichiarazioni nel settore energetico e ambientale; le procedure di affidamento di contratti e appalti pubblici che sono dotate di una disciplina dettagliata e specifica più volte rivista dalla giurisprudenza e dal legislatore; nonché le autocertificazioni di natura anagrafica, sanitaria, previdenziale o scolastica, introdotte in attuazione dei principi di digitalizzazione amministrativa. Rientrano in un filone autonomo, infine, le autodichiarazioni emergenziali del (passato) periodo Covid-19, che hanno rappresentato una peculiare applicazione del modello in chiave di regolazione diffusa dei comportamenti sociali.

[13] A. Benedetti, *Certezza pubblica* [dir. amm.], cit.
[14] *Ibidem*.

Tornando al caso di specie, dalla lettura della più recente giurisprudenza possono principalmente individuarsi tre posizioni interpretative in materia di falsità dichiarativa ai sensi dell'art. 75 del d.P.R. 445 del 2000, le quali evidenziano l'evoluzione del sistema da un approccio proporzionale a una concezione tendenzialmente oggettiva della decadenza.

a) La teoria funzionale e proporzionale

Una prima teoria si fonda su una concezione funzionale della falsità. La decadenza è ritenuta applicabile soltanto quando la dichiarazione non veritiera abbia avuto efficacia causale rispetto al beneficio conseguito, ossia quando la falsità sia risultata determinante ai fini dell'adozione del provvedimento favorevole. Si configura, in tale logica, una distinzione tra falso rilevante e falso innocuo: solo il primo è idoneo a incidere sulla validità dell'atto, mentre il secondo, in mancanza di effetti concreti, non comporta conseguenze sanzionatorie. L'impostazione riflette una visione proporzionale della reazione amministrativa, in cui la gravità della sanzione si commisura all'impatto effettivo del mendacio[15].

b) La teoria dell'ambiguità non mendace

Una seconda teoria introduce un'ulteriore distinzione, tra dichiarazione mendace e dichiarazione ambigua o imprecisa. La falsità, in questa prospettiva, si identifica solo nella rappresentazione consapevolmente contraria al vero, mentre l'imprecisione o l'opacità espositiva restano escluse dal perimetro dell'art. 75. La giurisprudenza riconosce, così, che non ogni difformità semantica rispetto alla realtà costituisce falsità giuridicamente rilevante: la non veridicità deve essere intenzionale e oggettiva, non il mero risultato di una comunicazione imperfetta. Si tratta ancora di una logica casistica e prudenziale, che tenta di conciliare l'esigenza di tutela della certezza amministrativa con quella di proporzionalità[16].

c) La teoria oggettiva e unitaria della falsità

Una terza e più recente teoria segna il superamento del criterio proporzionale e l'affermazione di una concezione oggettiva della falsità. L'autocertificazione viene considerata un atto unitario e inscindibile, la cui attendibilità complessiva risulta compromessa anche in presenza di una sola informazione non veritiera. La falsità, pertanto, potenzialmente assume rilievo in sé, quale violazione del vincolo fiduciario che regge il rapporto tra amministrazione e cittadino. Non rileva più l'incidenza della falsità sull'esito del procedimento, ma il fatto stesso che l'atto dichiarativo non risponda al vero, poiché ciò mina la credibilità del sistema delle certezze pubbliche. L'elemento soggettivo dell'autoresponsabilità si salda con il valore oggettivo della fiducia istituzionale: il dichiarante non può trarre vantaggio da un atto che, anche solo parzialmente, manchi di veridicità[17].

Questa impostazione riflette una trasformazione culturale: la falsità non è più vista come una devianza individuale da sanzionare in misura proporzionata, ma come una lesione sistemica della fiducia pubblica, che giustifica la decadenza automatica in quan-

[15] Cons. Stato, Sez. V, 20 agosto 2019, n. 5761; Cons. Stato, Sez. V, 6 luglio 2020, n. 4303.

[16] Cons. Stato, Sez. VII, 31 gennaio 2022, n. 638.

[17] Cons. Stato, Sez. VII, 8 giugno 2022, n. 4680.

to misura di tutela dell'affidabilità complessiva del sistema[18].

6. Il consolidamento del principio di fiducia oggettiva.

La decisione n. 5020/2025 rappresenta il punto di arrivo di questa evoluzione.

La vicenda trae origine da una procedura valutativa bandita ai sensi dell'art. 24, commi 5 e 6, della legge n. 240/2010, per la chiamata di un professore universitario. Il candidato aveva dichiarato nel proprio curriculum la titolarità di tre brevetti, due dei quali, tuttavia, risultavano solo in fase di domanda e non ancora formalmente concessi.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che tale circostanza integri una falsità rilevante ai sensi degli artt. 46 e 75 del d.P.R. 445/2000, precisando che l'art. 46 del testo unico non distingue tra dichiarazioni rese nel curriculum e quelle contenute nella domanda, giacché entrambe concorrono a formare l'autocertificazione dei titoli valutabili. Inoltre, evidenzia come l'autodichiarazione copre l'intero contenuto documentale e il bando di concorso richiedeva espressamente che il curriculum fosse accompagnato da una dichiarazione sostitutiva di certificazione attestante la veridicità dei titoli e delle attività scientifiche. Infine, evidenzia che l'oggetto della dichiarazione non veritiera era essenziale ai fini della valutazione comparativa e, dunque, della nomina, indipendentemente dalla collocazione formale della notizia mendace.

Quindi, il Consiglio di Stato afferma i seguenti principi.

Primo, unità della dichiarazione: «*Sul piano normativo, l'art. 46 cit. non reca alcuna distinzione tra fatti dichiarati nel curriculum vitae e fatti dichiarati nella domanda di partecipazione, facendo generale e astratto riferimento all'autodichiarazione di fatti personalmente o professionalmente rilevanti*».

Secondo, essenzialità del falso: «*L'oggetto della dichiarazione non veritiera risulta essenziale ai fini della nomina, a prescindere dalla sua materiale collocazione all'interno del curriculum vitae ovvero della domanda di partecipazione*».

Terzo, funzione valoriale della veridicità: «*La* ratio legis *(…) è quella di mettere tutti i concorrenti su un piano di parità (…) confidando sulla correttezza ed esattezza di quanto reciprocamente dichiarato*».

La decisione si colloca nella prospettiva che riconosce alla certezza pubblica un valore sistemico, in cui la tutela della fiducia nella veridicità amministrativa prevale sulla verifica dell'incidenza causale della dichiarazione non veritiera. La sentenza n. 5020/2025 pare riqualificare l'art. 75 d.P.R. 445/2000 da norma sanzionatoria a dispositivo di tutela della certezza pubblica. Il falso non è più misurato sulla base del vantaggio conseguito, ma sul suo potenziale distruttivo per l'affidabilità del sistema.

Andrea Crismani

[18] Cons. Stato, Sez. VII, 10 febbraio 2025, n. 5020.

8. Il punteggio equalizzato per l'immatricolazione ai corsi di laurea in Medicina, Chirurgia e Odontoiatria (nota a Cons. di Stato, Sez. VII, 4 ottobre 2024, n. 8005)

Sommario: 1. La vicenda giuridica. – **2.** Le questioni preliminari. – **3.** L'iter concorsuale. – **4.** Il punteggio equalizzato. – **5.** Il diritto allo studio. – **6.** Il giudizio di primo grado. – **7.** La decisone del Consiglio di Stato. – **8.** Considerazioni conclusive.

1. La vicenda giuridica.

La sentenza in commento interviene sul tema delle modalità d'ammissione ai corsi di laurea a numero chiuso degli aspiranti medici che, puntualmente, ogni anno, genera un considerevole contenzioso[1].

Nel caso specifico, il Consiglio di Stato si è occupato della questione attinente ai criteri valutativi utilizzati all'interno delle prove d'esame necessarie per accedere ai Corsi di laurea in Medicina, Chirurgia e Odontoiatria, indette con Decreto del Ministero dell'università e della ricerca del 24 settembre 2022, n. 1107.

Il candidato, in ragione del punteggio ottenuto nella graduatoria unica nazionale, non utile ad immatricolarsi in una delle sedi universitarie prescelte, ha agito in sede d'appello in via principale, dopo che in primo grado l'impugnazione era stata par-

[1] Tra le questioni più significative che hanno visto intervenire il Giudice amministrativo si segnala in particolare quella relativa all'anonimato delle prove, che ha originato le pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 20 novembre 2013, nn. 26, 27 e 28 con riferimento alla modalità di ammissione per l'a.a. 2010/2011, e della Sez. VI, n. 15/2015 per l'a.a. 2014/2015. Sul tema dell'anonimato nelle prove di concorso, il giudice amministrativo ha stabilito come questi sia corollario del principio costituzionale di uguaglianza nonché di quelli del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, la quale deve operare le proprie valutazioni senza lasciare alcuno spazio a rischi di condizionamenti esterni e dunque garantendo la par condicio tra i candidati; tale criterio, costituendo applicazione di precetti costituzionali, assume una valenza generale ed incondizionata, mirando esso in sostanza ad assicurare la piena trasparenza di ogni pubblica procedura selettiva e costituendone uno dei cardini portanti. Qualora l'Amministrazione si discosti in modo percepibile dall'osservanza delle norme in materia di anonimato delle prove scritte di concorso, si determina una illegittimità di per se rilevante e insanabile, venendo in rilievo una condotta già ex ante implicitamente considerata come offensiva in quanto appunto connotata dall'attitudine a porre in pericolo o anche soltanto minacciare il bene protetto dalle regole stesse; mutuando la antica terminologia penalistica, può affermarsi che la violazione dell'anonimato da parte della commissione nei pubblici concorsi comporta una illegittimità da pericolo c.d. astratto e cioè un vizio derivante da una violazione della presupposta norma d'azione irrimediabilmente sanzionato dall'ordinamento in via presuntiva, senza necessità di accertare l'effettiva lesione dell'imparzialità in sede di correzione.

zialmente accolta (Tar Lazio, sede di Roma, Sez. III, n. 863/2024)[2], pur non disponendo nulla circa la sua ammissione ai corsi di laurea in sovrannumero, oltre a non aver ordinato la ripetizione della prova.

Il giudizio si perfezionava con gli atti di costituzione degli enti resistenti – Ministero dell'Università e della Ricerca, Presidenza del Consiglio, diverse università ed il Consorzio interuniversitario sistemi integrati (Cisia) – e delle parti private che, per quanto di rispettivo interesse, hanno appellato la sentenza di primo grado in via incidentale contestando l'accoglimento del ricorso nel merito e censurando la mancata dichiarazione di inammissibilità per carenza di interesse ad agire, in ragione del mancato superamento della prova di resistenza e per non avere dichiarato il difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei ministri e del Ministero della salute.

2. Le questioni preliminari.

Il Collegio, prima di entrare nel merito della vicenda, ha analizzato le questioni preliminari concernenti l'interesse ad agire del ricorrente e la legittimazione passiva delle amministrazioni pubbliche governative diverse dal Ministero dell'Università e della Ricerca.

Tali eccezioni, devolute in secondo grado a mezzo di appelli incidentali, non sono state ritenute fondate. Il Consiglio di Stato ha asserito quanto già disposto dal Tar e, relativamente al primo profilo, ha ritenuto superato il vaglio della prova di resistenza[3], considerata non già un mero adempimento formale quanto piuttosto un vero e proprio *onus probandi* che, ai sensi dell'art. 2697 c.c., grava sulla parte ricorrente ed incide sulla sussistenza, o meno, dell'interesse ad agire in giudizio.

Ha poi sottolineato come le censure mosse hanno riguardato non solo i motivi di impugnazione dell'intera procedura concorsuale, ma anche quelli relativi alla prova d'esame. Dunque, dall'accoglimento di una o dell'altra censura si sarebbe certamente ottenuto il medesimo effetto: la reintegrazione del ricorrente nella *chance* di con-

[2] In senso opposto alla sentenza in commento, invece, la vicenda riguardante l'ammissione relativa all'anno accademico 2018/2019. In quell'occasione il Tar aveva dichiarato inammissibile il ricorso proposto per l'annullamento del D.M. 337/18 (ovvero il bando che definiva le modalità per l'accesso al corso di laurea in medicina e chirurgia e al corso di odontoiatria e protesi dentaria per l'a. a. 2018/2019). Tuttavia, in secondo grado, la decisione veniva totalmente ribaltata sulla scorta di un duplice profilo attinente: "da un lato, quella di consentire agli Atenei, sotto il profilo organizzativo, la possibilità di garantire un'offerta formativa compatibile con le proprie risorse strumentali e umane, dall'altro, quella di assicurare l'accesso al predetto corso ai soggetti in possesso delle cognizioni tecniche e delle capacità attitudinali necessarie per la proficua frequenza di corsi universitari di così elevato livello formativo". Cons. Stato, Sez. VII, n. 8213/2022.

[3] Per tale superamento si intende quel bisogno effettivo di tutela giurisdizionale e, come tale, rilevante quale condizione dell'azione ex art. 100 c.p.c., nel senso che l'annullamento degli atti gravati deve risultare idoneo ad arrecare al ricorrente un'effettiva utilità. Sul punto per consolidata giurisprudenza nelle controversie relative alla contestazione dei risultati di un concorso pubblico non può prescindersi – ai fini della verifica della sussistenza di un concreto ed attuale interesse al ricorso – dalla c.d. prova di resistenza, dovendo, infatti, il ricorrente principale dimostrare (o comunque quantomeno fornire un principio di prova in ordine al) la possibilità di ottenere un collocamento in graduatoria in posizione utile in caso di eventuale accoglimento dei motivi di ricorso proposti, essendo altrimenti inammissibile la domanda formulata. Infatti, il candidato, che impugna i risultati di una procedura concorsuale, ha l'onere di dimostrare il suo interesse, attuale e concreto, a contestare la graduatoria, non potendo egli far valere, quale *defensor legitimitatis*, un astratto interesse dell'ordinamento ad una corretta formulazione della graduatoria, se tale corretta formulazione non comporti per lui alcun apprezzabile risultato concreto. (*ex multis*, C.G.A., 4 marzo 2019, n. 201; Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2019 n. 5837; sez. IV, 2 settembre 2011, n. 4963 e 20 maggio 2009, n. 3099; sez. III, 5 febbraio 2014 n. 571).

seguire il bene della vita perseguito, dato dall'immatricolazione in un corso di laurea a numero programmato nell'anno accademico 2023-2024[4].

Quanto alla censura relativa alla qualità di «pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato», ai sensi dell'art. 41, comma 2, cod. proc. amm., le parti resistenti hanno ritenuto la chiamata in giudizio della Presidenza del Consiglio dei ministri superflua in quanto amministrazione a cui non è ascrivibile una diretta paternità degli atti. Nondimeno, per il secondo decisore, tale considerazione non doveva essere intesa in senso restrittivo, poiché la Presidenza seppur non abbia emanato direttamente gli atti impugnati, ha certamente contribuito a riceverne gli effetti in quanto amministrazione concorrente alla loro formazione o comunque coinvolta nell'*iter* procedimentale degli stessi, a mezzo di atti presupposti, consequenziali o connessi e utilizzati nella fase programmatoria del fabbisogno professionale del settore sanitario[5]. Da tale base è, poi, stata stabilita l'offerta annua di posti per relativi corsi di laurea, i cui atti sono stati impugnati con il ricorso di primo grado unitamente a quelli della prova di ammissione, con motivi riproposti con l'appello principale.

Inoltre, aggiunge il giudice, le amministrazioni hanno manifestato il proprio interesse a resistere[6] già con la costituzione nel giudizio di primo grado e, poi, con gli appelli incidentali autonomi, il tutto a dimostrazione che le medesime hanno riconosciuto a pieno il ruolo di parte resistente e di essere destinatarie delle domande di annullamento proposte nei loro confronti.

3. L'iter concorsuale.

Superati i profili preliminari, conformi al primo grado di giudizio, appare opportuno effettuare una breve disamina della vicenda concorsuale. Nella sentenza oggetto di gravame, il giudice di prime cure, si era espresso per l'illegittimità del criterio posto alla base dell'attribuzione del punteggio previsto dalla normativa concorsuale inserita nel citato decreto d'indizione delle prove. Tale atto ha previsto che per l'anno accademico 2023/2024 l'ammissione dei candidati[7], sarebbe avvenuta a seguito di superamento di apposita prova d'esame cd. TOLC (acronimo di Test OnLine Cisia) quale strumento utile a determinare i punteggi dei candidati da far, poi, confluire nel procedimento di formazione delle graduatorie di accesso ai corsi a numero programmato nazionale. Sono stati ammessi a partecipare ai TOLC, ai fini dell'accesso ai corsi di laurea, i candidati iscritti al quarto o al quinto anno delle scuole secondarie di secondo grado italiane o quelli che erano in possesso di un diploma rilasciato in Italia da un istituto di istruzione secondaria di secondo grado.

La gestione della procedura selettiva è stata affidata al Consorzio Interuniversitario Sistemi integrati per l'accesso (per l'appunto il Cisia), ovvero organo di orientamento

[4] Sul punto Cons. Stato, VII, 26 giugno 2023, nn. 6237 e 6238.
[5] V. nota n. 28.
[6] V. Cons. Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 22.
[7] Per candidati si intendono i soggetti dei Paesi UE e dei Paesi non UE di cui all'art. 39, comma 5, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, nonché dei Paesi non UE residenti all'estero ai corsi laurea magistrale a ciclo unico di medicina e chirurgia, odontoiatria e protesi dentaria e medicina veterinaria in lingua italiana di cui all'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 2 agosto 1999, n. 264.

universitario e soggetto giuridico cui deve essere attribuita la paternità del nuovo modello scientifico stante alla base del criterio di selezione per le immatricolazioni. Non a caso le censure più rilevanti mosse dall'appellante, sia in primo che in secondo grado, riguardavano la modalità di attribuzione dei punteggi delle prove che, per tale sessione, si sono caratterizzate per l'utilizzo di un sistema "equalizzato", predisposto dal Cisia e adottato dal Ministero competente[8].

Vi è da precisare che per l'annualità 2023 le sessioni propedeutiche all'ammissione ai corsi di laurea sono state fissate nel mese di aprile e nel mese di luglio e hanno avuto luogo secondo modalità e tempi definiti dal calendario adottato con decreto della competente Direzione generale del Ministero: ai fini della formazione delle graduatorie di accesso ai corsi di laurea a numero programmato nazionale disciplinati dal predetto decreto è stato utilizzato, su istanza del candidato, il miglior punteggio ottenuto nelle due sessioni disponibili per l'anno accademico 2023/2024.

Per ciascuna sessione dei TOLC la somministrazione dei test è stata effettuata in presenza, presso la sede scelta dal candidato all'atto della iscrizione alla prova. I test sono stati erogati per ciascun candidato, mediante la piattaforma informatica Cisia, in apposite postazioni, predisposte dagli atenei secondo le modalità definite con successivo decreto della competente Direzione generale del Ministero. Successivamente, i candidati hanno presentato la domanda di inserimento in graduatoria, ai sensi della lettera b) dell'art. 5 del citato D.M. n. 1107/2022.

Per quanto riguarda la strutturazione dei quesiti, le prove erogate nelle due sessioni hanno riguardato argomenti relativi alle sezioni di cui all'allegato 1 al D.M. n. 1107/2022[9], il test TOLC è stato sostenuto in una qualsiasi sede scelta dal candidato all'atto dell'iscrizione, anche se diversa da quella in cui il candidato si sarebbe poi immatricolato.

Ricostruito l'*iter* concorsuale, è d'obbligo analizzare la metodologia utilizzata per il calcolo dei risultati delle prove degli aspiranti medici: il punteggio equalizzato, strumento dichiarato capace di «misura(re) la difficoltà della prova», ed ottenuto secondo il «modello scientifico e il sistema di attribuzione dei punteggi equalizzati», enunciato nell'allegato 2 al decreto ministeriale richiamato[10].

[8] Ai sensi dell'art. 6, c. 4, D.M. n. 1107/2022, infatti, è stato previsto che: "Al candidato che ha sostenuto il test TOLC è assegnato un punteggio c.d. "equalizzato" che è ottenuto sommando il punteggio conseguito dal candidato con le risposte fornite ai quesiti 8 (punteggio c.d. "non equalizzato") e un numero che misura la difficoltà della prova denominato "coefficiente di equalizzazione della prova". L'attribuzione del punteggio non equalizzato avviene come segue: - 1,00 punti per ogni risposta esatta; - meno 0,25 punti per ogni risposta errata; - 0 punti per ogni risposta omessa. Il modello scientifico e i criteri di valutazione delle prove secondo il coefficiente di equalizzazione sono disciplinati nell'Allegato 2, che costituisce parte integrante del presente decreto."

[9] Nello specifico riguardavano: competenze di lettura e conoscenze acquisite negli studi, biologia, chimica, fisica, matematica e ragionamento.

[10] Ai sensi dell'allegato 2 del D.M. n. 1107 del 24 settembre 2022, Modello scientifico e sistema di attribuzione dei punteggi equalizzati, questi viene descritto come: "Il nuovo sistema di accesso prevede un cambiamento sostanziale rispetto al modello previgente ed ha l'obiettivo di realizzare una selezione in ingresso equa ed efficace, che garantisca pari opportunità di accesso, ripetibilità delle prove e possibilità di attingere a strumenti di miglioramento della preparazione iniziale. Coerentemente con tale obiettivo, il nuovo modello di selezione ed accesso costituirà altresì un efficace strumento di orientamento che supporterà i partecipanti nella scelta consapevole del proprio percorso formativo. La predisposizione e la custodia dei quesiti è conseguente agli obiettivi posti alla base del modello scientifico. Elemento essenziale del modello, garantito dal CISIA, è costituito dal costante monitoraggio e dall'analisi dei risultati al fine di migliorare nel tempo la capacità orientativa e la capacità predittiva del test. Più nel dettaglio le prove saranno

4. Il punteggio equalizzato.

Il MUR con l'introduzione del modello scientifico del sistema di attribuzione dei punteggi equalizzati[11], si è posto come obiettivo quello di avere un indicatore capace di armonizzare la facilità delle prove[12] e parametrare le risposte fornite in ragione della difficoltà (o facilità) di ciascun quesito[13], estratto da una banca dati previamente formata e composta da 1700 quiz.

L'obiettivo perseguito era quello di porre i candidati in condizioni di parità[14], nella prevista prospettiva della ripetibilità della prova stessa oltre che della diversità dei quesiti che la compongono. A tal proposito, per ogni quesito è stato misurato il relativo livello di difficoltà, attraverso l'attribuzione di un coefficiente di facilità fondato su un criterio di carattere statistico, incentrato sulla media dei punteggi registrati nella prima sessione, ovvero quella di aprile (ridenominata in base alla normativa concorsuale «periodo di calibrazione»). La somma dei coefficienti di difficoltà dei quesiti di cui si è composta ciascuna prova è stata poi sottratta dal valore massimo ottenibile in base alle risposte esatte (50) e il risultato così ottenuto è stato infine aggiunto al punteggio risultante dalle risposte date dal candidato.

Ciò posto, le modalità di funzionamento e di valutazione sono state puntualmente descritte nel D.M. n. 1107/2022 che, nella sezione apposita relativa alla valutazione delle prove con punteggio equalizzato, stabiliva come «Il punteggio che viene assegnato al partecipante, detto punteggio equalizzato, è ottenuto sommando il punteggio ottenuto dal partecipante con le risposte date ai quesiti, detto punteggio non equalizzato, e un numero che misura la difficoltà della prova, chiamato coefficiente di equalizzazione della prova».

È comprensibile come tale meccanismo, utilizzato per la prima volta nella sessione in narrativa e caratterizzato da una forte vocazione matematica, sia stato oggetto di pesanti censure. Non a caso entrambe le difese, di ambo i lati, sono state affiancate da relazione tecnica a sostegno delle diverse tesi. Parte appellante ha contestato la funzione uniformatrice auspicata dall'amministrazione in quanto tale criterio, a suo dire, era stato capace di alterare la *par condicio* tra i concorrenti[15] venendo meno al suo fine dichiarato di armonizzare la prova.

composte da quesiti la cui effettiva difficoltà sarà determinata a valle dell'erogazione. I punteggi assegnati ai partecipanti sono calcolati introducendo un coefficiente di equalizzazione che tiene conto delle difficoltà misurate dei singoli quesiti e rende equa la comparazione di tutte le prove sostenute, anche se composte da quesiti diversi e svolte in momenti diversi. Ne consegue che i quesiti presenti nelle prove devono necessariamente costituire una banca dati riservata non pubblica, di proprietà del CISIA, progressivamente alimentata e aggiornata, in grado di soddisfare l'esigenza di migliorare e mantenere nel tempo la qualità della selezione. Anche in presenza di una banca dati riservata, è possibile comunque garantire tutti gli elementi di trasparenza attraverso la comunicazione dei criteri e dei singoli argomenti con cui si costruisce il test e delle procedure attraverso le quali si garantisce l'analoga difficoltà/selettività dei test sostenuti e la pubblicazione di esercitazioni molto simili al test per argomenti e difficoltà. In casi motivati sarà comunque garantito l'accesso secondo modalità stabilite dagli Atenei e dal CISIA."

[11] Il punteggio equalizzato della prova (*Peq*) di ogni partecipante si ottiene sommando al punteggio non equalizzato della prova (*Pne*) il coefficiente di equalizzazione della prova (*Ceq*). V. Decreto Ministeriale n. 1107/2022, all. 2.

[12] Si definisce coefficiente di facilità di una prova (*CdFP*) la somma dei coefficienti di facilità dei *k* quesiti (*CdFi*) che la compongono. V. Decreto Ministeriale n. 1107/2022, all. 2.

[13] Si definisce coefficiente di facilità (CdF) di un quesito erogato il valor medio dei punteggi ottenuti per quello specifico quesito dagli *N* partecipanti ai quali il quesito è stato somministrato durante il periodo di calibrazione. V. Decreto Ministeriale n. 1107/2022, all. 2.

[14] V. nota successiva.

[15] Le norme relative alla condizione di parità che deve essere sempre garantita in sede concorsuale sono rinvenibili nei

5. Il diritto allo studio.

Compresi i principali profili di merito attinenti alla metodologia utilizzata per la scelta dei candidati

più validi, di natura strettamente tecnica e forse poco utile a far comprendere, in tale sede, gli interessi posti in gioco, è necessario descrivere la più ampia cornice del diritto allo studio[16], ove deve essere calata la presente vertenza.

Il punto cardine della materia, a livello nazionale, è certamente quello rinvenuto all'interno del dettato costituzionale pacificamente individuato nell'art. 34 Cost., che sancisce come «la scuola è aperta a tutti», e prosegue con la previsione dell'obbligatorietà e gratuità dell'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni (co. 2) e del diritto dei capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, di raggiungere i gradi più alti degli studi (co. 3) e chiude gravando la Repubblica del compito di rendere effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso (co. 4)[17].

Ai fini del presente commento occorre soffermarsi, in particolar modo, sul co. 3 dell'art. 34 Cost., ove si configura un sistema utile a garantire la meritocrazia dei più capaci, aldilà della propria condizione di partenza[18] al fine di garantire il principio d'uguaglianza, in ossequio all'art. 3 Cost., co. 2, oltre quanto previsto all'art. 9, co. 1, ove è dichiarato che «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica».

Ulteriori disposizioni costituzionali vengono, poi, richiamate dallo stesso Tar Lazio nella sentenza di primo grado e poi riformata dalla pronuncia in commento: «Tali previsioni non soltanto attuano il principio personalistico (art. 2: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità"), ma si rivelano funzionali all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà richiamati dal medesimo art. 2, in vista dello svolgimento da parte di ciascuno "secondo le proprie possibilità e la propria scelta, [di] un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società».

Il tutto in ossequio a quanto previsto ed avallato dalla Corte Costituzionale, la quale nel 2002 ha fatto proprio il principio di

canoni dell'art. 97 della Costituzione; nei principi di cui all'art. 1 della L. 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi) in relazione ai generali canoni volti a guidare l'intera attività amministrativa; nella disciplina di dettaglio del D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487 (Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi).

[16] Interessante ricostruzione sul tema del diritto allo studio – nel quadro dei principi costituzionali fondamentali, della giurisprudenza costituzionale, nonché della più recente legislazione statale e regionale – è effettuata da M. Rosini, *Capacità, merito e carenza di mezzi. Riflessioni critiche sul diritto allo studio*, in *Federalismi*, 2022.

[17] Autorevoli commenti dell'art. 34 Cost.: M. Benvenuti, *Articolo 34*, in F. Clementi - L. Cuocolo - F. Rosa - G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna 2021, 238 ss.; Q. Camerlengo, *Art. 34 Cost.*, in S. Bartole - R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 341 ss; A. Poggi, *Art. 34*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino 2006, 704 ss.; B. Caravita, *Art. 33 e 34*, in V. Crisafulli - L. Paladin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 1990, 232; S. Cassese, A. Mura, *Art. 33 e 34*, in M. Bessone - L. Montuschi - D. Vincenzi Amato - S. Cassese - A. Mura, *Rapporti etico-sociali. Commentario della Costituzione*, diretto da G. Branca, Roma 1976, 252 ss.

[18] F. Grandi, *L'accesso ai più alti gradi dell'istruzione (il diritto allo studio attraverso la lente del principio personalista)*, in M. Della Morte (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli 2016, 61.

"diritto allo studio" inteso come «il diritto di studiare, nelle strutture a ciò deputate, al fine di acquisire o di arricchire competenze anche in funzione di una mobilità sociale e professionale, è d'altra parte strumento essenziale perché sia assicurata a ciascuno, in una società aperta, la possibilità di sviluppare la propria personalità, secondo i principi espressi negli artt. 2, 3 e 4 della Costituzione»[19] e sempre nella stessa sentenza, ha anche chiarito quelli che devono essere i criteri per accedere all'istruzione superiore[20].

Anche a livello sovranazionale le considerazioni restano ferme e univoche, il diritto all'istruzione è sancito dall'art. 2 del protocollo addizionale alla CEDU, secondo cui «il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno». Sul punto la Corte EDU[21] ha, allora, precisato che il suddetto diritto non è assoluto, potendo essere sottoposto a limitazioni, purché queste siano prevedibili e perseguano un obiettivo legittimo capace di azionare un filtro utile a garantire l'ingresso soltanto a quei soggetti adatti ad assicurare un elevato livello di professionalità.

Anche la Corte di Giustizia si è occupata dei corsi universitari a numero chiuso, nello specifico caso Bressol (C-73/08), nell'ambito di una controversia insorta nell'ordinamento belga relativamente alle restrizioni previste per l'accesso di studenti stranieri ai corsi di formazione medica e paramedica, caratterizzate dalla previsione di un livello massimo di studenti ammissibili stabilito per decreto, nonché dall'estrazione a sorte, da parte degli istituti interessati, ai fini dell'ingresso nel predetto contingente. In quella sede la Corte si era limitata a stabilire il principio generale per cui «Le restrizioni all'accesso ai detti studi, introdotte da uno Stato membro, devono essere [...] limitate a quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti e devono consentire un accesso sufficientemente ampio per i detti studenti agli studi superiori», demandando al giudice del rinvio la mera verifica delle modalità «di selezione degli studenti non residenti si limiti all'estrazione a sorte e, in tal caso, se tale modalità di selezione fondata non sulle capacità dei candidati interessati, bensì sull'alea, risulti necessaria ai fini del raggiungimento degli obiettivi perseguiti». Nel caso sottoposto alla Corte di Giustizia, da cui prende le mosse il Tar Lazio per la decisione di primo grado, poi appellata, è certamente lampante l'elemento aleatorio, che ben si identifica con la scelta di estrarre "a sorte" i candidati da selezionare. Nondimeno, il giudice di primo grado, partendo da tale massimo concetto di alea ha delineato tutta una serie di argomentazioni utili a ritenere la procedura *de qua* afflitta da elementi aleatori o quantomeno

[19] Corte cost. 29 maggio 2002, n. 219, punto 4 del Considerato in diritto.

[20] Per il giudice della legalità costituzionale delle leggi: "Il diritto allo studio comporta non solo il diritto di tutti di accedere gratuitamente alla istruzione inferiore, ma altresì quello – in un sistema in cui "la scuola è aperta a tutti" (art. 34, primo comma, della Costituzione) – di accedere, in base alle proprie capacità e ai propri meriti, ai "gradi più alti degli studi" (art. 34, terzo comma): espressione, quest'ultima, in cui deve ritenersi incluso ogni livello e ogni ambito di formazione previsti dall'ordinamento". Con la conseguenza che "Il legislatore [...] può regolare l'accesso agli studi, anche orientandolo e variamente incentivandolo o limitandolo in relazione a requisiti di capacità e di merito, sempre in condizioni di eguaglianza, e anche in vista di obiettivi di utilità sociale", Corte cost. cit., n. 219 ripresa dalla più recente Corte cost. 19.3.2021, n. 42.

[21] Nei punti 48 e 49 della sentenza 2 aprile 2013 Tarantino e altri c. Italia: "48. The Court further considers that these restrictions conform to the legitimate aim of achieving high levels of professionalism, by ensuring a minimum and adequate education level in universities running in appropriate conditions, which is in the general interest. 49. As to the proportionality of the restrictions, firstly in relation to the entrance examination, the Court notes that assessing candidates through relevant tests in order to identify the most meritorious students is a proportionate measure to ensure a minimum and adequate education level in the universities".

discutibili, tale da viziarne il meccanismo di selezione.

Chiarito, dunque, il quadro nazionale e sovranazionale, entro il quale il giudice amministrativo è stato chiamato ad operare, è necessario soffermarsi sulle previsioni del caso, in primo e secondo grado, della sentenza in commento.

6. Il giudizio di primo grado.

L'accoglimento del ricorso da parte del Tar e poi riformato dal secondo giudicante, partiva dal presupposto che, nel contesto di principio poc'anzi richiamato, un sistema di selezione dei più meritevoli da ammettere ai corsi superiori ma caratterizzato da elementi fortemente aleatori avrebbe avuto come conseguenza quella di smentire il dettato costituzionale che garantisce, ai capaci e meritevoli, l'accesso agli studi superiori.

Nella sentenza impugnata, il primo giudice, in riferimento all'alea si era espresso nettamente a sfavore del meccanismo equalizzato, in quanto a suo dire questo non era in grado di soddisfare le esigenze selettive poiché presentava: «elementi di alea che, da un lato, non sono giustificati da esigenze oggettive della selezione e, dall'altro, non consentono un ordinamento degli aspiranti sulla base della sola *performance*, essendo la relativa posizione influenzata, in maniera anche significativa e determinante l'accesso ai corsi di laurea, dall'attribuzione di un fattore di parametrazione del punteggio che limita, in modo per ciascuno diverso, il punteggio massimo raggiungibile e che mina, pertanto, la *par condicio* tra i candidati».

Ulteriori spunti sono emersi dalla relazione tecnica depositata dal Cisia in primo grado, dalla quale il giudice aveva estratto gli aspetti principali del criterio equalizzato quali: «una banca dati composta di 1.700 quesiti quindi, sarebbero (in base a quanto affermato da Cisia, ancorché vi sia agli atti obiettiva evidenza) state composte prove (intese come insieme di quesiti da sottoporre ai candidati) valutate *ex ante* analoghe in termini di difficoltà assegnata dagli esperti e identiche per struttura; all'esito della prima sessione di esami è stato calcato il coefficiente di equalizzazione dei singoli quesiti, e quindi delle prove, sottraendo dal numero dei quesiti, 50, la somma dei punteggi medi (arrotondati ai centesimi) ottenuti dai quesiti nel periodo di calibrazione. Il punteggio equalizzato è, quindi, ottenuto sommando il punteggio grezzo, dato dalla sommatoria del risultato ottenuto sulla base delle risposte esatte (1 punto), omesse (0 punti) o errate (-0,25 punti), e il coefficiente di equalizzazione; il coefficiente di equalizzazione è stato calcolato sottoponendo ciascun quesito a una popolazione, suddivisa in cluster, analoga alla popolazione nazionale iscritta al test;- il coefficiente calcolato al termine della sessione di aprile è stato utilizzato anche per la determinazione del punteggio equalizzato nella sessione di luglio».

In virtù di tali assunti era arrivato a convincersi del fatto che le prove somministrate ai candidati non erano omogenee quanto a difficoltà complessiva individuata attraverso il coefficiente di equalizzazione. Il tutto veniva, invece, smentito dalla resistente Cisia che affermava come la tendenziale omogeneità delle prove sarebbe stata assicurata attraverso un duplice criterio: il primo, attinente all'attribuzione di un livello di difficoltà ai quesiti componenti le prove, determinato in base a una valutazione *ex ante*; successivamente, tale primo gradiente di difficoltà veniva corretto attraverso il metodo statistico, sulla base delle percentuali di successo nelle risposte effettivamente ri-

scontrate nel corso della prima sessione di aprile cd. periodo di calibrazione.

La difesa delle resistenti non aveva convinto appieno il Tar che, sulla base di tali presupposti, si era persuaso per l'inomogeneità delle prove quanto a difficoltà complessiva individuata attraverso il coefficiente di equalizzazione, che aveva precluso la possibilità di raggiungere il «punteggio massimo conseguibile», a causa di un «fattore, non controllabile dal candidato, di premialità o penalizzazione suscettibile, di per sé, di influenzare l'accesso o l'esclusione dai corsi», oltre che di porre lo stesso candidato «in una situazione di partenza diversa l'uno dall'altro e del tutto affidata al caso».

Di conseguenza, il vaglio di legittimità del sistema equalizzato non risultava superato e pertanto ne seguiva l'annullamento di tutti quegli atti connessi e consequenziali al citato D.M di indizione delle prove, ivi compresi i bandi di concorso per l'accesso ai corsi di laurea e della graduatoria unica nazionale del concorso per l'ammissione al Corso di Laurea in Medicina e Chirurgia e in Odontoiatria e Protesi Dentaria per l'anno accademico 2023/2024. Tuttavia, come anticipato in premessa, l'accoglimento risultava parziale in quanto escludeva la caducazione degli atti posti in essere in esecuzione degli atti annullati e, in particolare, delle immatricolazioni già avvenute e di quelle in via di perfezionamento per il succitato anno accademico, negando così l'immatricolazione in soprannumero dei candidati utilmente collocati in graduatoria, per non essere stato dimostrato «un nesso di implicazione diretta tra l'adozione del meccanismo di equalizzazione e la mancata ammissione ai corsi per quanto riguarda parte ricorrente». Inoltre, non veniva prevista alcuna ripetizione della prova, rispetto alla quale è stato considerato ostativo l'aspetto organizzativo e venivano esclusi gli effetti invalidanti nei confronti delle immatricolazioni «già avvenute e di quelle in via di perfezionamento» sulla base della graduatoria annullata nonché degli eventuali scorrimenti[22].

Ciò posto, il candidato rimasto escluso in sovrannumero, proponeva appello al secondo giudice che ripercorreva il primo grado di giudizio.

7. La decisone del Consiglio di Stato.

Come precedentemente esposto, la sentenza di primo grado ha giudicato illegittimo il modello scientifico che presiedeva al sistema di attribuzione del punteggio equalizzato, sulla cui base veniva definito l'ordine di graduatoria.

Tuttavia, il Consiglio di Stato ha rinvenuto elementi in senso contrario, direttamente ricavabili dal sistema di attribuzione dei punteggi equalizzati. Si è, infatti, evidenziato come lo strumento era stato concepito in funzione della «ripetibilità delle prove» prevista dalla normativa concorsuale, per cui il fatto che ogni candidato avrebbe potuto partecipare ad una doppia sessione di test legittimava l'utilizzo di una formula astrattamente capace di "migliorarsi" tra una sessione e l'altra.

Il giudice ha, poi, ricostruito la forbice dell'intervallo numerico entro il quale il meccanismo operava[23], tale elaborazione ha consentito al giudicante di demolire l'assunto del Tar circa l'esito della prova demandata «ad un fattore non controllabile dal

[22] Cfr. *ex multis*: T.A.R., Lazio, Roma, III n. 18980/2023; T.A.R. Lazio, Roma, III, n. 11328/2021, pp. da 17 a 19; T.A.R. Lazio, Roma, III, 7 giugno n. 7358/2022; Cons.St., VI, n. 2296/2022; Cons. St., VI, n. 2302/2022, p. 3.2.

[23] V. punti nn. 10 e 11 della sentenza in nota.

candidato e pertanto non dipendente dalle sue capacità, a causa del diverso coefficiente di equalizzazione applicabile a ciascuna prova».

L'equalizzazione, dunque, avrebbe garantito la giusta parametrazione dei quesiti operata su base statistica e gli scostamenti di punteggio rispetto al massimo ottenibile sarebbero stati frutto di un «fondamento razionale in un inoppugnabile e non contestato sistema di misurazione della difficoltà dei quesiti avente base statistica».

In estrema sintesi la procedura è stata ritenuta salvabile poiché in linea con il principio di parità, garantito da un sistema di formazione del punteggio finale capace di tener conto del potenziale fattore di alterazione della parità di trattamento dei candidati, insito nell'estrazione causale dalla relativa banca dati di quesiti di diverso livello di difficoltà e dunque nel potenziale differente livello di difficoltà di ciascuna prova nel suo complesso.

Il Collegio ha visto, in senso opposto al Tar, nel coefficiente di equalizzazione una vera e propria funzione omogenizzante utile a garantire il riequilibrio del diverso livello difficoltà della prova e di correzione della casualità insita nel suo meccanismo di formazione; il tutto in coerenza con i canoni di *par condicio*, di selezione imparziale a stampo meritocratico che sul piano della legittimità amministrativa regolano il funzionamento dei pubblici concorsi.

Viene, poi, respinto energicamente l'automatismo secondo il quale «qualsiasi equalizzazione comporterebbe una distorsione», anzi ne viene sottolineata la funzione correttiva svolta dal coefficiente rispetto al diverso livello di difficoltà delle prove sostenute.

Vengono, poi, superate le ulteriori contestazioni di carattere tecnico di parte appellante, supportate dalla relazione prodotta, ma smentite dalle controdeduzioni del Cisia. Esse riguardavano rispettivamente le scelte di: impostare l'equalizzazione a livello dei singoli quesiti; limitare la rilevazione (il c.d. periodo di calibrazione) alla sola sessione di aprile e non anche a quella di luglio; ridurre l'ampiezza della banca dati; impostare il sistema di calcolo dei coefficienti di difficoltà dei quesiti con arrotondamento alla seconda cifra decimale. Tutte considerazioni che non hanno trovato presa nel giudizio di appello.

Ancora, ritenute inammissibili, sono state le ulteriori censure riproposte con l'appello principale, *ex* art. 101, comma 2, cod. proc. amm., relative alla scelta dell'amministrazione di non aver somministrato quesiti differenti per ognuna delle due sessioni, non scongiurando il rischio di una fuga di domande tra la prima e la seconda sessione di prove. Il rischio palesato era quello di attribuire un vantaggio ai partecipanti delle rispettive prove ledendo la *par condicio*, sulla base del criterio di pericolo astratto[24]. Tuttavia, il ricorrente non avendo specificato la sessione di suo interesse è decaduto dalla possibilità di approfondimento di una eventuale lesione del suo interesse legittimo.

Il giudice, poi, rinviene nella possibilità dei candidati di scegliere a quale sessione partecipare un importante appiglio in termini di equità di trattamento. Il fatto che l'art. 8, comma 2, del decreto ministeriale del 24 settembre 2022, n. 1107, aveva previsto tale circostanza è utilizzata del giudicante per escludere qualsiasi forma di illegittimità relativa ai coefficienti di facilità dei quesiti, calcolati unicamente al termine della sessione di aprile, sulla base delle ri-

[24] V. nota n. 1.

sposte fornite dai candidati che vi avevano partecipato, e non anche in base agli esiti delle prove della sessione di luglio.

Sempre inammissibili sono state ritenute le censure relative alla ripartizione del tempo a disposizione dei candidati (90 minuti) in base alle 4 sezioni in cui era articolata la prova, raccolte all'interno del d.d. n. 1925/2022, che aveva previsto che «ogni sezione ha un tempo prestabilito, al termine del tempo di una sezione il candidato deve procedere e avviare la successiva (…); il candidato può utilizzare tutto il tempo assegnato a ciascuna sezione o chiuderla in anticipo rinunciando al tempo residuo»[25]. Tuttavia, di tali aspetti, secondo il Collegio non sono state prodotte le allegazioni utili a dimostrare il pregiudizio del ricorrente[26].

Infine, sono state ritenute generiche ed infondate le censure relative al preteso sottodimensionamento dei posti a disposizione per l'immatricolazione nei corsi di laurea a numero programmato per l'anno accademico in contestazione[27], poiché attinenti a profili di carattere discrezionale, ai sensi dell'art. 3, comma 2, della legge 2 agosto 1999, n. 264[28]. Il giudice ha ribadito come la valutazione relativa ai posti da mettere a bando risponda ad esigenze di tipo organizzativo, non sindacabili in sede giurisdizionale e non ascrivibili ad alcun sintomo di eccesso di potere, ha poi troncato la censura mossa, anche, in ragione dello sforzo numerico compiuto dall'amministrazione che si è adoperata a bandire 19.544 posti per l'anno accademico 2023-2024, quando, in realtà, in sede governativa, ne erano stati ritenuti sufficienti 18.133[29].

[25] Art. 4, comma 7, lett. b, del decreto direttoriale del 30 novembre 2022, n. 1925, recante la definizione delle modalità di svolgimento della prova d'esame.

[26] Si è anche tentato di specificare come il meccanismo avrebbe inciso sulla posizione di tutti i partecipanti in ragione di un palesato interesse astratto alla mera legalità amministrativa, non coerente con le caratteristiche di giurisdizione di tipo soggettivo quale quella amministrativa. Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4.

[27] Per l'anno accademico 2018/2019 si era invece stabilito come "Considerato che l'aumento dei posti complessivi nelle Università italiane per detti corsi di laurea, disposto sia pur a partire dell'a. acc. 2019/2020, è indizio serio e non revocabile in dubbio della fondatezza della censura sul sottodimensionamento dei posti fin qui resi disponibili, compresi quelli per cui è causa, cosa, questa, che non smentisce, ma rende l'accesso programmato ai corsi medesimi fondato su numeri dell'offerta formativa, al contempo più realistici in sé ed adeguati ai prevedibili fabbisogni sanitari futuri". Cons. Stato, sez. VI, ord. 25 luglio 2019 n. 3784.

[28] Nello specifico la norma individua "la valutazione dell'offerta potenziale, al fine di determinare i posti disponibili di cui alle lettere a), b) e c) del comma 1, è effettuata sulla base: a) dei seguenti parametri: 1) posti nelle aule; 2) attrezzature e laboratori scientifici per la didattica; 3) personale docente; 4) personale tecnico; 5) servizi di assistenza e tutorato; b) del numero dei tirocini attivabili e dei posti disponibili nei laboratori e nelle aule attrezzate per le attività pratiche, nel caso di corsi di studio per i quali gli ordinamenti didattici prevedono l'obbligo di tirocinio come parte integrante del percorso formativo, di attività tecnico-pratiche e di laboratorio; c) delle modalità di partecipazione degli studenti alle attività formative obbligatorie, delle possibilità di organizzare, in più turni, le attività didattiche nei laboratori e nelle aule attrezzate, nonché dell'utilizzo di tecnologie e metodologie per la formazione a distanza."

[29] G. Gentile, *Il reclutamento pubblico: aspetti organizzativi, modelli di selezione e nuovi assetti*, Torino, 2023, 27 ss., ove si sottolinea come la programmazione del fabbisogno di personale costituisce il momento strategico in cui le amministrazioni pubbliche danno vita alla mappa delle professionalità che, poi, troveranno un concreto riscontro nel momento della redazione del bando di concorso. Sul tema tra i tanti, S. Gasparrini, *Conoscere per reclutare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 337 ss.; G. Vecchi, *Fabbisogni e* change management *nella PA: per un reclutamento selettivo basato su progetti di riorganizzazione*, in U. Carabelli - L. Zoppoli (a cura di), *Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, in *Riv. giur. lav.*, Quad. 6, 2021, 21 ss.; H. Bonura, *Pianificazione e analisi dei fabbisogni, in Il lavoro pubblico*, a cura di G. Amoroso - V. Di Cerbo - L. Fiorillo - A. Maresca, Milano, 2019, 321 ss.; M. Esposito, Sisifo unchained*? La pianificazione delle risorse umane nel lavoro pubblico: antiche questioni (irrisolte) e nomenclature "di seconda mano"*, in *Lav. pubbl. amm.*, 3, 2018, 67; A. Riccobono, *La nuova disciplina sugli organici tra opportunità e occasioni mancate*, in *Il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo la "Riforma Madia"*, a cura di A. Garilli - A. Riccobono - C. De Marco - A. Bellavista - M. Marinelli - M. Nicolosi - A. Gabriele, Padova, 2018, 21 ss.; M. D'Onghia, *Organizzazione degli uffici e superamento delle dotazioni*

In definitiva, il Consiglio di Stato ha sancito che il meccanismo di attribuzione dei punteggi utilizzato è risultato coerente con i canoni guida di imparzialità e parità di condizioni che sul piano della legittimità amministrativa presiedono al funzionamento dei concorsi pubblici: la sentenza non lascia spazio alcuno circa la validità del sistema di equalizzazione dei punteggi.

8. Considerazioni conclusive.

La pronuncia in commento si è adoperata per legittimare l'operato delle amministrazioni coinvolte circa l'utilizzo di un innovativo sistema di calibrazione dei punteggi, demolito in primo grado e energicamente riabilitato in secondo.

Le considerazioni del Consiglio di Stato, seppur ampliamente motivate, attengono principalmente ad aspetti tecnici circa le modalità di funzionamento del metodo equalizzatore estratti dalla relazione presentata dal Consorzio Interuniversitario Sistemi Integrati per l'Accesso, poiché tali erano i principali profili di merito portati dinanzi all'attenzione del giudicante.

Tuttavia, mettendo da parte i profili tecnici, *supra* analizzati, e legittimati dal massimo organo della giustizia amministrativa, in tale sede sorge spontaneo spostare l'attenzione sulle finalità del sistema, orientato ad assicurare l'effettività del diritto allo studio e la selezione dei più capaci e meritevoli.

Se è vero che la necessità del filtro all'ingresso sia utile a garantire una scrematura degli aspiranti medici e che questo, per come descritto, sia compatibile con la normativa nazionale ed europea, non è da sottovalutare l'aspetto relativo alla somministrazione di quiz a batteria quale strumento (aldilà del metodo utilizzato per il calcolo del punteggio) potenzialmente dannoso nei confronti di tutti quegli studenti contraddistinti da una mancanza di prontezza e di caratteristiche necessarie al superamento di una prova di tale impostazione che risulta, tra l'altro, lontana dal profilo umanistico dei corsi di laurea degli aspiranti medici.

Ciò posto, appare pretestuoso pensare che soltanto chi sia in grado di cimentarsi con successo in una selezione così asettica sia poi effettivamente coincidente con quel soggetto che, con maggiore probabilità, raggiungerà con successo la conclusione del percorso di studi e potrà, in prospettiva, maggiormente contribuire al progresso della società, visto anche l'aspetto umano che deve caratterizzare il futuro medico.

Ovviamente, per chi scrive, tali motivazioni non devono indurre ad abbandonare il criterio della capacità e del merito che deve sempre guidare l'amministrazione nella configurazione dei sistemi di accesso ai corsi a numero programmato, in modo che siano assicurati l'imparzialità e il buon andamento dell'attività amministrativa (art. 97 Cost.) in un contesto caratterizzato dall'esigenza di assicurare l'equilibrio di bilancio (artt. 81 e 97 Cost.).

Tuttavia, il contenzioso legato al sistema d'ingresso ai corsi di medicina non è certo novità dell'ultima sessione[30]. Il ricorso giurisdizionale, spesse volte in doppio grado di giudizio, è quasi divenuto passaggio obbligatorio per il candidato che voglia avere un'ulteriore possibilità di immatricolazione

organiche, in M. Esposito - V. Luciani - A. Zoppoli - L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 77 ss.

[30] Cfr. note nn. 1 e 2.

al corso di laurea ambito. Tale aggiuntiva *chance* confluisce in una richiesta economica alla famiglia utile a garantire all'aspirante medico, che non sia nella condizione economica di presentare un ricorso individuale, la partecipazione come candidato-ricorrente ad azioni massive di tutela giurisdizionale in forma collettiva, organizzate da professionisti che raggruppano tutti quegli interessi comuni agli esclusi e che tentano di cristallizzare le medesime ragioni all'interno di un singolo atto capace di tutelare contemporaneamente diversi interessi e, allo stesso tempo, di abbattere i costi della giustizia amministrativa.

In tal senso appare opportuno effettuare una riflessione sull'utilità del modello a "quiz" per l'accesso ai corsi di studi, destinati alla formazione del personale medico e quindi, in definitiva, alla spiegazione di meccanismi atti ad assicurare, attraverso l'individuazione delle risorse umane da destinare al settore sanitario, l'attuazione del diritto fondamentale alla salute (art. 32 Cost.), risultando del tutto evidente che una selezione influenzata da fattori casuali delle suddette risorse non potrebbe in alcun modo ritenersi confacente all'obbligo della Repubblica, costituzionalmente sancito, di tutelare tale diritto.

L'accesso ai corsi di laurea in commento va, poi, analizzato nella prospettiva d'ingresso dei futuri medici all'interno degli organici della pubblica amministrazione[31], notoriamente segnati da gravi carenze: basti pensare al blocco del *turn over* che sin dai primi anni 2000[32], e poi con maggiore intensità dal 2010, ha contribuito alla costante riduzione del numero dei dipendenti pubblici e al progressivo invecchiamento della forza lavoro impiegata[33]. Il quadro è stato notevolmente aggravato dalle successive politiche di *austerity* seguenti alla crisi del 2008 che hanno, di fatto, sancito un pesante blocco assunzionale[34]. Tali politiche hanno visivamente segnato i più giovani i quali hanno scontato un pesante sbarramento all'accesso del mondo lavorativo, ivi compresi i camici bianchi. Il risultato ottenuto è stato quello di un ritardo nel ricambio generazionale, con logico deterioramento della qualità delle competenze e delle pro-

[31] Sul tema, A. Marra, *I pubblici impiegati tra vecchi e nuovi concorsi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, 233 s.; S. Pedrabissi, *Il procedimento concorsuale nel prisma dei saperi necessari alla Pubblica Amministrazione*, in *Var. tem. dir. lav.*, 1, 2020, 127 ss.; A. Boscati, *Dalle esigenze dell'organizzazione alle modalità di reclutamento: punti critici della disciplina vigente e possibili interventi di riforma*, in U. Carabelli - L. Zoppoli (a cura di), *Rinnovamento delle PA* e *nuovo reclutamento*, in *Riv. giur. lav.*, Quad. 6, 2021, 55; S. Gasparrini, *Conoscere per reclutare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 337 ss.

[32] Il blocco delle assunzioni ha inizio formalmente con l'art. 19 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria 2002) per poi proseguire con più vigore dal 2010.

[33] Cfr. Rapporto inapp 2021, Lavoro, formazione e società in Italia nel passaggio all'era post Covid-19, maggio 2021, p. 98, relativamente all'innalzamento dell'età media dei dipendenti pubblici (da 44,8 a 50,72) e all'incidenza del numero dei dipendenti pubblici rispetto alla popolazione (il più basso d'Europa con il 5,5%, rispetto all'8,4% della Francia, al 5,8% della Germania, e al 6,7% della Spagna). V. anche Ragioneria generale dello Stato, *La distribuzione per classi di età e andamento dell'età media nel periodo 2003-2019*, 2020; Corte dei Conti, *Relazione sul costo del lavoro pubblico 2020*, in *www.cortedeiconti.it*; FORUM PA, *Lavoro pubblico 2021*, giugno 2021, in *www.forumpa.it*; Camera dei Deputati – Servizio Studi XVIII Legislatura, Concorsi, limiti assunzionali e dotazioni organiche nella P.A., 22 luglio 2022. In chiave comparata con gli apparati pubblici europei, v. anche R. Realfonzo - A. Viscione, *Costi ed efficienza dell'amministrazione pubblica italiana nel confronto internazionale*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2015, 497 ss.

[34] Conseguentemente è scaturita una diminuzione di unità di personale, ma anche una contrazione della spesa pubblica per stipendi di 1,8 miliardi di euro in dieci anni tra il 2008 e il 2018 (Fonte: EUROSTAT). Negli anni successivi allo sblocco del turn over, i dati aggregati per comparto hanno evidenziato significative diversità all'interno dell'apparato del pubblico impiego: a fronte di una diminuzione costante del numero dei dipendenti nelle Funzioni Centrali e Locali, si è invece assistiti, dal 2018, ad una crescita delle assunzioni nel comparto sanità, cfr. Comitato scientifico per la valutazione dell'impatto delle riforme in materia di capitale umano pubblico, *Rapporto 2022*, 11.

fessionalità a servizio dell'amministrazione[35], il tutto in un momento cruciale poiché coincidente con il processo di transizione digitale[36]. Negli anni più recenti, a partire dalla legge delega n. 124/2015, il legislatore ha tentato di spezzare il *trend* negativo delle assunzioni pubbliche introducendo elementi di innovazione, superando il concetto di «dotazione organica» in favore della più ponderata nozione di «piani di fabbisogno del personale»[37], la quale, per come accennato anche nella sentenza in commento, è demandata a scelte discrezionali. Nell'opera di riassetto organizzativo il legislatore con il decreto legislativo n. 75 del 2017 ha operato modifiche sostanziali al decreto legislativo 165 del 2001 (agli artt. 6[38] e 6-*ter*[39]) implementando la disciplina dei piani fabbisogni di personale e, con la l. 56/2019, ha poi previsto che le amministrazioni nella redazione del piano del fabbisogno debbano tener conto anche «dell'esigenza di assicurare l'effettivo ricambio generazionale e la migliore organizzazione del lavoro, nonché, in via prioritaria, di reclutare figure professionali con elevate competenze»[40].

Tale breve ricostruzione è valida per rimarcare come gli interventi normativi dell'ultimo decennio siano orientati verso una rotta capace di rimpolpare le maglie dell'amministrazione, tuttavia, nel sistema di accesso alle professioni sanitarie, tale fine viene ostacolato dalle difficoltà generate dai meccanismi d'accesso. Gli studenti, in spesse occasioni, hanno attuato sistemi evasivi del sistema nazionale dei test, tramite iscrizione ad università dell'Ue maggiormente permissive in termini di entrata, per poi rientrare all'interno del sistema nazionale con il riconoscimento degli esami conseguiti all'estero[41] o, in ipotesi più estreme,

[35] M. D'Onghia, *La centralità della pianificazione dei fabbisogni e del sistema di reclutamento per una pubblica amministrazione efficiente*, in *Var. tem. dir. lav.*, 1, 2020, 76.

[36] Sul tema L. Zoppoli - P. Monda, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2, 2020; C. Acocella - A. Di Martino, *Il rinnovamento delle competenze nell'amministrazione digitale*, in *Riv. di Digital Politics*, 1-2, 2022, 93 ss.; S. Stacca, *La selezione del personale pubblico al tempo delle tecnologie digitali*, paper presentato al Convegno AIPDA 2019, *aipda.it*.

[37] Si v. R. Guizzardi, *Come cambia il rapporto tra dotazione organica, fabbisogno triennale e assunzioni a seguito dell'entrata in vigore della riforma della PA*, in *Aziendaitalia – Il Personale*, n. 6/2017, 333-338. Per una analisi sul superamento delle dotazioni organiche si V. anche M. D'Onghia, *Organizzazione degli uffici e superamento delle dotazioni organiche*, in M. Esposito - V. Luciani - A. Zoppoli (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 77 ss.; A. Boscati, *Il reclutamento riformato*, in A. Boscati - A. Zilli (a cura di), *Il reclutamento nella p.a. dall'emergenza alla nuova normalità*, cit., 64

[38] L'art. 6, d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 4, d.lgs. n. 75/2017 (in attuazione della direttiva generale posta dall'art. 17, comma 1, lett. q) della legge delega n. 124/2015 e volta ad un «progressivo superamento della dotazione organica come limite alle assunzioni».

[39] Con le Linee di indirizzo per la predisposizione dei piani dei fabbisogni di personale da parte delle PA previste dall'art. 6-ter – adottate con decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze il 9 maggio 2018 – sono stati elaborati i «criteri che le pubbliche amministrazioni devono seguire nella elaborazione del Piano Triennale». Sul punto V. G. Gentile, *Il reclutamento del personale pubblico*, in M. Esposito - V. Luciani - A. Zoppoli (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)*, Torino, 2018, 95 ss.

[40] La cd. "Legge concretezza" all'art. 3, legge 19 giugno 2019, n. 56, fa riferimento a «figure professionali con elevate competenze in materia di: a) digitalizzazione; b) razionalizzazione e semplificazione dei processi e dei procedimenti amministrativi; c) qualità dei servizi pubblici; d) gestione dei fondi strutturali e della capacità di investimento; e) contrattualistica pubblica; f) controllo di gestione e attività ispettiva; g) contabilità pubblica e gestione finanziaria» (per un commento, cfr. V. Talamo, *Il pubblico impiego*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2019, 176; B.G. Mattarella, *La concretezza dell'amministrazione e quella della legge*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2019, 714-718; A. Zilli, *Alla ricerca dell'efficienza delle pp.aa., tra concorrenza, mille proroghe e bilancio*, in *Lav. giur.*, 3, 2020, 226 ss.).

[41] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, Sent. n. 2746/2015, ove il giudice stabiliva che "È illegittima la delibera con la quale il Consiglio di Corso di laurea in medicina e chirurgia di una università italiana respinge l'istanza avanzata da studenti iscritti al primo anno di

abbandonando definitivamente la penisola e permanendo stabilmente ove si sono condotti gli studi esteri.

Ancora, numerosi medici, già affermati, hanno deciso di abbandonare il sistema nazionale per recarsi in paesi arabi, ove è garantito un altissimo livello di *welfare* oltre che a tutta una serie di vantaggi dal punto di vista retributivo e di qualità degli ambienti del lavoro[42].

Tali forti rigidità all'ingresso del sistema non appaiono, in definitiva, in linea con quelle che sono le reali esigenze del Paese; d'altro canto, il sistema a numero chiuso garantisce una maggiore qualità degli insegnamenti che, come già ribadito, attengono a beni di rango primario.

È allora auspicabile una riforma del sistema e, in tal senso, l'esecutivo ha preso atto di tali criticità e proprio lo scorso novembre è stata discussa in Senato la riforma dell'accesso a Medicina, Odontoiatria e Veterinaria. Il disegno mira a potenziare il SSN, incrementando il numero e la qualità dei professionisti sanitari e a tale scopo ha delegato il Governo ad introdurre un accesso libero al primo semestre dei corsi di laurea, eliminando quindi lo sbarramento all'ingresso, con un'ulteriore selezione per il secondo semestre, basata su esami e una graduatoria nazionale di merito.

Secondo la nuova impostazione, dunque, la selezione avverrà al termine di un primo semestre comune a tutti gli iscritti e solo dopo tale periodo verrà stabilito chi potrà proseguire in ragione degli esami svolti e del conseguimento dei relativi crediti negli insegnamenti ritenuti cruciali per il prosieguo del percorso universitario. Attualmente il provvedimento è nelle mani della Camera, successivamente, serviranno alcuni provvedimenti attuativi da parte del ministero e l'auspicata modifica al sistema d'accesso sarà operativa già dal 2025/26 soltanto se *l'iter* approvativo verrà ultimato prima dell'estate 2025, in caso contrario l'attuazione slitterà certamente al 2026[43].

Carmine Filicetti

studi di Facoltà di medicina di una università straniera, volta ad ottenere il trasferimento presso l'università italiana con iscrizione ad anno successivo al primo del corso di laurea in medicina e chirurgia con la motivazione che tali studenti, provenendo da università straniere, non avrebbero superato in Italia l'esame di ammissione al corso di laurea in medicina e chirurgia, requisito essenziale previsto dal manifesto degli studi (L. n. 264/1999)". Confermando la sentenza del Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 37/2014; in senso conforme Cons. Stato n. 2744/2015.

[42] Dati analizzati dall'Associazione dei medici di origine straniera in Italia (Amsi) e l'Unione medica euro mediterranea (Umem): dei 450 professionisti della sanità italiani e dei 50 europei residenti in Italia che nell'ultimo trimestre hanno iniziato a programmare un lavoro nei Paesi del Golfo, 250 sono medici specialisti, 150 sono infermieri e 100 sono medici generici, fisioterapisti, farmacisti, podologi e dietisti, 2023.

[43] Come anche riportato in *www.ilsole24ore.com/art/test-d-ingresso-medicina-addio-piu-dopo-l-ok-senato-riforma-AGijpPRB*.

9. Utilizzo di sistemi automatizzati in assenza di sorveglianza umana. AGCOM e Meta: la storia infinita (nota a TAR Lazio, sez. IV, 24 gennaio 2024, n. 1393)

Sommario: 1. Premessa. – **2.** I fatti controversi. – **3.** La ricostruzione del quadro normativo: la distinzione tra hosting provider attivo e passivo. – **4.** La configurazione come hosting provider passivo in virtù dell'utilizzo di sistemi automatici di verifica. – **5.** Considerazioni critiche: i punti deboli dell'attuale inquadramento giuridico. – **6.** Riflessioni di carattere generale: i rischi connessi all'assenza di sorveglianza umana rispetto all'uso di sistemi automatici anche alla luce dell'IA ACT.

1. Premessa.

Nella infinita querelle tra Agcom e le c.d. Big Tech (i.e. Meta Platforms e Google)[1], interviene una nuova pronuncia del giudice amministrativo che, oltre a confermare orientamenti già espressi, consente, almeno a parere di chi scrive, di spostare la riflessione sotto un profilo diverso, legato all'uso di sistemi automatizzati, in sostituzione dell'uomo, ai fini della verifica dei contenuti pubblicati sulle loro piattaforme.

Come si avrà modo di approfondire in questa sede, infatti, sembrerebbe che la sostituzione dell'uomo con la "macchina" nell'assolvimento delle funzioni di vigilanza rispetto ai contenuti immessi[2], giustificherebbe l'assenza di responsabilità da parte della società che ospita il contenuto, anche qualora sia accertata, in una fase successiva, la natura illecita dello stesso.

Lungi dal voler affrontare la questione in chiave civilistica[3], tale assunto rappresenta lo spunto per riflettere, ancora una volta, in

[1] Per una ampia e aggiornata ricostruzione sul tema v., per tutti, A. Zurzolo, *La nuova frontiera della regolazione delle piattaforme digitali: le sanzioni contro Google e Meta*, in *Dir. Mer. Tecn.*, 22 febbraio 2023.

[2] Il dibattito è particolarmente accesso in ambito amministrativo. In argomento sia consentito rinviare a L. Tomassi - M. Interlandi, *La decisione amministrativa algoritmica*, in A. Contieri (a cura di), *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, 2022. V., *ex multis*, G. Gallone. *Riserve di umanità e funzioni amministrative*, Milano, 2023; G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019; A. Di Martino, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, 2023; M.C. Cavallaro - G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, n.1/2019; M. D'Angelosante, *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. Civitarese Matteucci - L. Torchia (a cura di), *La Tecnificazione,* Firenze, 2016.

[3] In tal senso si rimanda, *ex multis*, a G.M. Riccio, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002.

che termini l'uso di sistemi automatizzati, capaci di sostituire l'uomo nell'assolvimento delle sue funzioni, possa essere consentito senza correre il rischio di generare dei coni d'ombra in cui venga meno la riferibilità dell'operato della macchina all'uomo[4].

Da qui, la questione se l'intelligenza artificiale sia davvero strumentale all'uomo e, come tale, trasferisce su quest'ultimo sempre la responsabilità del suo operato o, diversamente, se non sia da considerarsi sostitutiva, generando zone franche rispetto al regime della titolarità delle azioni o delle operazioni da essa compiute.

2. I fatti controversi.

A seguito di una attività di monitoraggio avviata d'ufficio, l'AGCOM rilevava come, in più occasioni, nel periodo di maggio 2022, Facebook aveva ospitato contenuti "sponsorizzati" e, dunque, a pagamento, idonei a promuovere e pubblicizzare attività di gioco e scommesse online con vincite in denaro[5].

Ne conseguiva, da parte dell'Autorità, un atto di contestazione (n. 6/22/DSDI - Proc 8/FDG) nei confronti di Meta Platforms per la violazione dell'art. 9, rubricato "Divieto di pubblicità giochi e scommesse", del d.l. n. 87 del 2018 (c.d. Decreto Dignità), in base al quale è disposto il divieto di qualsiasi forma di pubblicità, anche indiretta, relativa a giochi o scommesse con vincite di denaro nonché al gioco d'azzardo, comunque effettuata e su qualunque mezzo, compresi i social media.

La stessa disposizione, al comma successivo, dispone che sono responsabili dell'illecito il "committente", il "proprietario del mezzo o del sito di diffusione", il "proprietario del mezzo o del sito di destinazione" e "l'organizzatore della manifestazione, evento o attività". Si tratta quindi di un divieto generale che introduce per l'ordinamento italiano una responsabilità oggettiva in capo ad una pluralità di soggetti tutti egualmente responsabili.

Meta procedeva, di conseguenza, a rimuovere i contenuti contestati, riconoscendo la violazione delle normative del Servizio Facebook e, altresì, manifestava la propria disponibilità ad instaurare un dialogo con l'autorità stessa affinché quest'ultima potesse segnalare in modo più agevole eventuali e presunte violazioni della disposizione sopra richiamata.

Ciononostante, la società rilevava che l'atto di contestazione si poneva manifestamente in contrasto con le previsioni della Direttiva 2000/31/EC, cd. Direttiva E-Commerce, recepita nell'ordinamento nazionale con il D.Lgs. n. 70/2003, c.d. Decreto E-Commerce. In particolare, evidenziava la società che, ai sensi degli artt. 14 e 15 della Direttiva, trasposti, rispettivamente, negli artt. 16 e 17 del Decreto E-Commerce, gli hosting providers, come Facebook, "(i) non possano essere ritenuti responsabili della correttezza delle informazioni caricate sulla piattaforma e (ii) non possano essere sog-

[4] M. Oliveti, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie*, in *Journal of institutional studies*, n. 2/2020, 396 ss., mette in evidenza che internet e il diritto non sono, tra loro, due entità mutuamente estranee e malgrado l'autonomia del cyberspazio o del mondo «virtuale», che è certamente portatore di codici di comportamento da esso stesso generati (ed intrinsecamente connessi con la sua dimensione tecnica), la pretesa estrema, avanzata da alcuni operatori di tale mondo, secondo la quale esso sarebbe portatore di una normatività autonoma (una sorta di *lex informatica*, che richiamerebbe la ben nota *lex mercatoria*), o addirittura di una rivendicazione (anarchica) di esenzione dalla normatività generata dalle istituzioni del mondo «reale», si rivela insostenibile, proprio in quanto lo stesso fenomeno di Internet presuppone una serie di meccanismi regolativi, che rendono possibili le attività svolte mediante esso.

[5] Su questa vicenda v. anche A. Zurzolo, *La nuova frontiera della regolazione delle piattaforme digitali: le sanzioni contro Google e Meta*, cit., 41 ss.

getti ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che gli utenti trasmettono o memorizzano, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite".

Ulteriormente, la società sosteneva che, nonostante in capo ad essa ricorresse un onere di rimozione dei contenuti vietati, una volta portati a sua conoscenza, ciò non determina un onere di verifica e ispezione rispetto a tutti i contenuti pubblicati sulla piattaforma di cui è gestore. Proprio l'assenza di tale obbligo, qualificherebbe Meta come Hosting provider passivo che lo esonera dalla responsabilità dei contenuti, anche quelli lesivi, diffusi per il suo tramite.

Emerge così che le parti in causa ritengono sussistere l'applicazione di due disposizioni differenti.

Secondo Meta, infatti, nel caso controverso non dovrebbe trovare applicazione la disciplina recata dall'art 9 del Decreto Dignità, ma piuttosto, quella espressa nella Direttiva 2000/31/CE, c.d. Direttiva E-commerce, recepita nel nostro ordinamento attraverso il D.lgs. n. 70/2003, c.d. Decreto E-commerce, che esclude proprio la responsabilità degli hosting provider per i contenuti caricati da terzi sulle loro piattaforme[6].

Di parere contrario, invero, si pone l'Agcom che, richiamando il Decreto Dignità, ritiene sussistere una responsabilità oggettiva scaturita dal divieto assoluto di diffusione su qualunque mezzo, anche i social media, di "qualsiasi forma di pubblicità, anche indiretta" relativa al gioco di azzardo.

Non troverebbe applicazione, poi, secondo l'autorità il decreto E- commerce dal momento che lo stesso esclude il suo campo di applicazione ai giochi d'azzardo, che implicano una posta pecuniaria, i giochi di fortuna, compresi il lotto, le lotterie, le scommesse i concorsi pronostici e gli altri giochi come definiti dalla normativa vigente, nonché quelli nei quali l'elemento aleatorio è prevalente" (art. 1, comma 2, lett. g), d.lgs. n. 70/03)[7].

In particolare, da parte dell'Autorità vi sarebbero due considerazioni ulteriori che confermano la colpevolezza della società: in primo luogo i contenuti contestati erano "sponsorizzati", vale a dire delle inserzioni pubblicizzate da Meta previo pagamento di utenti business. In secondo luogo, poi, rispetto a queste inserzioni pubblicitarie, il caricamento sulla piattaforma non è immediato ma, al contrario, sono necessarie ventiquattro ore affinché la società intermediaria possa verificare se il contenuto rispetti le norme pubblicitarie della piattaforma[8]. Tale controllo avviene generalmente attraverso tecnologie automatizzate ma, in alcuni casi non specificati, è richiesto il controllo da parte di persone fisiche.

La combinazione di tali considerazioni ha, quindi, indotto ulteriormente l'autorità a ritenere che Meta fosse a conoscenza del contenuto ospitato e, pertanto, con delibera n. 422/22/CONS, ha sanzionato la società

[6] Su questi argomenti v. F. Di Iorio, *La responsabilità dell'hosting provider nella vendita on line di biglietti sui mercati secondari (nota a Sentenza Consiglio di Stato, Sez. VI, 05/12/2023, n. 10510)*, in questa *rivista*, 28 marzo 2024.

[7] La sanzione comminata da Agcom, inoltre, faceva leva su una precedente pronuncia del giudice amministrativo, in cui si osservava che non esiste una puntuale normativa comunitaria sul gioco d'azzardo online e sulla relativa pubblicità, con la conseguenza che gli Stati membri hanno il diritto di determinare le modalità di organizzazione e regolamentazione a livello nazionale dell'offerta di servizi di gioco d'azzardo online, nonché il diritto di applicare tutte le misure che considerano necessarie contro i servizi di gioco d'azzardo illegali. Cfr. Tar Lazio, sez. III-*ter*, 28 ottobre 2021, n. 11036, par. 8.3.1.

[8] Ciò trova conferma anche negli Standard della community resi pubblici al seguente link: *https://transparency.meta.com/it-it/policies/community-standards*.

al pagamento di 750 mila euro, cui ha fatto seguito l'impugnazione del provvedimento da parte della società sanzionata.

Da qui, il giudizio in commento.

3. La ricostruzione del quadro normativo: la distinzione tra hosting provider attivo e passivo.

Nell'accogliere il ricorso presentato da Meta Platforms, annullando la sanzione comminata da AGCOM, il giudice amministrativo si è principalmente soffermato sul regime della responsabilità degli hosting provider secondo quanto stabilito dalla direttiva 2000/31/CE, c.d. direttiva e-commerce e dalle successive modifiche.

In questa sede, pare opportuno dare conto dell'evoluzione del quadro normativo di riferimento al fine di comprendere quali sono state le logiche che hanno ispirato il legislatore nel corso degli anni.

La direttiva sull'e-commerce risale al 2000, vale a dire un'epoca in cui la rete non aveva ancora assunto quella posizione così centrale che riveste oggi. Per queste ragioni, la *ratio* del legislatore europeo era stata, sin dall'inizio, volta a configurare un quadro giuridico entro il quale favorire lo sviluppo della libera circolazione dei servizi elettronici[9] nonché le misure ivi previste si limitavano, evocando il principio di proporzionalità, "al minimo necessario" per raggiungere l'obiettivo del buon funzionamento del mercato interno[10].

All'interno della direttiva, i prestatori di servizi vengono distinti a seconda che l'attività svolta sia di semplice trasporto (c.d. mere conduit)[11], di memorizzazione temporanea delle informazioni (c.d. caching)[12] o di hosting[13], intesa come memorizzazione permanente delle informazioni[14]. Meta, nella fattispecie incriminata, svolge una attività di hosting dal momento che la propria piattaforma prevede la memorizzazione definitiva delle informazioni caricate.

Sulla base di queste condizioni, la direttiva prevedeva una generale disciplina di esonero della responsabilità in capo ai prestatori di servizi in qualità di hosting provider, la cui attività era di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, e che si limitava, così, alla memorizzazione delle informazioni trasmesse[15]. Rispetto a tale tipologia di servizio, l'art. 14 escludeva la responsabilità nei casi in cui i fornitori di servizi non fossero stati a conoscenza del-

[9] Cfr. Considerando 8 Direttiva 2000/31/CE.

[10] Cfr. Considerando 10 Direttiva 2000/31/CE.

[11] Cfr. art. 12.

[12] Cfr. art. 13.

[13] Cfr. art. 14.

[14] Sulla disciplina della responsabilità civile e delle diverse figure v., *ex multis*, G.M. Riccio, *La responsabilità civile degli internet service providers*, cit.; G. Ponzanelli, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers,* in *Danno e resp.*, 2002, 5 ss.; V. Zeno Zenkovich, *Profili attivi e passivi della responsabilità dell'utente in* Internet, in A. Palazzo - U. Ruffolo (a cura di), *La tutela del navigatore*, Milano, 2002; F. Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e Regole di responsabilità civile,* Napoli, 2003; M. Gambini, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Napoli, 2006.

[15] M. Gambini, *Gli hosting providers tra doveri di diligenza professionale e assenza di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni memorizzate*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 2/2011, 2 ss., riconduce l'assenza di una generale responsabilità degli Internet service providers al fatto che, diversamente, ciò condurrebbe ad un aumento eccessivo dei costi dei servizi offerti e di selezione degli operatori, con la conseguenza che solo quelli economicamente più forti potrebbero continuare ad operare. Senza considerare che il riconoscimento della responsabilità degli intermediari avrebbe conseguenze negative anche rispetto all'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali degli utenti e, in primo luogo, della libertà di manifestazione del pensiero.

le attività illecite che avvengono tramite i propri servizi ed a condizione che, avutane conoscenza, agivano immediatamente per rimuovere i contenuti illeciti. Tale regime si combinava, poi, con quanto disposto dal successivo articolo 15, in cui era sancita l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza.

Nei medesimi termini si poneva, a livello nazionale, il D.lgs. n. 70/2003, adottato in attuazione della direttiva, negli artt. 16 e 17, oggi definitivamente abrogati dal D.lgs. n. 50/2024.

La scelta di sottrarre l'hosting provider a un generale dovere di controllo preventivo, a cui facesse seguito l'attribuzione di un regime di responsabilità per i contenuti illeciti ospitati, ha ben presto evidenziato i suoi limiti, in ragione principalmente dal repentino sviluppo tecnologico che ha mutato profondamente il rapporto tra utenti e piattaforme[16]. Anche la letteratura sul tema ha, a più riprese, riconosciuto l'obsolescenza dalla disciplina recata nella direttiva e-commerce, ritenendo necessario un ripensamento della stessa[17]. In particolare, è emersa l'esigenza di fornire adeguate forme di tutela rispetto ai diritti degli utenti che "navigano" in rete ma che, più propriamente, sapesse cogliere i rischi specifici, connessi a questa nuova realtà virtuale, in cui le piattaforme offrono innumerevoli servizi[18].

---

[16] Sulla centralità della rete v., in particolare, L. Floridi, *The online manifesto, Being human in a hyperconnected era*, Londra, 2014. Sulla evoluzione che ha interessato la rete negli ultimi anni v. G. Corasaniti, *Regolazione, autoregolazione, sovraregolazione della rete: dal "far" web al "fair" web*, in *Diritto di Internet*, Gli atti digitali di "gli stati generali del diritto di internet", LUISS 16, 17, 18 dicembre 2021, il quale osserva che la rete ha perso gran parte delle sue caratteristiche originarie "trasformandosi da luogo di sperimentazione a luogo della speculazione, da laboratorio globale a vero e proprio mercato globale".

[17] O. Pollicino, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in *Consulta Online,* 2014, mette in evidenza che la disciplina recata dalla direttiva del 2000 ha evidenziato i suoi limiti nel momento in cui la dimensione partecipativa della rete si è sempre più estesa, al punto da mettere in discussione la tenuta dell'inquadramento degli internet service provider così come previsto nella direttiva e- commerce. L'A. osserva che la rete, nella sua dimensione attuale, sfuma i confini tra produzione di contenuti e prestazioni di servizi e ciò conduce a interrogarsi sulla presunta estraneità degli ISP rispetto ai contenuti ospitati, su cui si basa principalmente la disciplina europea. F. Donati, *Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 2/2021, 238 ss., osserva che la crescente rilevanza assunta dalle piattaforme online le identifica come grandi centri di potere che esercitano una crescente influenza su aspetti importanti della vita di milioni di persone. Ciò impone, pertanto, una regolazione chiara e precisa e che faccia fronte ai rischi a cui gli utenti vengono esposti. A. Pirozzoli, *La responsabilità dell'internet service provider. il nuovo orientamento giurisprudenziale nell'ultimo caso Google*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, 7, sostiene che la disciplina recata dalla direttiva sia incompleta e impreca, specie laddove l'intenzione del legislatore sia quella di sottrarre agli hosting provider una responsabilità troppo gravosa che avrebbe potuto provocare sgradite conseguenze sulle scelte economiche e sugli investimenti dei gestori di servizi, oltre che indirizzarli verso un'indiscriminata selezione di contenuti all'ombra del timore che potessero rivelarsi lesivi dei diritti degli utenti. Nei medesimi termini v. anche G. D'Alsonso, *Verso una maggiore responsabilizzazione dell'hosting provider tra interpretazione evolutiva della disciplina vigente, innovazioni legislative e prospettive de jure condendo,* in *Federalismi.it*, n. 2/2020, 115 ss., il quale rileva che "la disciplina europea si caratterizza per l'assenza di chiarezza di certe regole, derivante dalla necessità di contemperare interessi contrapposti, quali: da un lato, la salvaguardia dell'indipendenza della rete, comunemente definita come «*marketplace of ideas*» – dal momento che, caratterizzandosi per l'assenza di limiti, l'immediatezza e l'economicità, assurge a luogo quanto più libero di circolazione di idee ed informazioni –, e dunque la libertà di espressione e la protezione della *privacy* dei cibernauti; dall'altro lato, l'interesse a non rinunciare del tutto al controllo sui contenuti pubblicati sulle piattaforme digitali e a proteggere i soggetti che potrebbero essere danneggiati da contenuti illeciti". Lo stesso mette in dubbio, inoltre, la circostanza entro la quale un hosting provider sia effettivamente al corrente di un fatto illecito, verificatosi nello spazio che intermedia.

[18] La stessa Commissione europea, ad esempio, già a partire dalla COM (2017) 555 (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online" stabiliva una serie di orientamenti e principi affinché le piattaforme online intensifichino la lotta contro i contenuti illegali online in cooperazione con le autorità nazionali, gli Stati membri e i portatori d'interessi pertinenti. Su questi presupposti, la commissione sollecitava l'attuazione di buone

Su questi presupposti è stato adottato, nel 2022, il Digital Service Act, vale a dire il nuovo regolamento sui servizi digitali, UE 2022/2065[19], nel quale si evidenzia che un comportamento responsabile e diligente da parte dei prestatori di servizi intermediari è essenziale per un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile, in cui i diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea siano efficacemente tutelati e l'innovazione sia agevolata, contrastando la diffusione di contenuti illegali online e i rischi per la società che la diffusione della disinformazione o di altri contenuti può generare[20].

Nonostante i buoni propositi, la normativa prevista al suo interno, pur introducendo nuovi obblighi in materia di trasparenza[21], è stata strutturata sulla falsa riga della precedente, sollevando, in dottrina, le medesime criticità osservate in precedenza. Permane, infatti, all'art. 6, un generale esonero dalla responsabilità degli *hosting* per i contenuti "caricati" dai terzi, e altresì, si estende tale esenzione nelle ipotesi in cui i *providers* svolgano di propria iniziativa attività volte a individuare e a rimuovere contenuti illegali memorizzati dagli utenti[22].

All'interno di questo quadro normativo si colloca la sentenza in esame che, aderendo a consolidati orientamenti europei e nazionali[23], si è soffermata sulla distinzione

pratiche per prevenire, individuare, rimuovere e disabilitare l'accesso a contenuti illegali al fine di garantire l'efficace rimozione di contenuti illegali, una maggiore trasparenza e la tutela dei diritti fondamentali online. In altri termini, tale misura sollecitava l'azione di misure proattive volte a individuare, rimuovere o disabilitare l'accesso a contenuti illegali.

[19] Tale Regolamento fa parte, assieme al Digital Market Act (Regolamento (UE) 2022/1925), del Digital Services Package che si pone due principali obiettivi: 1) creare uno spazio digitale più sicuro in cui siano tutelati i diritti fondamentali di tutti gli utenti dei servizi digitali; 2) creare condizioni di parità per promuovere l'innovazione, la crescita e la competitività, sia nel Mercato unico europeo che a livello globale.

[20] Considerando 3, Regolamento UE 2022/2065.

[21] Ad esempio, già con l'adozione del Regolamento 2019/1150/UE, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, l'art. 3, rubricato "Termini e Condizioni" indica in modo puntuale le misure a cui tali soggetti sono tenuti a conformarsi al fine di assicurare trasparenza in ogni fase della contrattazione con gli utenti che si interfacciano nel portale. Ugualmente, il Regolamento UE 2022/2065, al considerando 48 i fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi dovrebbero fornire le loro condizioni generali nelle lingue ufficiali di tutti gli Stati membri in cui offrono i loro servizi e dovrebbero altresì fornire ai destinatari dei servizi una sintesi concisa e facilmente leggibile dei principali elementi delle condizioni generali. Tali sintesi dovrebbero individuare gli elementi principali dei requisiti in materia di informazione, compresa la possibilità di derogare facilmente alle clausole opzionali. Nel considerando successivo, si impone ai prestatori di servizi intermediari di rendere pubblica una relazione annuale in un formato leggibile elettronicamente, in merito alla moderazione dei contenuti da loro intrapresa, comprese le misure adottate a seguito dell'applicazione e dell'esecuzione delle loro condizioni generali. Nel considerando 66, invero si statuisce che la Commissione dovrebbe mantenere e pubblicare una banca dati contenente le decisioni e le motivazioni dei fornitori di piattaforme online quando rimuovono le informazioni o limitano in altro modo la loro disponibilità e l'accesso alle stesse.

[22] Cfr. Art. 6, Regolamento UE 2022/2065: "I prestatori di servizi intermediari non sono considerati inammissibili all'esenzione dalla responsabilità prevista agli articoli 3, 4 e 5 per il solo fatto di svolgere indagini volontarie o altre attività di propria iniziativa volte ad individuare, identificare e rimuovere contenuti illegali o a disabilitare l'accesso agli stessi, o di adottare le misure necessarie per conformarsi alle prescrizioni del diritto dell'Unione, comprese quelle stabilite nel presente regolamento".

[23] In Corte di giustizia UE, 12 luglio 2011, C-324/09, L'Orèal c. eBay International, par. 114, la Corte ha precisato che, affinché il prestatore di un servizio su Internet possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 14 della direttiva 2000/31, è necessario che egli sia un «prestatore intermediario» nel senso che questo si limita ad una fornitura neutra del servizio, mediante un trattamento puramente tecnico e automatico dei dati forniti dai suoi clienti. Tale impostazione conferisce al prestatore un ruolo passivo tale per cui non è a conoscenza dei dati che ospita. Nei medesimi termini si esprime la corte nella pronuncia Corte di Giustizia UE 23 marzo 2010, da C-236/08 a C-238/08, Google c. Luis Vuitton, par. 114 secondo cui al fine di verificare se la responsabilità del prestatore del servizio di posizionamento possa essere limitata ai sensi dell'art. 14 della direttiva 2000/31, occorre esaminare se il ruolo svolto da detto prestatore sia neutro, in quanto il suo comportamento è meramente tecnico, automatico e passivo, comportante una mancanza di conoscenza o di controllo dei dati che esso memorizza. Nei medesimi termini v. anche Corte di Giustizia UE, 7 agosto 2018, Cooperatieve

tra hosting provider attivo e hosting provider passivo, ricavata principalmente in via interpretativa del dato normativo di cui si è appena dato conto[24].

Secondo i giudici, si configura come hosting provider passivo, il prestatore di servizi che svolge una mera attività di prestazioni di servizi di ordine principalmente tecnico e automatico che non si traduce in una attività di controllo delle informazioni trasmesse né tantomeno questo determina la conoscenza delle informazioni stesse. Rispetto, quindi, ai contenuti immessi, il prestatore rimane pressoché neutrale[25], con la conseguenza che l'attività svolta non gli consente di sapere se si sia in presenza di attività illecite o meno.

Ne consegue, quindi, che l'hosting provider passivo può essere considerato responsabile dei contenuti illeciti ospitati nei soli casi in cui non li abbia rimossi una volta che ne sia venuto a conoscenza.

Al contrario, l'hosting provider attivo manipola le informazioni che sono inserite sulla propria piattaforma e, come tale, esercita una funzione di controllo in piena conoscenza dei contenuti memorizzati. Il controllo e la conoscenza determinano, conseguentemente, la sussistenza della responsabilità dell'hosting in ordine alle informazioni immesse.

I giudici riconoscono che il fine perseguito da tale legislazione è quello di evitare che il provider venga considerato attivo

Vereniging SNBREACT U.A. c. Deepak Mehta, C-521/17, par. 47; Corte di Giustizia UE, 23 marzo 2010, Google France e Google, da C-236/08 a C-238/08, par. 113 e Corte di Giustizia UE, del 15 settembre 2016, Mc Fadden, C-484/14, par. 62. Nel nostro ordinamento, sulla falsariga di quella europea, si segnala Cass. Civ., Sez. I civ., Ord. 13 dicembre 2021 n. 39763, in cui i giudici hanno accolto la nozione di hosting provider attivo, così come declinata in sede di giustizia europea, riferendola a tutti quei casi che esulano da un'attività di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, in cui l'internet service provider (ISP) non conosce, né controlla, le informazioni trasmesse o memorizzate dalle persone alle quali fornisce i suoi servizi, e ha affermato che tali limitazioni di responsabilità non sono applicabili nel caso in cui un prestatore di servizi della società dell'informazione svolge un ruolo attivo. Si può quindi parlare di hosting provider attivo, sottratto al regime privilegiato, quando sia ravvisabile una condotta di azione, nel senso ora richiamato; gli elementi idonei a delineare la figura o indici di interferenza, da accertare in concreto ad opera del giudice del merito, sono le attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione: condotte che abbiano, in sostanza, l'effetto di completare e arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte di utenti indeterminati. Così anche Cass. civ., Sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708. In sede di giustizia amministrativa, altresì, si segnala la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, 13 settembre 2022 n. 7949, che ha aderito a quanto sinora ricostruito, riconoscendo due tipi di hosting provider: a) l'hosting provider "passivo", il quale pone in essere un'attività di prestazione di servizi di ordine meramente tecnico e automatico, con la conseguenza che detti prestatori non conoscono né controllano le informazioni trasmesse o memorizzate dalle persone alle quali forniscono i loro servizi; b) l'hosting provider "attivo", che si ha quando, tra l'altro, l'attività non è limitata a quanto sopra indicato ma ha ad oggetto anche i contenuti della prestazione resa.

[24] Il regime delle limitazioni della responsabilità è escluso dalla giurisprudenza sulla base del Considerando 42 della Direttiva E-commerce, il quale dispone che "le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate".

[25] Vi è chi ha messo in dubbio la natura neutrale degli Internet Service Provider, così come riscostruita dai giudici. In T. Scannicchio - N.A. Vecchio, *I limiti della neutralità: la Corte di giustizia e l'eterno ritorno dell'*hosting *attivo,* in *MediaLaws*, n. 1/2019, 256 ss., si osserva che "la figura dell'hosting c.d. "attivo" è frutto di uno sviluppo giurisprudenziale praeter legem, senza alcun dato positivo che riesca a chiarire i termini del *discrimen* rispetto al suo omologo "passivo", con il rischio concreto di dar luogo a un'*interpretatio abrogans* della normativa vigente, essendo (quasi) sempre possibile rinvenire, nell'attuale modello di provider, quel *quid pluris* che neutralizzerebbe l'esonero di responsabilità".

per il solo fatto di promuovere di propria iniziativa delle forme di controllo dei contenuti memorizzati dagli utenti e che possa, conseguentemente, essere indotto a non adottare alcun sistema diretto a prevenire l'immissione di contenuti illegali nella rete, stante la responsabilità che gli verrebbe imputata in virtù di tale condotta.

4. La configurazione come hosting provider passivo in virtù dell'utilizzo di sistemi automatici di verifica.

Poste queste premesse, il giudice si è, quindi, domandato se il sistema di controllo di cui Meta disponesse sia tale da conferirgli la natura di hosting provider attivo, attribuendogli la responsabilità dei contenuti immessi o, al contrario, aderendo a consolidata giurisprudenza[26], la natura tecnica ed automatica dei suoi meccanismi sia tale da conferirgli un ruolo neutrale rispetto a tali informazioni.

Su tali aspetti, i giudici hanno in primo luogo osservato nella sentenza de qua che i sistemi utilizzati dalla società sanzionata sono principalmente automatici, con la conseguenza che il controllo manuale, da parte di una persona fisica, da cui dipende il riconoscimento della responsabilità, avviene solo in ipotesi residuali rispetto, peraltro, a un numero di contenuti certamente esiguo se si considera la mole di inserzioni che Facebook ospita ogni giorno.

L'intervento umano, secondo quanto sostenuto da Meta, verrebbe richiesto proprio dal software, seppur non chiarendo in base a quali meccanismi e presupposti, tanto nei casi di verifica manuale delle inserzioni quanto ai fini del miglioramento e dell'addestramento del sistema automatizzato utilizzato per le predette finalità.

Sulla base di questi presupposti, perciò, i giudici hanno negato la natura di hosting provider attivo alla società ricorrente, giacché l'attività svolta dal gestore è avvenuta in via del tutto automatizzata tale da non consentire alla stessa la manipolazione e, quindi, la conoscenza dei dati memorizzati sulla propria piattaforma.

Deve essere osservato, poi, che secondo i giudici una manipolazione dalle informazioni si avrebbe, oltre all'ipotesi dell'intervento della persona fisica, anche nei casi in cui il sistema automatizzato procedesse a rifiutare la condivisione del contenuto, perché contrario agli Standard della community. In questo modo, il prestatore verrebbe declinato in termini di hosting provider attivo dal momento che la sua attività sarebbe funzionale ad impedire la condivisione di contenuti illeciti e, quindi, la fruizione di questi agli utenti.

Qualora, al contrario, l'attività svolta dal software sia volta nel senso di accogliere una inserzione, non essendoci alcuna manipolazione, verrebbe a mancare il ruolo attivo su cui fondare la responsabilità del gestore. Trattandosi di un accertamento tecnico ed automatico, il gestore, come nel caso de qua, non può venire a conoscenza del contenuto illegale creato dall'utente e, di conseguenza, non ha la possibilità di attivarsi per rimuoverlo.

Nelle considerazioni dei giudici, tale interpretazione troverebbe conferma nel fatto ulteriore che AGCOM non sarebbe stata in grado di provare che il caso controverso riguarderebbe una di quelle limitate ipotesi in cui al controllo automatizzato abbia fat-

[26] Vedi nota 23.

to seguito l'intervento manuale della persona fisica, c.d. revisione umana, tale da giustificare il passaggio da passivo ad attivo dell'hosting provider.

In definitiva, dunque, non essendo stato provato da parte dell'autorità l'intervento del funzionario umano da cui dipende la conoscenza effettiva da parte di Meta dei contenuti illeciti ospitati, i giudici hanno accolto il ricorso, annullando, di conseguenza, la sanzione di Agcom imposta nei confronti della società ricorrente[27].

5. Considerazioni critiche: i punti deboli dell'attuale inquadramento giuridico.

La sentenza in commento, pur aderendo a precedenti ormai consolidati nel nostro ordinamento, rappresenta il presupposto, come si anticipava in premessa, per riflettere sulla opportunità e sulla adeguatezza del quadro normativo in riferimento all'utilizzo di sistemi automatizzati per l'esercizio di attività di controllo dei contenuti immessi nella rete ma, più in generale, per indagare sul rapporto che intercorre tra l'uomo e la macchina qualora quest'ultima svolga funzioni prima esercitate dall'uomo.

Deve essere osservato in primo luogo, che, a parere di chi scrive, sebbene l'orientamento espresso dai giudici sia coerente con il quadro normativo di riferimento, quest'ultimo risulta essere ancora non del tutto aderente ai mutamenti e al consolidamento che ha assunto l'intelligenza artificiale, ormai, a livello globale, negli ambiti più disparati.

Come visto, l'esenzione della responsabilità del soggetto che utilizza i sistemi automatizzati di controllo può essere invocata ogniqualvolta questo non sia a conoscenza degli illeciti ammessi per il tramite di tali sistemi.

Ciononostante, non può farsi a meno di notare che la disciplina recata in tale contesto presenti alcune debolezze. Come è emerso, il prestatore del servizio rimane passivo nei casi in cui l'inserzione, pur dal contenuto illecito, venga pubblicata a seguito del controllo automatico; al contrario, qualora dallo stesso controllo automatico emerga il rifiuto del caricamento dell'inserzione sulla piattaforma, allora il prestatore assume le vesti di hosting provider attivo. Ciò troverebbe giustificazione nel fatto che, secondo costante orientamento dai giudici, in questo secondo caso si è verificata una manipolazione del contenuto da parte dell'internet service provider.

Tale assunto, a parere di chi scrive, presenta alcune criticità. Deve essere evidenziato, infatti, che tanto nei casi in cui il contenuto sia ammesso, quanto in quelli in cui ne sia disposto il divieto, il prestatore non opera alcuna attività di manipolazione del dato. In entrambi i casi, il dato resta immutato dal momento che l'attività svolta non "arricchisce" la fruizione dei contenuti[28]. A mutare, invero, è la capacità del sistema automatizzato di controllo di rilevare un po-

[27] Per questioni di completezza va precisato che, al momento in cui si scrive, la sentenza de qua è stata appellata da Agcom e, su impulso di questa, il Consiglio di Stato ha emesso una ordinanza cautelare che sospende l'efficacia della sentenza di primo grado. Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, ord. 23 agosto 2024, n. 1974.

[28] Come si evince nella già citata Corte di Cassazione, 19 Marzo 2019, n. 7708 si può parlare di hosting provider attivo, sottratto al regime privilegiato, quando sia ravvisabile una condotta di azione, che abbia, in sostanza, l'effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte di utenti indeterminati.

tenziale illecito. L'attività posta in essere dal sistema, sia in caso di ammissione che di diniego di condivisione dell'inserzione, è la medesima, sostanziandosi in un meccanismo automatico e passivo di controllo. In entrambe le attività, di fatto, non si è verificata nessuna revisione da parte della persona fisica che, come visto, per espressa previsione legislativa e costante orientamento dei giudici, rappresenta il presupposto per qualificare l'hosting provider come attivo e a cui faccia seguito l'applicazione del regime della responsabilità.

A fronte di questo, la scelta di distinguere la natura dell'hosting provider a seconda se il contenuto sia stato ammesso o vietato, trova la sua ragion d'essere, almeno a parere di chi scrive, nella volontà legislativa di prevedere un regime di favore nei casi in cui il prestatore di servizi non sia stato in grado, attraverso l'uso di un sistema automatizzato, di riconoscere un illecito.

E questo mette in luce due questioni ulteriori: l'una, relativa alla capacità dei sistemi di autoapprendimento di riconoscere la violazione delle norme e, l'altra, relativa alla riferibilità dell'attività realizzata da tale modello all'uomo, che, in questo specifico caso, coincide con la società di intermediazione.

Rispetto alla prima, deve osservarsi che nel dibattito scientifico, i modelli di autoapprendimento, c.d. machine learning, vengono esaltati per la loro capacità intrinseca di auto apprendere dalla loro esperienza. Detto diversamente, tali sistemi dovrebbero essere in grado, allenandosi sulla elevata quantità di dati immessi, di generare degli output che non scaturiscono da comandi precedentemente prescritti dal *data scientist* ma che, al contrario, sono generati da una autonoma capacità del modello di combinare le variabili al suo interno. Questo, operando secondo regole statistiche, dovrebbe rendere una determinazione che dovrebbe essere, tra quelle possibili, quella più probabile.

In questi termini si colloca anche il recente Regolamento sull'Intelligenza Artificiale secondo cui i sistemi di intelligenza artificiale si distinguono dai tradizionali software per la loro capacità inferenziale, intesa come abilità di generare output, quali previsioni o decisioni, che possono influenzare gli ambienti fisici e virtuali[29].

Questa caratteristica propria del sistema dovrebbe consentirgli una costante capacità di adattamento ai mutamenti del dato normativo e alla sua successiva applicazione sul piano pratico. Ciò vuol dire, dunque, che un sistema di autoapprendimento adeguatamente allenato dovrebbe essere capace di riconoscere quando una fattispecie soddisfi le caratteristiche di una violazione disciplinata a livello normativo[30].

[29] Cfr. considerando 12, Regolamento (UE) 2024/1689.

[30] Su questi argomenti, indagati in una prospettiva tecnica, v. C. D'Urso, *I profili informatici nella valutazione della responsabilità dell'Hosting Provider*, in *Riv. It. Inf. Dir.*, n. 1/2021, in part. 84 ss. V. anche S. Lavagnini, *La responsabilità degli Internet Service Provider e la nuova figura dei prestatori di servizi di condivisione online (art. 17)*, in Id. (a cura di) *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale*, Torino, 2022, 228, che mette in evidenza come i principali *hosting provider* abbiano adottato sistemi tecnologici di riconoscimento dei contenuti (quantomeno quelli di tipo musicale o audiovisivi), definiti come sistemi di c.d. *content id recognition*. Questi strumenti rendono possibile l'identificazione dei contenuti postati dagli utenti, in modo tale che sia possibile per il sistema, ad ogni istanza di ricarica da parte degli utenti stessi, riconoscere il contenuto ed impedirne il successivo ricaricamento. In pratica, i titolari dei diritti forniscono al *provider* o a terzi fornitori dei servizi tecnologici di riconoscimento dei *file* di riferimento delle opere di loro titolarità, i metadati che descrivono il contenuto e l'azione che essi desiderano attuare nel momento in cui il sistema di *Content ID* trova una corrispondenza appropriata. Queste azioni possono essere il blocco del contenuto, che quindi non viene messo a disposizione del pubblico, la sua monetizzazione, che avviene generalmente associando il contenuto ad un contenuto pubblicitario, ovvero il semplice tracciamento statistico (con il quale il contenuto viene mantenuto a disposizione a titolo gratuito, ma raccogliendo i dati relativi alle sue utilizzazioni).

Ciononostante, non sono pochi i casi in cui l'AGCOM sanzioni gli internet service provider perché i sistemi di controllo e monitoraggio di cui dispongono non sono in grado di riconoscere una violazione commessa dagli utenti[31]. Il che solleva non poche perplessità da un lato, circa la capacità di questi modelli di saper interpretare il dato normativo applicato alle esperienze pratiche e, dall'altro lato, con riguardo alla capacità degli utilizzatori di addestrare tali modelli.

Nel caso in commento, infatti, la fattispecie incriminata conteneva evidenti elementi (quali, ad esempio, il richiamo di vincite di ingenti somme di denaro) sulla pubblicità relativa al gioco d'azzardo che un modello adeguatamente addestrato, si ritiene, avrebbe dovuto riconoscere.

Evidenza, tra l'altro, confermata dal fatto che, una volta intervenuto il funzionario fisico, si è provveduto a rimuovere immediatamente l'inserzione, stante il suo contenuto chiaramente illecito.

Una volta in più sembrerebbe, quindi, che l'apporto umano, nell'interpretazione delle norme, sia ancora essenziale e questo induce a indagare con cautela l'impianto normativo attualmente in vigore, in cui, di fatto, non si imputano a nessuno i costanti errori commessi dai modelli automatici di controllo.

È chiaro che rispetto all'elevato numero di contenuti che la rete e le singole piattaforme ospitano ogni giorno diventa arduo, se non impossibile, garantire un controllo efficiente, specie se questo fosse delegato ad una persona fisica; ciononostante, tali condizioni non possono rappresentare il presupposto per giustificare l'assenza di forme adeguate di controllo e, altresì, per non ricondurre la riferibilità delle azioni esperite per il tramite di modelli automatizzati all'uomo. Se così fosse, il rischio è che, come correttamente osservato in dottrina, la rete diventi un "far web", dal momento che la difficoltà di "controllare" dia luogo ad una zona d'ombra, il c.d. cyberspazio, in cui la violazione delle norme e dei diritti fondamentali sarebbe difficilmente accertabile per le ragioni sinora esposte[32].

Da qui se ne può trarre una ulteriore riflessione, vale a dire valutare l'opportunità di rendere responsabile il soggetto che utilizza tali modelli, non tanto per le violazioni commesse da parte di terzi quanto piuttosto per l'evidente incapacità o obsolescenza dei sistemi utilizzati di comprendere e prevenire eventuali violazioni. Di fatto, lo stato di sviluppo di questi sistemi automatizzati dipende non solo dalla capacità stessa del modello di auto apprendere dalla propria "esperienza" ma, principalmente, dipende dalla tipologia del modello utilizzato, da come questo viene programmato dal *data scientist* e dalla quantità e dalla qualità dei dati immessi[33]; operazioni queste che discendono da scelte organizzative umane e, come tali, a questi imputabili.

Se nel vigente quadro normativo, l'orientamento è quello di non caricare eccessiva-

[31] Vedi nota 23.

[32] L'espressione è di G. Corasaniti, *Regolazione, autoregolazione, sovraregolazione della rete: dal "far" web al "fair" web,* cit.

[33] Sulla funzione dei dati v. G D'Acquisto, *Qualità dei dati e intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, in F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018; V. Berlingò, *Il fenomeno della datafication e la sua giuridicizzazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 3/2017; G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa,* Milano, 2018; M. Falcone, *La funzione conoscitiva nella rivoluzione dei dati,* in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021.

mente di responsabilità gli hosting provider per violazioni commesse da terzi, si ritiene che l'attribuzione, invero, della titolarità degli errori commessi da un sistema automatizzato di monitoraggio può rappresentare un giusto compromesso. In questo modo di operare, infatti, il soggetto utilizzatore di sistemi di autoapprendimento sarebbe continuamente sollecitato ad aggiornare e a migliorare i sistemi di cui fa utilizzo, nonché ricondurrebbe la titolarità delle operazioni commesse dal modello artificiale a chi ne fa uso, riducendo i rischi di generare potenziali zone franche, sottratte al rispetto del diritto[34].

6. Riflessioni di carattere generale: i rischi connessi all'assenza di sorveglianza umana rispetto all'uso di sistemi automatici anche alla luce dell'AI Act.

La disciplina appena analizzata consente, altresì, di inquadrare le riflessioni sin qui esposte in una prospettiva di sistema, specie con riferimento all'utilizzo di modelli di autoapprendimento per l'assolvimento di determinate funzioni in sostituzione dell'uomo.

Deve essere messo in evidenza che, non solo i più recenti interventi dello stesso giudice amministrativo[35], ma anche quelli legislativi[36], sono orientati a riferire l'utilizzo dell'intelligenza artificiale alla persona fisica.

Applicata al potere pubblico, infatti, l'intelligenza artificiale è stata interpretata in funzione principalmente servente e strumentale alla attività realizzata dal funzionario umano[37].

In questo senso, i giudici amministrativi hanno configurato le tecnologie, nell'esercizio dell'attività amministrativa, alla stregua "di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il modus operandi della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta delle legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere"[38].

[34] Del resto, in questi termini, si era espressa anche la Commissione europea nella già richiamata COM (2017) 555 (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online", in cui osservava che le piattaforme online dovrebbero inoltre garantire il continuo aggiornamento dei loro strumenti, al fine di assicurare la individuazione di tutti i contenuti illegali, in linea con le tattiche e il comportamento mutevoli dei criminali e degli altri soggetti coinvolti nelle attività illecite online.

[35] Tar Lazio, sez. III bis,10 settembre 2018 n. 9230; Tar Lazio, sez. III-*bis*, 10-13 settembre 2019, n. 10964; Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Consiglio di Stato, sez. VI, del 4 febbraio 2020, n. 881; Tar Campania, sez. III, del 14 novembre 2022, n. 7003.

[36] Cfr. Regolamento (UE) 2024/1689 e, a titolo esemplificativo, a livello nazionale, il D. lgs. n. 36/2023, Codice dei contratti pubblici, che all'art. 30, c.3, lett. c) rubricato "Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici" cristallizza il principio di non esclusività della decisione algoritmica, per cui nel processo decisionale è necessario un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata.

[37] M.C. Cavallaro, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in *Erdal*, n. 1-2/2020,70 ss., secondo cui "spetta quindi all'amministrazione, e in particolare al responsabile del procedimento ovvero all'organo competente all'adozione dell'atto finale, il dovere di verificare l'attendibilità del risultato fornito dal software per scongiurare il rischio di un errore della macchina ed eventualmente correggere la soluzione. Il responsabile del procedimento deve quindi monitorare la procedura automatizzata, per assicurare la trasparenza, la conoscibilità e la partecipazione da parte del privato: al termine della procedura, l'organo competente alla decisione può conformarsi alle risultanze dell'istruttoria che si sostanzia in un algoritmo, e in tal caso ne assumerà la relativa responsabilità".

[38] Consiglio di Stato, sez. VI, del 4 febbraio 2020, n. 881.

Da questi presupposti ne consegue che l'utilizzo delle tecnologie "impone un controllo umano del procedimento, in funzione di garanzia (cd. human in the loop), in modo 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"[39].

Da questi richiami emerge che la tutela dell'interesse pubblico, bilanciato con altri interessi individuali, non può essere "spersonalizzata"; vuol dire, al contrario, che l'amministrazione rimane sempre il soggetto titolare del potere conferito dal legislatore e, come tale, l'attività istruttoria o decisoria condotta da un modello automatizzato, sarà sempre ad essa riferita, salvaguardando così le pretese di chiunque entri in contatto con l'amministrazione "artificiale"[40].

In questo modo di operare, il risultato computazionale non coincide mai con il risultato finale ma, piuttosto, rappresenta il presupposto istruttorio su cui fondare la determinazione finale assunta dal funzionario persona fisica. Quest'ultimo potrà decidere di aderire alle risultanze rese dal sistema automatico e, quindi, di fatto, sovrapponendo il risultato computazionale con quello finale o, al contrario, potrà discostarsene, giungendo ad una determinazione nuova. In entrambi i casi si tratta, come evidente, di scelte volitive umane e, come tali, imputabili alla persona fisica che le avrà rese.

Questo impianto trova conferma nella stessa legge sul procedimento amministrativo, la l. n. 241/1990, laddove, all'art. 6, attribuisce al responsabile del procedimento, persona fisica, diversi compiti volti principalmente ad assicurare un corretto e partecipato svolgimento della attività istruttoria e decisionale. Tra questi rileva, in particolare, il divieto, per chi assume la decisione finale, di discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale.

In questi termini si colloca, più in generale, anche l'articolo 22 del Regolamento generale sulla protezione dei dati, che riconosce un limite intrinseco all'uso di modelli automatizzati, laddove si impone che l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona[41].

[39] Cfr. Tar Campania, sez. III, del 14 novembre 2022, n. 7003.

[40] In tal senso sia consentito rinviare a L. Tomassi - M. Interlandi, *La decisione amministrativa algoritmica*, cit. In questi termini v. S. Civitarese Matteucci, *«Umano troppo umano». Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. Pubb.* n. 1/2019,22, che enuclea il principio antropomorfico in base al quale il potere decisionale è sempre riferito ad un atto intenzionale umano; R. Rolli - F. D'Amborsio, *La necessaria lettura antropocentrica della rivoluzione 4.0*, in *Pa persona e amministrazione*, n. 1/2021, 587 ss., secondo cui non solo "il controllo umano diviene così garanzia del fondamentale principio di «autonomia umana»" ma, ulteriormente, riconosce che l'imputabilità giuridica della decisione e la eventuale e connessa responsabilità amministrativa devono essere necessariamente attribuiti al titolare del potere decisorio. In tal senso v. anche G. Gallone, *Riserve di umanità e funzione amministrativa*, cit., 65 ss., che pur riconoscendo l'assenza di una formale consacrazione della "riserve di umanità" nello svolgimento delle funzioni amministrative, sostiene sia una prospettiva implicitamente accolta e consacrata all'interno del nostro ordinamento. Tra le varie argomentazioni a sostegno di tale prospettiva l'autore richiama il binomio "imputazione-organo" in base al quale l'attività amministrativa ha sempre coinciso con l'attività umana dal momento che l'ente pubblico esercita le sue funzioni per il tramite un funzionario persona fisica che assume la posizione di organo.

[41] Cfr. art 22, Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016. In argomento v. F. Pizzetti, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati e regolazione*, Torino, 2018.

Ma tutto ciò sembra trovare definitiva conferma nel più recente Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale che prevede, per i sistemi classificati ad alto rischio[42], un obbligo di sorveglianza umana[43].

Tale obbligo impone che i sistemi di IA siano sviluppati e utilizzati come strumenti al servizio delle persone, nel rispetto della dignità umana e dell'autonomia personale, e funzionano in modo da poter essere adeguatamente controllati e sorvegliati dagli esseri umani[44]. A tale principio il regolamento dedica una apposita disposizione, l'art. 14, in cui è stabilito che tali sistemi sono progettati e sviluppati, anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui sono in uso.

Nello specifico, la disposizione prevede alcune accortezze nei confronti della persona fisica a cui è affidata la sorveglianza umana. In questo senso, l'articolo dispone in primo luogo che la persona in questione deve essere messa nella condizione di poter comprendere correttamente le capacità e i limiti pertinenti del sistema di IA ad alto rischio ed essere in grado di monitorarne debitamente il funzionamento[45], al fine principale di evitare che si faccia un eccessivo affidamento sull'output prodotto dal sistema di (c.d. distorsione dell'automazione)[46]. Con la ulteriore conseguenza, quindi, che la persona che sorveglia il sistema deve poter essere in grado di interpretare correttamente l'output del sistema di IA ad alto rischio[47]. Questo vuol dire che, non solo, il sorvegliante umano deve ignorare, annullare o ribaltare l'output quando secondo proprie valutazioni ciò si rende opportuno[48] ma, altresì, che deve intervenire sul sistema, anche arrestandolo, quando ragioni di funzionamento lo richiedono[49].

Da questi richiami normativi, seppur sommari, emerge con tutta evidenza che i modelli di intelligenza artificiale, pur nella consapevolezza legislativa di essere capaci di funzionare in via del tutto autonoma, devono essere affiancati e monitorati sempre dalla persona fisica che resta il titolare del potere attribuito dal legislatore e, come tale, titolare anche dell'attività svolta per il tramite di tali modelli.

Se è vero, infatti, che la tecnologia e l'automatizzazione possono apportare notevoli benefici in termini di riduzione dei tempi istruttori e decisionali, rispetto soprattutto a procedure seriali, come lo è potenzialmente la fattispecie in esame, è altrettanto vero che va verificato se, a tale modo di operare, non faccia seguito una potenziale compressione dei diritti fondamentali.

In altri termini, va verificato se questi modelli intelligenti siano capaci di rilevare eventuali violazioni di legge.

[42] All'interno del considerando 48, Regolamento (UE) 2024/1689, sono considerati ad alto rischio, tutti quei sistemi di Intelligenza artificiale che possono produrre effetti negativi sui diritti fondamentali protetti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tali diritti comprendono il diritto alla dignità umana, il rispetto della vita privata e della vita familiare, la protezione dei dati personali, la libertà di espressione e di informazione, la libertà di riunione e di associazione e il diritto alla non discriminazione, il diritto all'istruzione, la protezione dei consumatori, i diritti dei lavoratori, i diritti delle persone con disabilità, l'uguaglianza di genere, i diritti di proprietà intellettuale, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, i diritti della difesa e la presunzione di innocenza e il diritto a una buona amministrazione.

[43] Art. 14, Regolamento (UE) 2024/1689.

[44] Cfr. considerando 27, Regolamento (UE) 2024/1689.

[45] Cfr. art 14. c.4, lett. a).

[46] Cfr. art 14. c.4, lett. b).

[47] Cfr. art 14. c.4, lett. c).

[48] Cfr. art 14. c.4, lett. d).

[49] Cfr. art 14. c.4, lett. e).

Allo stato attuale sembra che le tecnologie, dalle più semplici alle più evolute, abbiano, in più occasioni, dimostrato una scarsa capacità di tutelare gli interessi coinvolti. Questo si è verificato, ad esempio, nelle procedure di reclutamento del personale docente, ove l'algoritmo utilizzato non è stato in grado di combinare correttamente i punteggi dei candidati, unitamente alle preferenze espresse[50]; è avvenuto nelle ipotesi di concessione del mutuo bancario, ove sistemi predittivi hanno generato, per il richiedente, un punteggio negativo (c.d. *scoring*) sulla capacità di ripagarlo, senza indicare sulla base di quali elementi tale punteggio fosse stato ottenuto e l'incisività di ogni variabile[51]; così come nelle ipotesi delle prenotazioni dei c.d. "riders" nel caso Deliveroo, in cui l'algoritmo Frank ha favorito le prenotazioni per i riders con un punteggio più elevato, a discapito di riders con un punteggio più basso[52]; o nei casi in cui sulle piattaforme digitali non siano stati rimossi contenuti chiaramente discriminatori[53].

Negli esempi richiamati, occorre osservare, l'errore del sistema è dipeso tanto da un errore "umano", inteso come incapacità di programmare il sistema e di monitorarne l'utilizzo, quanto dalla c.d. "black box" del modello che non permette di risalire al procedimento istruttorio al fine di verificare come le variabili inserite al suo interno siano state combinate tra loro.

Queste condizioni evidenziano come la tecnologia, semplice o evoluta che sia, per poter trovare un suo positivo spazio, ha bisogno in primo luogo di persone capaci di programmarla correttamente e successivamente di intervenire sul modello quando ciò si rende opportuno.

L'intervento umano, infatti, dovrebbe essere previsto in ogni fase di utilizzo e, quindi, dal momento di costruzione del modello sino all'adozione della determinazione finale, al fine quantomeno di ridurre gli errori e correggere il sistema quando questo lo renda possibile.

Non sembra, pertanto, essere coerente con tale quadro la disciplina prevista per gli hosting provider.

Seppur novellata di recente, infatti, permane una grave lacuna sul regime della responsabilità delle decisioni assunte per il tramite di sistemi automatici di apprendimento[54]. La disciplina ricostruita con la sentenza in commento, infatti, sembra favorire uno spazio entro il quale le azioni commesse per il tramite di strumenti di intelligenza artificiale non siano riconducibili

[50] Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

[51] Cfr. Corte di Giustizia Ue, sentenza C-634/21 Schufa Holding, 7 dicembre 2022.

[52] Cfr. Trib. Ord. Bologna, sez Lavoro, ord. Del 31 dicembre 2020, in cui è stato rilevato che alcuni rider hanno visto penalizzate le loro statistiche indipendentemente dalla giustificazione della loro condotta e ciò per la semplice motivazione, espressamente riconosciuta da Deliveroo, che la piattaforma non conosce e non vuole conoscere i motivi per cui il rider cancella la sua prenotazione, realizzando una discriminazione indiretta che pone "una determinata categoria di lavoratori (in questo caso quelli che prendono parte ad iniziative sindacali di astensione dal lavoro) in una posizione di potenziale svantaggio".

[53] Cfr. Corte di Cassazione pen., Sez. III, 17 dicembre 2013, n. 5107.

[54] Sulla esigenza di riforma v. T. Scannicchio - N.A. Vecchio, *I limiti della neutralità: la Corte di giustizia e l'eterno ritorno dell'*hosting *attivo*, cit., 258 ss., in cui si riflette se l'esenzione di tali intermediari, fondata sulla loro asserita "neutralità" – dopo numerose e contraddittorie sentenze in materia – costituisca ancora la soluzione regolatoria ottimale ovvero se sia opportuno prendere atto del suo superamento, modulando di conseguenza anche la relativa disciplina. In questo senso gli autori ribadiscono un ruolo degli Internet service provider assolutamente non neutro, così mai neutre sono anche le scelte di policy: la costruzione normativa compiuta con la direttiva 2000/31, infatti, non rappresentava la constatazione di una realtà tecnologica, bensì l'espressione di un preciso favor per gli ISP, scegliendo di coniugare il generale esonero di responsabilità *ex ante* con un (minimale) meccanismo di notice-and-take-down, oggi probabilmente meritevole di venire riformato.

a nessuno, collocando lo strumento non in via strumentale all'uomo, ma in una funzione ad esso sostitutiva. Con la naturale conseguenza che, eventuali violazioni normative, come di fatto si verifica, non sono imputabili a nessuno e restano, perciò, non sanzionabili.

Lorenza Tomassi

10. Concessione di spazi pubblici e dichiarazione di ripudio del fascismo

Sulla dichiarazione di ripudio del fascismo nella richiesta di concessione di spazi pubblici (nota a Cons. Stato, Sez. II, 19 settembre 2024, n. 7687)

Sommario: 1. Il caso di specie. – **2.** L'attuazione del divieto della "riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista" nella concessione di spazi pubblici: la ricostruzione della giurisprudenza amministrativa. – **3.** Cenni conclusivi sulla pubblica amministrazione nella *"ispirazione antifascista nella nostra Costituzione*".

1. Il caso di specie.

Con la sentenza del Consiglio di Stato qui commentata il giudice amministrativo torna ad affrontare il tema dell'applicazione da parte della pubblica amministrazione della XII Disposizione transitoria e finale della Costituzione della Repubblica italiana secondo cui "È vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista" (comma 1).

La vicenda da cui origina il ricorso riguarda la contestata legittimità della delibera n. 781 del 19 dicembre 2017 della Giunta del Comune di Brescia, avente ad oggetto "Indirizzi in merito alla concessione di spazi ed aree pubbliche, sale ed altri luoghi di riunione di proprietà comunale", per la previsione in essa contenuta dell'obbligo di allegare alla richiesta di concessione di spazi pubblici anche una esplicita dichiarazione di ripudio del fascismo.

Con la suddetta delibera il Comune di Brescia ha stabilito "l'obbligo di allegare alla domanda di concessione per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche e l'utilizzo di sale ed altri luoghi di riunione di proprietà comunale [anche] una dichiarazione esplicita di adesione ai principi della Costituzione" (pp. 3-4). La deliberazione prevede che alla richiesta si alleghi una dichiarazione "che contenga i seguenti impegni del richiedente: di riconoscersi nei principi e nelle norme della Costituzione; di non professare e non fare propaganda di ideologie neofasciste e neonaziste, in contrasto con la Costituzione e la normativa nazionale di attuazione della stessa; di non perseguire finalità antidemocratiche, esaltando, propagandando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politica o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la Costituzione e i suoi valori democratici fondanti" (pp. 2-3).

Trattasi di indirizzi espressamente finalizzati alla concreta attuazione del citato

comma 1 della XII Disposizione transitoria e finale della Costituzione italiana, nonché della relativa normativa attuativa[1].

Dalla deliberazione emerge che l'esigenza del Comune di Brescia di adottare tali indirizzi è sorta a seguito di episodi di manifestazioni di ideologia nazista e fascista ed è avvertita anche in altri Comuni tanto da portare gli stessi all'adozione di analoghi atti[2]; in effetti, tra gli altri, anche i Comuni di Pavia, Siena, Prato, Firenze, Torino, di recente si sono mossi in tal senso[3]. Una deliberazione dal contenuto simile a quella impugnata davanti al Tar Lombardia è stata approvata anche dal Comune di Rivoli e ha dato origine ad analogo contenzioso innanzi al Tar Piemonte, richiamato nella pronuncia che qui si commenta (sul punto *infra* § 2).

Nel caso qui esaminato l'associazione CasaPound, tramite il suo legale rappresentante, lamentava l'imposizione dell'obbligo previsto dalla delibera comunale, in quanto asseritamente lesivo della libertà di manifestazione del pensiero dell'associazione e dei suoi aderenti, nella parte in cui si chiede di allegare alla domanda una dichiarazione – ad avviso dell'associazione ricorrente – in grado di "compromettere le proprie convinzioni" con condividendo l'associazione stessa i "presunti valori dell'antifascismo", senza che ciò significhi che essa non rispetti la Costituzione italiana e il metodo democratico da essa individuato[4].

Nella ricostruzione del fatto il giudice di prime cure (Tar Lombardia, sez. II, Brescia, 26 gennaio 2020, n. 166) riportava gli argomenti della ricorrente a sostegno del ricorso per l'annullamento della delibera, specie laddove sosteneva che la deliberazione di indirizzo impugnata violasse diversi diritti e libertà fondamentali (artt. 2, 3, 17, 18, 21 e 49 Cost.) e che «l'unico limite opponibile alle libertà costituzionalmente tutelate di cui alle norme ricordate sarebbe quello rappresentato dall'obbligo di rispetto dell'ordine pubblico e, conseguentemente, di tenere riunioni pacifiche e senza armi, di dare il preavviso all'autorità e di rispettare i limiti imposti dalla legge penale»; che «la pretesa di ripudiare il fascismo non avrebbe nulla a che vedere con tali prescrizioni e con il loro rispetto da parte del richiedente. In ogni caso, una tale dichiarazione sarebbe del tutto inutile, in quanto non preserverebbe la società da comportamenti riprovevoli come quelli xenofobi, omofobi, razzisti ecc»; infine, rilevando i vizi di violazione di legge ed eccesso di potere, l'associazione affermava che «la famigerata professione di antifascismo […] perseguirebbe una finalità del tutto estranea a quella che deve perseguire il Comune nella sua azione amministrativa, limitata dalla legge statale ad alcune specifiche materie. Allo stesso modo, quindi, l'utilizzo delle attribuzioni amministrative per subordinare l'accesso dei cittadini alle strutture e agli spazi pubblici a tale aberran-

[1] La delibera richiama espressamente sia la legge 20 giugno 1952, n. 645 (c.d. legge Scelba) sia l'art. 1 del d. l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. con mod. in legge 25 giugno 1993.

[2] Nella premessa della deliberazione si rileva che "alcuni Comuni, sulla scorta di recenti episodi e manifestazioni che hanno inneggiato o propagandato ideologie naziste, fasciste e/o razziste, hanno approvato o si stanno attivando per approvare un atto di indirizzo al fine di ottenere uno specifico impegno al rispetto dei principi fondamentali contenuti nella Costituzione italiana per quanto concerne l'utilizzo di spazi ed aree pubbliche".

[3] Per una ricostruzione della vicenda che ha portato all'ordinanza cautelare del Tar Brescia, 8 febbraio 2018, n. 68 e alle delibere dei Comuni sopra richiamati si rinvia a F. Paruzzo, *Il Tar Brescia rigetta il ricorso di CasaPound: l'antifascismo come matrice e fondamento della Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale*, *AIC*, fasc. 2/2018, 2 ss.

[4] Cit. virgolettato estratto dal ricorso, come riportato nel testo del Tar Lombardia, sez. II, Brescia, 26 gennaio 2020, n. 166.

te condizione costituirebbe uno sviamento del potere amministrativo, che sarebbe utilizzato per finalità che non sono quelle sue proprie».

In primo grado i giudici amministrativi respingevano il ricorso premettendo anzitutto che il "riconoscersi nei principi e nelle norme della Costituzione italiana" e il "ripudio del fascismo" costituiscono un'endiadi, «nel senso che l'adesione ai principi e alle norme costituzionali non è scindibile rispetto al ripudio del fascismo e del nazismo»[5].

Escludevano poi la violazione del «principio di uguaglianza e dei diritti di riunione e associazione anche in partiti politici» in quanto la «dichiarazione richiesta dal Comune non pregiudica in alcun modo la costituzione dell'associazione, ma solo, eventualmente, la possibilità per la stessa di utilizzare gli spazi pubblici del Comune di Brescia».

Non vi sarebbe neanche violazione della libertà di manifestazione del pensiero in quanto l'amministrazione locale non impone una "proclamazione di pensiero" ma impone «una condizione specifica all'utilizzo da parte dei privati dei beni pubblici, rappresentata dall'impegno a non destinarli a scopi non in contrasto con la Costituzione, quali quelli propri di un soggetto che non prenda le distanze dal pensiero fascista».

Gli stessi giudici ravvisavano altresì il rispetto del principio di ragionevolezza nella scelta di «precludere l'utilizzo di beni pubblici a soggetti che non intendano «respingere decisamente» il fascismo e il nazismo e cioè due ideologie i cui ideali e principi si pongono in reciso contrasto con i valori costituzionali, tra cui, in primo luogo la libertà di pensiero e di parola».

Sarebbe rispettato anche il principio di proporzionalità in quanto la richiesta di dichiarazione è preordinata «all'acquisizione di garanzie atte ad assicurare che l'uso del bene pubblico non sia strumentale all'esercizio di attività non rispettose dei principi costituzionali e, in particolare, del divieto di ricostituzione del partita fascista e di fare propaganda filo-fascista».

Riconoscevano così la legittimità degli indirizzi in tal senso adottati dalle pubbliche amministrazioni, affinché, «nell'esercizio della discrezionalità che gli è propria, abbiano cura di evitare che i beni pubblici possano essere utilizzati per scopi non conformi alla Costituzione, a prescindere dall'innegabile e aggiuntiva possibilità di intervenire, in esito all'esercizio dell'attività di controllo, con provvedimenti dichiarativi della decadenza immediata dalla concessione nel caso di turbativa dell'ordine pubblico legata a condotte del concessionario»[6].

E, in effetti, la pubblica amministrazione ha sempre il potere «di adottare, in caso di inosservanza degli obblighi del concessionario, i provvedimenti sanzionatori previsti dalla legge […], nonché, in particolare, […] la potestà, di carattere generale, di pronunciare la revoca della concessione tutte le volte che ragioni di interesse pubblico, e in particolare ragioni istituzionali per

[5] Tar Lombardia, sez. II, Brescia, 26 gennaio 2020, n. 166: «la deliberazione censurata, nella sua formulazione integrale, richiede agli interessati di dichiarare di "riconoscersi nei principi e nelle norme della Costituzione italiana e di ripudiare il fascismo e il nazismo", facendo ricorso, nella sostanza, a una vera e propria endiadi, nel senso che l'adesione ai principi e alle norme costituzionali non è scindibile rispetto al ripudio del fascismo e del nazismo».

[6] E. Silvestri, voce *Concessione, I. Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, 1961, 370, osserva che «le concessioni amministrative sono espressione di una potestà pubblica e tendono quindi al conseguimento di fini pubblici».

l'ente concedente, in relazione al bene, lo esigano»[7].

Come non può limitarsi «la libertà di pensiero, che peraltro non può giustificare comportamenti contrari alla Costituzione e alla legge, nemmeno può limitarsi il potere dell'ente pubblico di perseguire l'interesse collettivo alla cui tutela è preposto, escludendo da un uso esclusivo dei beni pubblici soggetti che si facciano portatori del pensiero fascista e che per la sua tutela e diffusione potrebbero avvalersi degli stessi beni sottratti all'uso della collettività». E, in effetti, da tempo si è evidenziato che nell'amministrazione dei beni pubblici «è il *demanio comunale* a spiccare per l'importanza dei suoi collegamenti con i bisogni collettivi della comunità locale»[8].

Di diverso avviso i giudici amministrativi siciliani che in quegli stessi anni si sono trovati a decidere della legittimità di provvedimenti di diniego di occupazione temporanea di suolo pubblico subordinata alla dichiarazione di ripudio del fascismo. In quei casi, infatti, i giudici avevano sostenuto l'illegittimità di tali provvedimenti per lesione del c.d. diritto al silenzio laddove «impone al richiedente la concessione di suolo pubblico di effettuare affermazioni che appaiono, almeno in parte, lesive del diritto inviolabile (ai sensi dell'art. 2 Cost.) alla libertà di manifestazione del pensiero sancita dall'art. 21 Cost. nella parte in cui tutela anche la libertà di pensiero e il diritto al silenzio, cioè a non manifestare le proprie convinzioni», dal momento che «le limitazioni alla libertà di cui all'art. 21 Cost. che discendono dall'ordinamento costituzionale e, in particolare, dalla XII disp. trans. della Cost. non si riverberano sulla libertà di formazione del pensiero nel cosiddetto "foro interno", […] in disparte ogni considerazione in ordine all'assoluta impossibilità di controllare quest'ultimo, è la connotazione pubblica della manifestazione del pensiero a delineare la rilevanza penale delle condotte tipizzate dalla legge Scelba (n. 645 del 20 giugno 1952) secondo l'interpretazione del giudice costituzionale (Corte cost. 25 novembre 1958 n. 74)»[9]. Tali considerazioni non sono condivise dalla pronuncia del Consiglio di Stato qui commentata.

2. L'attuazione del divieto della "riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista" nella concessione di spazi pubblici: la ricostruzione della giurisprudenza amministrativa.

Sulla legittimità della concessione di spazi pubblici condizionata alla dichiarazione esplicita di ripudio del fascismo si era espresso in modo analogo, invece, il Tar Piemonte, Sez. II, 18 aprile 2019, n. 447 l'anno precedente, su ricorso presentato dalla stessa associazione Casa Pound, con riferimento al provvedimento del Comune di Rivoli che aveva rigettato l'istanza di oc-

[7] Cit. A.M. Sandulli, voce *Beni Pubblici*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, 290; in generale, sul rapporto tra "*Concessione, potere pubblico e interesse pubblico*" F. Fracchia, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Annali I, 2007, 267 ss.

[8] V. Caputi Jambrenghi, *I beni pubblici e d'interesse pubblico*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli - G. Pericu - A. Romano - F.A. Roversi Monaco - F.G. Scoca, Bologna, 1993, II ed., 1126.

[9] Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, sez. giur., ordinanza, 13 dicembre 2019, n. 797; poi anche Tar Sicilia, sez. I, 15 aprile 2021, n. 1241.

cupazione temporanea di suono pubblico presentata dalla suddetta associazione.

Anche in quel caso la ricorrente aveva sostenuto che l'amministrazione locale «non può imporre ai cittadini di aderire a non meglio identificati "valori dell'antifascismo" che non sono richiamati in alcuna parte del testo costituzionale, né a "*ripudiare il fascismo e il nazismo*", atteso che il ripudio attinge alla sfera interna dell'individuo, che non può essere coartata dall'amministrazione in assenza di comportamenti e manifestazioni esteriori che si pongano in contrasto con le norme costituzionali o con le leggi dello Stato»[10].

Il giudice amministrativo in quell'occasione aveva evidenziato che «i valori dell'antifascismo e della resistenza e il ripudio dell'ideologia autoritaria propria del ventennio fascista sono valori fondanti la Costituzione repubblicana del 1948» e che il «limite alla libertà di manifestazione del pensiero, di riunione e di associazione degli individui» non possono esplicarsi «in forme che denotino un concreto tentativo di raccogliere adesioni ad un progetto di ricostituzione del distolto partito fascista».

Anche in quella vicenda il giudice amministrativo aveva ritenuto non irragionevole la richiesta dell'amministrazione, nel valutare la meritevolezza dell'interesse dedotto, «della dichiarazione di impegno rispetto dei valori costituzionali e, in particolare dei limiti costituzionali alla libera manifestazione del pensiero connessi al ripudio dell'ideologia autoritaria fascista nell'adesione ai valori fondanti l'assetto democratico della Repubblica italiana, quali quelli dell'antifascismo e della resistenza».

In quel caso l'associazione CasaPound aveva reso una dichiarazione diversa da quella richiesta espressamente dal Comune, omettendo «volutamente, la parte di dichiarazione relativa al 'ripudio del fascismo e del nazismo' e all'adesione 'ai valori dell'antifascismo'». Tuttavia, secondo i giudici, «dichiarare di aderire ai valori della Costituzione, ma nel contempo rifiutarsi di aderire ai valori che alla Costituzione hanno dato origine e che sono ad essa sottesi, implicitamente ed esplicitamente significa vanificare il senso stesso dell'adesione, svuotandola di contenuto e privandola di ogni valenza sostanziale e simbolica». Così, anche in quel caso, il ricorso era stato respinto considerando legittimo il diniego di concessione del Comune che, «a fronte del"assenza di un effettivo impegno della ricorrente al rispetto dei valori costituzionali dell'antifascismo, ha ritenuto insussistenti i presupposti di interesse pubblico per la concessione di spazi pubblici per finalità private di propaganda politica».

Tale impostazione è ripresa dal Consiglio di Stato nella pronuncia qui commentata che – nel rigettare il ricorso presentato dall'associazione Casa Pound per la riforma della sentenza del Tar Lombardia sopra ampiamente richiamata – ha anzitutto ricordato l'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui la concessione di spazi pubblici, in quanto comporta un utilizzo a fini privati di aree o locali che vengono sottratti all'uso comune, «è espressione di una potestà ampiamente discrezionale, sia nell'*an*, sia nella definizione di tempi, modi e condizioni del"occupazione»[11].

[10] Cit. virgolettato estratto dal ricorso, come riportato nel testo del Tar Piemonte, Sez. II, 18 aprile 2019, n. 447.

[11] *Ex plurimis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 2 dicembre 2015, n. 5442; Consiglio di Stato, Sez. quinta, 7 giugno 2022, n. 4660; Consiglio di Stato, Sez. V, 8 maggio 2024, n. 4129. L'occupazione di suolo pubblico da parte di privati comporta la sottrazione di spazi pubblici

Sicché – afferma il Consiglio di Stato – nell'esercizio del potere comunale di stabilire i criteri per l'occupazione di spazi pubblici «l'amministrazione ben può perseguire l'obiettivo di evitare che essi vengano utilizzati per il perseguimento delle finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, ovvero per la pubblica esaltazione di esponenti, principi, fatti, metodi e finalità antidemocratiche del fascismo – comprese le idee e i metodi razzisti – o ancora per il compimento di manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste».

Trattasi, secondo i giudici, di un «obiettivo di sicuro interesse pubblico, alla luce di quella che la Corte costituzionale ha definito '*l'ispirazione antifascista nella nostra Costituzione*'[12]». La riconosciuta 'matrice antifascista' della Costituzione repubblicana emergerebbe sia dalla sua genesi sia «soprattutto dalla sua struttura e dal contenuto», attesa la discontinuità delle norme e dei principi costituzionali rispetto a quelli del regime precedente[13], in questo senso il primo comma della XII disposizione non è da intendersi come norma meramente "transitoria", come ampiamente sostenuto dalla dottrina e giurisprudenza[14]. Secondo la ricostruzione argomentativa dei giudici di secondo grado, la XII disposizione – in deroga all'art. 49 cost. che riconosce il diritto di tutti i cittadini di associarsi liberamente in partititi, nonché degli artt. 17 e 21 Cost. che sanciscono la libertà di riunione e di manifestazione del pensiero – è volta a «scongiurare un ritorno 'sotto qualsiasi forma' del fascismo, che segnerebbe la fine dell'esperienza democratica con essa iniziata e il disconoscimento dei diritti e delle libertà che le sono proprie». E a tale previsione ha inteso dare attuazione il legislatore anzitutto con la legge del 20 giugno 1952, n. 645 (c.d. legge Scelba), seppure – come già ricordato dal giudice amministrativo – senza voler offrire un'attuazione limitata alla repressione penale, poiché questa «va estesa ad ogni atto fatto che possa favorire la riorganizzazione del partito fascista»[15].

Proprio considerando tale finalità nella pronuncia qui commentata i giudici hanno affermato che «l'obbligo posto dalla giunta del Comune di Brescia non può dirsi sproporzionato» […] e «anche la parte di dichiarazione contestata dall'associazione appellante – lungi dal rappresentare una sorta di 'professione di fede' o un giuramento di fedeltà fine a sé stessi – debba intendersi come strettamente correlata all'uso dello spazio pubblico di cui si chiede la concessione, fondandosi sulla presunzione non ir-

all'uso comune coinvolgerebbe l'amministrazione non solo nella «mera scelta delle aree da occupare, ma anche nella scelta della dimensione, dei tempi e dei modi dell'occupazione, nonché nella previsione delle restrizioni delle forme di temperamento ritenute, di volta in volta, opportune dal punto di vista viabilistico, urbanistico, architettonico, paesaggistico, al fine di bilanciare la pluralità di interessi coinvolti», cit. Cons. St. n. 4129 del 2024.

[12] In questi termini espressamente Corte cost., sent. n. 254 del 1974.

[13] I giudici amministrativi – nella sentenza commentata – argomentano che «in questo senso il primo comma della XII disposizione – che non è da intendersi come norma meramente "transitoria" – sarebbe legata sia all'art. 54 comma 1 Cost che recita: "tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica", sia all'articolo 139 Cost. che esclude la possibilità di revisione costituzionale per la "forma repubblicana"». Sula "*continuità degli ordinamenti statutario, fascista e repubblicano*" dedica interessanti passaggi L. Paladin, voce *Fascismo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, 1967, 887, 888.

[14] Cfr. Tar Lombardia, sez. II, Brescia, 26 gennaio 2020, n. 166, come ripreso espressamente da Cons. Stato, Sez. II, 19 settembre 2024, n. 7687.

[15] Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1354, così potendo la commissione elettorale circondariale esercitare un potere di ricusazione ed estromissione dalla competizione di quelle liste o simboli che si rifanno specificatamente al partito fascista «bandito irrevocabilmente dalla Costituzione».

ragionevole che chi si rifiuti di ripudiare il fascismo, e quindi mantenga un legame con quell'esperienza, possa poi utilizzare quello spazio per perseguire finalità antidemocratiche».

Il ricorso è perciò respinto condividendo gli argomenti dei giudici di prime cure e riportando espressamente quello secondo cui: «se non può essere limitata la libertà di pensiero, che peraltro non può giustificare comportamenti contrari alla Costituzione e alla legge, nemmeno può limitarsi il potere dell'ente pubblico di perseguire l'interesse collettivo alla cui tutela è preposto escludendo da un uso esclusivo dei beni pubblici soggetti che si facciano portatori del pensiero fascista e che per la sua tutela e diffusione potrebbero valersi degli stessi beni sottratti all'uso della collettività».

Proprio con riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero si è parlato in dottrina di «limite ideologico del neofascismo» contenuto nella XII Disposizione che sarebbe perciò tesa a «spogliare l'ideologia neofascista dalla garanzia costituzionale delle libertà»; in tal senso, più in generale, la Costituzione «intende chiaramente vietare non solo gli atti conclusivi di ricostituzione del partito fascista, ma anche tutti i comportamenti idonei a porne le premesse, attraverso l'istaurazione di un clima favorevole»[16].

3. Cenni conclusivi sulla pubblica amministrazione nell'*'l'ispirazione antifascista nella nostra Costituzione'*.

Con la sentenza qui commentata, il Consiglio di Stato – riprendendo gli argomenti del giudice di prime cure e dei precedenti conformi qui richiamati – offre interessanti spunti di riflessione non solo sull'attuazione del divieto della «riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista» nell'attività amministrativa della concessione di spazi pubblici, ma più in generale sul ruolo della pubblica amministrazione nell''ispirazione antifascista della nostra Costituzione'.

La pubblica amministrazione è stata messa alla prova dalla matrice antifascista della Costituzione italiana anche in altre occasioni e in ambiti diversi dell'azione amministrativa.

Nelle competizioni elettorali locali, infatti, alcune associazioni politiche sono state escluse dalle commissioni elettorali circondariali in diversi Comuni sul territorio nazionale proprio in ragione della loro ispirazione al disciolto partito fascista. Non a caso il contenzioso sul punto è richiamato nella pronuncia che qui si commenta.

Con rifermento a quelle vicende la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che non è ammissibile che «un raggruppamento politico partecipi alla competizione elettorale sotto un contrassegno che si richiama esplicitamente al partito fascista bandito irrevocabilmente dalla Costituzione con norma tanto più grave e severa, in quanto eccezionalmente derogatorio al principio

[16] Cit. P. Barile, voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 470; sull'art. 21 Cost. M. Manetti - A. Pace, *Art. 21. La libertà di manifestazione del pensiero*, in G. Branca - A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2006, 212; la qualifica come "libertà funzionale" C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento democratico*, Milano, 1958, 3.

supremo della pluralità, libertà e parità delle tendenze politiche»[17].

Si è affermato che «un movimento politico che si ispira ai principi del disciolto partito fascista deve essere incondizionatamente bandito dalla competizione elettorale, secondo quanto impone la XII esposizione transitoria e finale della Costituzione, il cui precetto sul piano letterale ideologico non può essere applicato solo alla repressione di condotte finalizzate alla ricostruzione di un'associazione vietata […] ma deve essere esteso ad ogni atto o fatto che possa favorire la riorganizzazione del partito fascista, per sua essenza stessa antidemocratico, e quindi anche al riferimento inequivoco ai suoi principi fondanti, ai sensi dell'art. 1 della L. n. 645 del 1952»[18].

Nel tempo si è ribadito che «il diritto di associarsi in un partito politico, sancito dall'arte. 49 Cost., e quello di accesso alle cariche elettive, *ex* art.51 Cost., trovano un limite nel divieto di riorganizzazione del disciolto partito fascista imposto dalla XII disposizione transitoria finale della Costituzione. Detto precetto costituzionale, fissando un'impossibilità giuridica assoluta e incondizionata, impedisce che un movimento politico formatosi e operante in violazione di tale divieto possa in qualsiasi forma partecipare alla vita politica e condizionarne le libere democratiche dinamiche. […] l'attuazione di tale precetto, sul piano letterale come sul versante teologico, non può essere limitata alla repressione penale delle condotte finalizzata alla ricostituzione di un'associazione vietata, [ma] deve essere estesa ad ogni atto fatto che possa favorire la riorganizzazione del partito fascista»[19]; si riconosce così il potere della commissione di ricusare la lista o i simboli attraverso i quali si persegue il fine originariamente vietato dall'ordinamento.

Sia nel caso della concessione di spazi pubblici, sia nell'ammissione alle competizioni elettorali l'esercizio di libertà e diritti dei privati richiede l'esercizio del potere della pubblica amministrazione. Si tratta di un ambito di applicazione della XII Disposizione costituzionale che si distingue da quello che di recente ha visto l'intervento della giurisprudenza penale con riferimento al divieto di utilizzo di simboli e del cosiddetto saluto romano[20].

La sentenza del Consiglio di Stato qui commentata offre un'articolata e chiara ricostruzione del fondamento e dei contenuti del potere della pubblica amministrazione di prevedere una dichiarazione di ripudio del fascismo nel rilascio della concessione di spazi pubblici con l'obiettivo di evitare che gli stessi siano «utilizzati per il perseguimento delle finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, ovvero per la pubblica esaltazione di esponenti, principi, fatti, metodi e finalità antidemocratiche del fascismo – comprese le idee e i metodi razzisti – o ancora per il compimento di manifestazioni usuali del distorto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste». Sarebbe proprio questo – si è detto – l'«obiettivo di sicuro interesse pubblico, alla luce di quella che la Corte costituzionale ha definito '*l'i-*

[17] Cfr. Cons. Stato, Sez. I, 23 febbraio 1994, n. 173; Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2013 n. 1355; Cons. Stato, Sez. III, 29 maggio 2018, n. 3208.

[18] Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 29 maggio 2018, n. 3208; già Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1354.

[19] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1354, dove si dice altresì che la disciplina costituzionale «dettando un requisito originario per la partecipazione alla vita politica, fonda il potere implicito della commissione di ricusare le liste che si pongano in contrasto con diritto precetto».

[20] Cass. pen. SS. UU., sent. 17 aprile 2024, n. 16153.

spirazione antifascista della nostra costituzione'»[21].

È qui di interesse ricordare che secondo la Corte costituzionale la XII Disposizione della Costituzione repubblicana «ha conferito in modo tassativo al legislatore non solo la potestà-dovere di fissare sanzioni penali in casi di violazione del divieto costituzionale di ricostituzione del disciolto partito fascista, ma anche di ricercare il modo e le forme più idonei e più incisivi per la realizzazione della pretesa punitiva nella salvaguardia dei diritti fondamentali che la costituzione riconosce a tutti i cittadini, al fine di combattere più efficacemente e sollecitamente possibile quel pericolo che la citata disposizione, in accordo con l'ispirazione antifascista della nostra costituzione è inteso direttamente imperativamente prevenire».

La legislazione penale si è fatta nel tempo interprete dell'obiettivo costituzionale del ripudio del fascismo e «il legislatore ha compreso che la riorganizzazione del partito fascista può anche essere stimolata da manifestazioni pubbliche capaci di impressionare le folle»[22].

In linea con tale orientamento si è in seguito affermato che «non può sostenersi la illegittimità costituzionale di una norma legislativa che attui il disposto della XII disposizione transitoria, la quale, in vista della realizzazione di un ben determinato scopo, pone limiti all'esercizio dei diritti di libertà enunciati dagli evocati precetti costituzionali»[23].

Va detto che il contenuto del comma 1 delle XII Disposizioni fin dal dibattito in Assemblea costituente è stato lungi dall'essere pacificamente interpretato come norma "transitoria"[24].

E il carattere "finale", e non meramente transitorio, del "divieto di riorganizzazione sotto qualsiasi forma del disciolto partito fascista" (comma 1 della XII Disposizione) – oggi generalmente riconosciuto – è riconducibile al suo legame con l'art. 54 comma 1 Cost. secondo cui "tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica "e l'art. 139 Cost. che sottrae alla revisione costituzionale la forma repubblicana[25]. In tale

[21] In questi termini, Corte cost., sent., n. 254 del 1974, richiamata nella pronuncia qui commentata.

[22] Corte cost., sent. n. 74 del 1958.

[23] Corte cost., sent. n. 15 del 1973. Sulle manifestazioni usuali del disciolto partito fascista, in una prospettiva penalistica, si rinvia a P. Caroli, *Il potere di non punire, Uno studio sull'amnistia Togliatti*, Napoli, 2020, 278 ss.

[24] Alla seduta del 4 marzo 1947 dell'Assemblea costituente l'intervento di Calamandrei aveva già evidenziato il carattere non transitorio di questa disposizione: «Non so perché questa disposizione sia stata messa fra le transitorie: evidentemente può essere transitorio il nome "fascismo", ma voi capite che non si troveranno certamente partiti che siano così ingenui da adottare di nuovo pubblicamente il nome fascista per farsi sciogliere dalla polizia. Se questa disposizione deve avere un significato, essa deve esser collocata non tra le disposizioni transitorie, e non deve limitarsi a proibire un nome, ma deve definire che cosa c'è sotto quel nome, quali sono i caratteri che un partito deve avere per non cadere sotto quella denominazione e per corrispondere invece ai requisiti che i partiti devono avere in una Costituzione democratica. […]».

[25] La pronuncia qui commentata evidenzia che «il primo comma della XII disposizione, che vieta "la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista", non può ritenersi meramente 'transitoria', ossia destinata a trovare applicazione per un periodo di tempo determinato (com'è, per esempio, il secondo comma), ma, come osservato anche in letteratura, è norma 'finale', in quanto, legandosi all'art. 54, co. 1, Cost. secondo cui "tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica" e all'art. 139 Cost., che sottrae alla revisione costituzionale "la forma repubblicana" (secondo Corte cost., sent. n. 1146 del 1988, da intendersi comprensiva di tutti quei principi che *"appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione Italiana"* e quindi innanzitutto dei 'diritti inviolabili', su cui si v., tra le più recenti, Corte cost., sent. n. 135 del 2024), rifinisce il disegno costituzionale ponendo una clausola di salvaguardia che in deroga all'art. 49 Cost., che riconosce il diritto di tutti i cittadini di associarsi liberamente in partiti, nonché agli artt. 17 e 21 che sanciscono le libertà di riunione e di manifestazione del pensiero (sul punto si v. Corte cost., sentt. n. 74 de 1958 e n. 15 del 1973) – è volta a scongiurare un ritorno "sotto qualsiasi forma" del fascismo, che

prospettiva la c.d. legge Scelba avrebbe fornito al bene giuridico dell'"ordine pubblico democratico e costituzionale" una tutela anticipata[26]. Sicché l'attuazione di tale precetto – lungi dal limitarsi alla repressione penale che richiede il pericolo concreto d di ricostituzione del partito fascista[27] – come già ricordato dalla giurisprudenza amministrativa, «deve essere estesa ad ogni atto o fatto che possa favorire la riorganizzazione del partito fascista»[28], facendo così della pubblica amministrazione un importante "strumento di attuazione".

Come ricordato dai giudici di prime cure nella vicenda qui commentata non sarebbe «in questione […] la rilevanza penale di condotte riconducibili alla connotazione pubblica della manifestazione del pensiero, bensì il significato da attribuire al "silenzio" che l'associazione ricorrente vorrebbe serbare sul tema, rifiutandosi di sottoscrivere le dichiarazioni richieste dall'atto di indirizzo del Comune di Brescia. In buona sostanza, con tale provvedimento non si richiedono né abiure, né professioni di fede che non si traducano nella mera riaffermazione dei valori fondanti della Carta costituzionale e del nostro Ordinamento»[29].

Sulla questione dell'attuazione della XII Disposizione, ancora oggi attuale, si è di recente ricordata l'idea che «se la democrazia muore nel cuore del popolo, nessuna forza giuridica potrà farla resuscitare»[30].

Non c'è dubbio che né le leggi (né l'azione dell'amministrazione) possano di per sé sole proteggere la democrazia e, tuttavia, proprio la «perdurante esigenza di garanzia antifascista», che è stata ricondotta a una «sorta di disattuazione strisciante»[31] della XII Disposizione, sembra imporre estrema attenzione alla compiuta attuazione della previsione del divieto della "riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista".

Di interesse sarebbe perciò lo studio del ruolo della pubblica amministrazione, in generale, nell''*l'ispirazione antifascista nella nostra Costituzione*'.

La questione dell'attuazione delle XII disposizioni finali da parte della pubblica amministrazione nella specifica attività di concessione di spazi pubblici assume certo contorni differenti rispetto a quelli della legislazione penale, forse meno "problematici" con riferimento alla limitazione della libertà di manifestazione del pensiero; in tali casi l'obbligo di dichiarare il ripudio del fascismo, imposto come condizione della concessione di spazi pubblici da parte della amministrazione locale, non pone luna imitazione della libertà di manifestazione del pensiero che, in caso di diniego, può essere esercitata su spazi privati entro i limiti della legislazione penale.

Proprio alla luce della ricostruzione offerta dalla giurisprudenza amministrativa richiamata, ci si chiede se non sia ultroneo,

segnerebbe la fine dell'esperienza democratica con essa iniziata e il disconoscimento dei diritti e delle libertà che le sono propri».

[26] Da ultimo Cass. pen. SS. UU., sent. 17 aprile 2024, n. 16153.

[27] Cfr. Corte cost., sent. n. 15 del 1973; Cass. Pen. SS. UU., sent. 17 aprile 2024, n. 16153.

[28] Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1354.

[29] In questi termini già Tar Lombardia, sez. II, Brescia, 26 gennaio 2020, n. 166, poi ripresa dal Consiglio di Stato qui commentato.

[30] Cit. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 413; di recente richiamato nelle sue osservazioni conclusive da F. Paruzzo, *La XII Disposizione transitoria e finale: tra garanzia "antirazzista" della legge Mancino e specificità della matrice antifascista*, in *Rivista AIC*, fasc. 3/2024, 131.

[31] B. Pezzini, *Attualità e attuazione della XII Disposizione finale: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in Aa.Vv., *Le frontiere del Diritto costituzionale. Scritti in onore di V. Onida*, Milano, 2011, 1402. Parla di «poche occasioni pratiche di applicazione» P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 411.

se non addirittura fuorviante, considerando '*l'ispirazione antifascista della nostra Costituzione'*, qualificare come ampiamente discrezionale l'esercizio del potere della pubblica amministrazione che si sostanzia nel condizionare la concessione di spazi pubblici alla dichiarazione di ripudio del fascismo.

In tale prospettiva, ragionando sul ruolo della pubblica amministrazione nel garantire l'effettiva attuazione del comma 1 delle XII Disposizioni, subordinare la concessione di spazi pubblici alla dichiarazione di ripudio del fascismo sembra piuttosto espressione di una discrezionalità della pubblica amministrazione necessariamente orientata dall' considerando *'l'ispirazione antifascista della nostra Costituzione'*.

Alice Cauduro

III.
Autotutela

1. Annullamento d'ufficio e tutela dell'interesse culturale (nota a Corte Costituzionale, 26 giugno 2025, n. 88)

Sommario: 1. Il caso di specie. – **2.** Le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 sollevate dal Consiglio di Stato. – **3.** La ricostruzione sistematica del potere di annullamento d'ufficio da parte della Corte costituzionale. – **4.** Tutela del patrimonio culturale ed annullamento d'ufficio: la controversa dialettica tra interessi pubblici "qualificati" ed i provvedimenti di secondo grado.

1. Il caso di specie.

La Corte costituzionale, con la sentenza che si commenta, è intervenuta su un tema tanto delicato quanto complesso come quello attinente al rapporto tra l'esercizio dei poteri di autotutela, in particolare del potere di annullamento d'ufficio, e la tutela di interessi pubblici c.d. "qualificati" qual è quello della tutela del patrimonio culturale.

Prima di analizzare le diverse questioni giuridiche affrontate dalla Corte, è necessario ricostruire brevemente la vicenda da cui è scaturito il contenzioso.

Il Consiglio di Stato, Sezione Sesta, con sentenza non definitiva n. 215 del 16 ottobre 2024, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 21-*nonies*, co. 1, legge 7 agosto 1990, n. 241 in riferimento agli artt. 3, co. 1, 9, co. 1 e 2, 97, co. 2, e 117, co. 1 della Costituzione, quest'ultima come norma costituzionale interposta rispetto agli artt. 1, lett. b) e d), e 5, lett. a) e c) della Convenzione di Faro del 27 ottobre 2005, ratificata dall'Italia con la legge 1° ottobre 2020, n. 133, nella parte in cui stabilisce il limite temporale fisso di un anno (e non solo il rispetto del termine flessibile "ragionevole") per l'annullamento d'ufficio delle autorizzazioni illegittime anche con riguardo a quelle che siano incidenti su un interesse sensibile e di rango costituzionale, come quello relativo alla tutela del patrimonio storico e artistico del Paese.

La questione è insorta con riferimento all'attestato di libera circolazione rilasciato nel 2015 per una tela raffigurante una figura femminile, attribuita alla scuola italiana del XVI secolo e con stima di euro 65.000,00; tuttavia, in esito al suo restauro, nel novembre del 2019 lo studio di un esperto d'arte aveva dimostrato che la tela null'altro era che invece la "Allegoria della pazienza" di Giorgio Vasari.

Di conseguenza, la Direzione generale archeologia belle arti e paesaggio del Ministero della Cultura aveva adottato: il 15 novembre 2021 un provvedimento di annullamento in autotutela del rilascio dell'attestato di libera circolazione; il 17 dicembre 2021 un nuovo provvedimento di diniego dell'attestato di libera circolazione del quadro, con contestuale avvio del procedimento per la dichiarazione dell'interesse culturale; il 27 dicembre 2021 un provvedimento di rientro dell'opera sul suolo nazionale in

quanto temporaneamente esposta alla *National Gallery* di Londra.

Il provvedimento di annullamento in autotutela dell'attestato di libera circolazione è pertanto intervenuto ben 6 anni dopo il rilascio del primo provvedimento positivo e comunque 2 anni dopo che il restauro aveva fatto scoprire che l'opera fosse da attribuire al Vasari.

Il soggetto che aveva ottenuto l'attestato di libera circolazione nel 2015 e la successiva proprietaria dell'opera, di conseguenza, impugnano i provvedimenti della Direzione generale del Ministero della Cultura ma il TAR Lazio ha respinto l'impugnativa ritenendo non tardivo l'annullamento d'ufficio sia per l'operare dell'eccezione del comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, sia perché il termine non può che decorrere da quando si provi che l'Amministrazione è venuta a conoscenza degli elementi che le erano stati sottratti, o offerti malamente, ovvero solamente nel luglio del 2021.

Il Consiglio di Stato, a differenza del giudice di primo grado, non ha ritenuto invece applicabile la disposizione di cui al co. 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, ovvero quella secondo cui "*i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi*", in quanto, da un lato, la provenienza non è tra i dati che l'apposito modulo ministeriale indica come obbligatori nella denuncia di esportazione e, dall'altro lato, la descrizione dell'oggetto della rappresentazione pittorica come figura femminile era sì generica, ma non mendace.

Pertanto, occorre applicare il termine ordinario di dodici mesi di cui al primo comma ma su questo la Sesta Sezione del Consiglio di Stato solleva importanti dubbi di legittimità costituzionale.

2. Le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 sollevate dal Consiglio di Stato.

Secondo i giudici di Palazzo Spada la questione di costituzionalità non è manifestamente infondata perché la norma dell'art. 21-*nonies*, co. 1, che pone il limite temporale di dodici mesi all'annullamento d'ufficio, indiscriminatamente per tutte le autorizzazioni, comprese quelle incidenti su un interesse sensibile e di rango costituzionale sarebbe manifestamente irragionevole e violerebbe al contempo il fondamentale interesse alla tutela dell'integrità del patrimonio storico e artistico del Paese apprestata dall'art. 9, co. 1 e 2 della Costituzione e il principio di buon andamento dell'Amministrazione di cui all'art. 97, co. 2, Cost.

Ed infatti, in primo luogo, seguendo il ragionamento del Consiglio di Stato, sottoporre ad un limite temporale rigido il potere di annullamento in autotutela anche per gli atti autorizzatori riguardanti interessi di rango super-primario darebbe automatica prevalenza all'interesse privato alla conservazione del provvedimento ampliativo su quello pubblico antitetico, senza consentire il loro bilanciamento in relazione alla specifica vicenda amministrativa. Piuttosto, interessi pubblici, come quello all'integrità ed alla tutela del patrimonio storico-artistico, sarebbero tendenzialmente prevalenti ri-

spetto alla posizione (di matrice individuale) di legittimo affidamento del privato alla stabilità del titolo ottenuto, nella naturale ponderazione delle posizioni contrapposte.

Al contrario, continua la Sesta Sezione, sarebbe adeguato sottoporre l'esericizio del potere di autotutela ad un termine elastico da modulare secondo il canone della ragionevolezza ed il cui esercizio soggiacerebbe al sindacato del giudice amministrativo.

In secondo luogo, la previsione di una barriera temporale, valida in assoluto, non consentirebbe di valutare correttamente la peculiarità e l'importanza del caso concreto nella valutazione sottesa all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, con specifico riguardo ad autorizzazioni il cui rilascio richiede l'apprezzamento di profili, anche complessi e controversi, di natura tecnica.

Tra queste indubbiamente rientra l'attestato di libera circolazione di un bene culturale, la cui emanazione richiede il ricorso a conoscenze di settore, soggette ad evoluzione e non riconducibili a scienze esatte, anzi dotate di margini di opinabilità.

In terzo luogo, il termine decadenziale stabilito per l'esercizio della potestà di cui all'art. 21-*nonies* precluderebbe la «*spendita di altri profili di capacità speciale autoritativa dell'Amministrazione*».

L'annullamento d'ufficio si pone come presupposto logico-giuridico per il riesercizio dell'originario potere o di altri poteri amministrativi a questo connessi, che, pertanto, sarebbero indirettamente impediti dall'impossibilità di annullamento della determinazione originaria per l'intervenuta scadenza dei dodici mesi dalla sua adozione.

Da ultimo, il Consiglio di Stato a sostegno del suo orientamento evidenzia, da un lato, come la legge n. 241 del 1990 per altri istituti del procedimento amministrativo abbia previsto una disciplina specifica laddove ricorrano interessi sensibili come quello della tutela del patrimonio culturale e, dall'altro, sottolinea come nel caso di specie non sia applicabile il co. 2 dell'art. 21-*nonies* previsto per false rappresentazioni di fatti o false dichiarazioni rese in quanto questa ipotesi eccezionale non coprirebbe un ampio ventaglio di casi, come quello della fattispecie in questione, caratterizzati da situazioni di incertezza e in cui non sarebbe ravvisabile la meritevolezza dell'interesse del privato a una incondizionata prevalenza, per decorso del tempo, sull'interesse pubblico.

Pertanto, è evidente per il Consiglio di Stato che la questione deve essere rimessa al giudizio della Corte costituzionale anche in virtù del fatto che non è possibile altra interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 21-*nonies*, dato che la norma è inequivoca nello stabilire che il termine "*non superiore a dodici mesi*" per l'annullamento d'ufficio sia un termine massimo inderogabile e che la sua decorrenza incominci dal momento dell'adozione del provvedimento di primo grado: non vi sarebbe, dunque, possibilità di posticipare il suo spirare in relazione alle manifestazioni sopravvenute dell'illegittimità originaria.

Norma che, *ad abundantiam*, violerebbe altresì, come norma interposta, l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 1, lett. b) e d), e 5, lett. a) e c) della Convenzione di Faro, che riconosce il diritto fondamentale alla protezione dell'eredità culturale di ogni popolo.

In altri termini, quindi, secondo il Consiglio di Stato, la previsione di una scadenza predeterminata per la funzione di riesame con riguardo alle autorizzazioni concernenti i beni culturali sarebbe manifestamente irragionevole e violerebbe al contempo i principi di buon andamento dell'Amministrazione e della tutela del patrimonio storico e artistico. Difatti, la consumazione della

potestà di autotutela impedirebbe all'Amministrazione di rinnovare la cura dell'interesse c.d. super-primario alla protezione del patrimonio culturale sotteso al provvedimento illegittimo di primo grado, sottraendole ogni possibilità di apprezzare le peculiarità e l'importanza del caso concreto, ponderare gli interessi contrapposti nell'esercizio della tipica discrezionalità dell'Amministrazione e provvedere, in esito all'annullamento, con il riesercizio del potere.

Questi profili di incostituzionalità verrebbero meno, ovviamente, qualora il potere di riesame risultasse sottoposto al solo limite flessibile del "termine ragionevole", stabilito in via generale per i provvedimenti amministrativi[1].

Tale orientamento della Sesta Sezione del Consiglio di Stato non ha trovato, però, accoglimento da parte dei giudici costituzionali, che hanno dichiarato in parte non fondate ed in parte inammissibili le questioni di costituzionalità sollevate sulla base di una ricostruzione sistematica, non sempre del tutto persuasiva, come si vedrà *infra*, del potere di annullamento d'ufficio.

3. La ricostruzione sistematica del potere di annullamento d'ufficio da parte della Corte costituzionale.

Anzitutto la Corte costituzionale ha ritenuto inammissibile la questione di costituzionalità dell'art. 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990 con riferimento all'art. 117, co. 1, Cost. quale norma interposta relativamente agli obblighi assunti con la Convenzione di Faro in quanto la questione sollevata dal Consiglio di Stato è priva di qualsiasi illustrazione delle ragioni per le quali la disposizione censurata integrerebbe una violazione del parametro costituzionale evocato.

Quanto alla presunta violazione degli artt. 3, 9 e 97 Cost., la Corte ha invece ritenuto di dover ricostruire sistematicamente le origini e le caratteristiche del potere di annullamento d'ufficio prima di potersi pronunziare sulla questione di legittimità sollevata dal Consiglio di Stato.

L'annullamento d'ufficio deve essere annoverato tra i provvedimenti di "secondo grado" con cui l'Amministrazione esercita la funzione di riesame di atti già adottati, al fine di garantire la cura dell'interesse pubblico in via continuativa. Si contraddistingue, in tale ampia categoria, per essere il provvedimento discrezionale di portata caducatoria, con effetti *ex tunc*, di un precedente atto affetto da uno o più vizi di legittimità[2].

Originariamente, ovvero sino al momento in cui non è stata introdotta la norma

[1] La ricostruzione analitica della vicenda e della pronunzia del Consiglio di Stato si può leggere in F. Campolo, *Attestato di libera circolazione di un bene culturale e potere di autotutela*, in *GiustiziaInsieme*, 26 febbraio 2025.

[2] Per un inquadramento sistematico dell'istituto è necessario rinviare agli scritti classici sul tema quali: R. Resta, *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi come onere di buona amministrazione*, in *Foro amm.*, 1937, I, 121 ss.; G. Codacci Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939; V. Romanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939; P. Bodda, *Sull'obbligo di annullare d'ufficio o su denunzia gli atti amministrativi illegittimi*, in *Foro amm.*, 1942, 1 ss.; G. Miele, *In tema di annullamento d'ufficio di atti amministrativi illegittimi*, in *Giur. comp. Cass.*, 1947, I, 1133 ss.; A. De Valles, *Annullamento d'ufficio ed interesse pubblico*, in *Foro it.*, 1950, III, 228 ss.; S. Romano - G. Miele, voce *Annullamento degli atti amministrativi*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, I, 1, 644 ss.; E. Cannada Bartoli, voce *Annullabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *Encicl. dir.*, Milano, Vol. II, 1958; F. Benvenuti, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Encicl. dir.*, Milano, 1959, Vol. IV, 544 ss.; F. Garri, *Il pubblico interesse all'annullamento d'ufficio ed il decorso del tempo*, in *Foro amm.*, 1964, III, 175 ss.

dell'art. 21-*nonies*, la funzione del riesame è stata ritenuta espressione dello stesso potere esercitato in primo grado, di cui condivideva il carattere di inesauribilità, e il suo fondamento costituzionale è stato rintracciato nel principio di buon andamento dell'Amministrazione di cui all'art. 97 Cost.

Ne è conseguito, sotto il profilo temporale, che il potere di annullamento è stato ritenuto inconsumabile e discrezionale nel *quando*, salvo il temperamento individuato dalla giurisprudenza amministrativa, dapprima, sulla base delle sollecitazioni anche risalenti della dottrina[3], nella carenza di un interesse concreto e attuale all'annullamento[4] per "l'operare del fatto compiuto"[5] e, di seguito, nella decorrenza di un termine ragionevole[6], criterio introdotto anche in conseguenza delle "spinte gentili" provenienti dalla Corte di giustizia sin dal 1982, con la sentenza Alpha Steel Ltd, a giudizio della quale il riesame di un atto illegittimo – impropriamente denominato dal giudice europeo come "revoca"[7] – è possibile solamente se interviene entro un arco temporale adeguato[8].

Ciò perché un potere di riesame senza termine può incidere sul legittimo affidamento del cittadino[9]. Pensiamo ad un titolo autorizzatorio (ad esempio, edilizio) dapprima rilasciato e poi annullato d'ufficio a distanza di anni in qualora l'Amministrazione si accorga che era affetto da un vizio di legittimità.

Il cittadino, in questo modo, era lasciato completamente "in balia" dell'Amministrazione, non potendosi certamente configurare un rapporto amministrativo paritario, come preconizzato dalla dottrina[10].

Occorreva pertanto che vi fosse un intervento del legislatore tale da allineare tale potere alla dimensione collaborativa che la legge n. 241 del 1990, seppur in modo non esattamente coincidente con le intenzioni della Commissione Nigro[11], aveva incominciato ad attribuire al rapporto tra Amministrazione e cittadini[12].

---

[3] Si v. già in tema A.C. Jemolo, *L'interesse come presupposto dell'annullamento degli atti illegittimi. Licenziamento in via eventuale*, in *Foro it*., 1931, III, 113 ss.

[4] Su come veniva interpretato l'interesse pubblico necessario per procedere all'annullamento d'ufficio si rinvia all'ampia disamina di S. Valaguzza, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm*., 2004, 1245 ss.

[5] In questi termini, ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 20 agosto 1996, n. 939, in *Giur. it*., 1997, III, 1, 177 ss., con riferimento all'annullamento in autotutela di una licenza edilizia.

[6] Così Cons. Stato, Sez. VI, 15 novembre 1999, n. 1812, in *Foro amm*., 1999, 2556 ss.

[7] Sull'utilizzo non sempre corrispondente dei termini giuridici da parte del giudice e del legislatore europeo si rinvia a M. Ricciardo Calderaro, *L'integrazione amministrativa e la tutela dei diritti. Problemi e prospettive alla luce della crisi sistemica dell'Unione europea*, Torino, 2020.

[8] Corte giust. CE, 3 marzo 1982, Alpha Steel Ltd c. Commissione, in causa C-14/81.

[9] Ovviamente, non si può non rinviare allo studio di F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm*., 2005, 843 ss.

[10] A partire, ovviamente, da F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 807 ss., poi in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, Vol. IV, 3223 ss.

[11] Per una ricostruzione del pensiero di Nigro sulla necessità di una legge generale sul procedimento amministrativo v. R. Chieppa, *Mario Nigro e la disciplina sul procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2010, 667 ss.; nonché, di recente, M. Ramajoli, *Dal provvedimento al procedimento amministrativo e ritorno. Rileggendo Mario Nigro*, in *Nomos*, fasc. n. 3-2023; G. Della Cananea, *Mario Nigro riformatore: la legge sul procedimento amministrativo*, in *Nomos*, fasc. n. 3-2023.

[12] Secondo A. Andreani, *Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella l. 241/90 (quarant'anni dopo la prolusione di F. Benvenuti)*, in *Dir. proc. amm*., 1992, 662 ss., la legge n. 241 del 1990 ha recepito i tre diversi modi di essere del procedimento, ossia il procedimento-istruzione, il procedimento-contraddittorio ed il procedimento-collaborazione; M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm*., 2004, 72, ricorda che il contraddittorio previsto dalla legge n. 241 del 1990 assolve a diverse funzioni, quali quella di garanzia del diritto di difesa, quella di partecipazione collaborativa e quella di rappresentanza degli interessi; M. Occhiena, *Partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto*

Così, la legge 11 febbraio 2005, n. 15 ha introdotto nella legge generale sul procedimento amministrativo l'art. 21-*nonies13*, che per la prima volta ha positivizzato, in termini generali, il potere di riesame, ha fatto proprio il concetto del "termine ragionevole", inserendo il mancato decorso di quel tempo tra le condizioni per il suo esercizio, accanto a quelle della presenza di specifiche ragioni di interesse pubblico che giustifichino l'annullamento del provvedimento di primo grado (distinte, però, dal mero ripristino della legalità violata)[14] e della valutazione degli interessi dei destinatari del provvedimento (*in primis*, l'affidamento da loro in esso riposto) e dei controinteressati[15].

La codificazione del "termine ragionevole" non ha però risolto tutte le questioni insorte, anche in virtù dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza amministrativa.

Difatti, secondo la stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la scelta normativa di una limitazione temporale tramite il ricorso a "*un concetto non parametrico ma relazionale, riferito al complesso delle circostanze rilevanti nel caso*" ha comportato la sua qualificazione non come termine di decadenza del potere di autotutela, con sua conseguente consumazione in via definitiva, bensì come elemento determinante nella modalità di esercizio di tale potere, in una logica conformativa del potere al suo interno.

Di conseguenza, secondo il giudice amministrativo[16], il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consuma il potere di adozione del provvedimento di annullamento d'ufficio[17], anche in considerazione del fatto che "il termine ragionevole" per la sua adozione decorre soltanto dal momento della scoperta, da parte dell'Amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro[18].

pubblico, Milano, 2006, vol. V, 4128 ss., evidenzia il fondamentale ruolo collaborativo della partecipazione del privato, che si esplica specialmente nella fase istruttoria del procedimento amministrativo; sul punto cfr. altresì R. Caranta - L. Ferraris - S. Rodriquez, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005; M. Ricciardo Calderaro, *La partecipazione nel procedimento amministrativo tra potere e rispetto dei diritti di difesa*, in *Foro amm.*, 2015, 1313 ss.; R. Ferrara, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, 209 ss.; A. Cauduro, *Gli obblighi dell'amministrazione pubblica per la partecipazione procedimentale*, Napoli, 2023; M. Clarich, *La collaborazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2024, 651 ss.; nonché l'interessante punto di vista di P. Patrito, *Premesse storiche e comparatistiche per uno studio sulla partecipazione al procedimento amministrativo*, Aracne, 2018.

[13] Cfr. la ricostruzione di C. Deodato, *Art. 21-nonies*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

[14] Su questo aspetto è interessante rinviare a N. Posteraro, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, in *Federalismi*, fasc. n. 5-2017, 2 ss.

[15] In tema, sotto molteplici punti di vista, cfr. G. Bergonzini, *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 231 ss.; G. Manfredi, *Annullamento d'ufficio, tutela dell'affidamento, indennità*, in *Urb. app.*, 2007, 1433 ss.; M. Calabrò, *Permesso di costruire: precisazioni in tema di decorrenza del termine per l'impugnativa e di presupposti per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio*, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 567 ss.; F. Costantino, Contrarius actus *e competenza ad adottare il provvedimento di annullamento d'ufficio di un atto viziato da incompetenza alla luce della l. n. 15 del 2005*, in *Foro amm. CdS*, 2006, 1839 ss.

[16] Da ultimo, in questi termini, Cons. Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8, in *Foro amm.*, 2017, 1980 ss., nonché T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 18 aprile 2024, n. 7672.

[17] Ancora di recente, Cons. Stato, Sez. VII, 23 gennaio 2025, n. 515, ha affermato, ad esempio, che l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio può avvenire anche a distanza di tempo dal rilascio del provvedimento originario, a patto che l'atto di ritiro sia suffragato da una motivazione adeguata che evidenzi la sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale, contrapposto agli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole. Tale principio vuole che il potere di riesaminare d'ufficio un atto amministrativo non si esaurisca automaticamente nel tempo, ma permanga sino a quando l'Amministrazione non divenga consapevole dei motivi che giustificano l'annullamento. In tema cfr. le riflessioni di C. Fragomeni, *Il tempo del riesame amministrativo*, in *GiustiziaInsieme*, 4 settembre 2024.

[18] Si esprime in senso critico su questo aspetto N. Posteraro, *Annullamento d'ufficio e motivazione in re ipsa: osservazioni a primissima lettura dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2017*, in

Ora, è evidente che questa interpretazione di un concetto giuridico indeterminato[19] qual è quello del "termine ragionevole", seppur richiedendo all'Amministrazione una motivazione particolarmente dettagliata dalla sua decisione, nella necessaria comparazione di tutti gli interessi coinvolti, compreso il legittimo affidamento riposto dal cittadino, lascia quest'ultimo in una posizione di difficoltà nei confronti dell'Amministrazione[20] solo però se questa non usa correttamente la propria discrezionalità. Certo, "il termine ragionevole" deve essere riempito di contenuto ma l'elasticità del termine non è di per sé sinonimo di illegittimità.

Tuttavia, il legislatore è nuovamente intervenuto sul co. 1 dell'art. 21-*nonies* con la legge 7 agosto 2015, n. 124, specificando per i provvedimenti autorizzatori e di attribuzione di vantaggi economici – e dunque per gli atti ampliativi in cui è più evidente l'affidamento del cittadino – che l'annullamento possa intervenire "*entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione*"[21].

Per questi provvedimenti il termine è stato considerato un termine decadenziale anche dalla stessa Corte costituzionale che, occupandosi dei poteri di controllo postumi riservati all'Amministrazione in caso di SCIA nel termine e alle condizioni di cui all'art. 21-*nonies*, si è espressa nel senso che la decorrenza del relativo termine determina l'"*effetto estintivo di tale potere*" e il consolidamento definitivo della situazione soggettiva dell'interessato nei confronti dell'Amministrazione ormai priva di poteri e dei terzi controinteressati[22].

Nel nostro ordinamento, così come in quello europeo[23] la tutela dell'affidamento del cittadino è riconosciuta solo se questo è legittimo[24], vale a dire se incolpevole o fondato sulla buona fede, che oggigiorno trova un ulteriore riconoscimento nella sua codificazione agli artt. 1, co. 2-*bis* della legge n. 241 del 1990[25] e 5 del nuovo Codice

Riv. giur. ed., 2017, 1103 ss., secondo cui "*desta molte perplessità, invece, l'affermazione che il termine ragionevole decorre solo dal momento in cui l'amministrazione sia venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto: in primo luogo, perché la ragionevolezza del termine è strettamente correlata all'affidamento risposto dal privato, il quale, in questo senso, si correla al tempo intercorso tra il momento dell'adozione del provvedimento di primo grado (da cui deriva l'affidamento) e quello dell'eventuale annullamento del provvedimento di primo grado, non al tempo intercorso tra il momento in cui la p.A., pur disponendo degli elementi necessari per farlo in sede di prima (e prescritta) istruttoria, ne scopra (*recte*, ne rilevi in ritardo) la illegittimità e quello in cui poi, concretamente, annulla*".

[19] Per una riflessione attuale in materia si rinvia alle acute osservazioni di S. Foà, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato*, in Id. (a cura di), *Il nuovo merito amministrativo*, Torino, 2025, 23 ss.

[20] E. Zampetti, *Osservazioni a margine della Plenaria n. 8 del 2017 in materia di motivazione nell'annullamento d'ufficio*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 404 ss., al riguardo, osserva che "*il termine dovrebbe coerentemente decorrere dal momento in cui l'amministrazione sia entrata nella disponibilità di tutti gli elementi di fatto e di diritto necessari per valutare la sussistenza dei suddetti presupposti. Diversamente, la decorrenza risulterebbe correlata ad un evento meramente eventuale ed incerto, nell'esclusiva disponibilità dell'amministrazione, con la conseguenza che il privato sarebbe esposto sine die ad un potere di autotutela non prevedibile né predeterminabile nel suo esercizio, in aperto contrasto con i principi di certezza e stabilità delle situazioni giuridiche*".

[21] In tema si v. C.P. Santacroce, *Annullamento d'ufficio e tutela dell'affidamento dopo la legge n. 124 del 2015*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 1145 ss.; più recentemente P. Otranto, *Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in *Federalismi*, fasc. n. 14-2020, 235 ss.

[22] Corte cost., 13 marzo 2019, n. 45, in *Giur. cost.*, 2019, 2, 712 ss., con nota di G. Mannucci, *I limiti alla tutela dei terzi in materia di Segnalazione certificata di inizio attività*.

[23] A partire da CGCE, sentenza 22 marzo 1961, in cause riunite C-42 e 49/59, *Société nouvelle des usines de Pontiene – Aciéres du Temple, SNUPAT*.

[24] Cfr. M. Ramajoli, *Novità (circoscritte) in tema di autotutela decisoria e tutela dell'affidamento*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 148 ss.

[25] Sul concetto di buona fede si rimanda alla recente disamina di M. Trimarchi, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, 59 ss.; e di A. Bartolini - S. Fantini, *I principi di buona fede*

dei contratti pubblici, contenuto nel d.lgs. n. 36 del 2023[26].

Sulla base di questo presupposto, il legislatore del 2015 ha previsto unitamente al termine decadenziale fisso una fattispecie di esclusione della sua applicabilità per immeritevole considerazione della posizione del destinatario del provvedimento invalido. Difatti, all'art. 21-*nonies* è stato aggiunto il comma 2-*bis*, a mente del quale l'Amministrazione è legittimata all'annullamento del provvedimento invalido anche dopo la scadenza del termine, all'epoca fissato in diciotto mesi, in caso "*di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato*".

Questa disposizione viene costantemente interpretata dalla giurisprudenza amministrativa ritenendo che il termine finale entro cui deve intervenire l'annullamento d'ufficio non trova applicazione tutte le volte in cui si riscontri che il contrasto tra la fattispecie rappresentata e la fattispecie reale sia rimproverabile all'interessato, tanto se determinato da dichiarazioni false o mendaci la cui difformità, se frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante, dovrà scontare l'accertamento definitivo in sede penale, quanto se determinato da una falsa rappresentazione della realtà di fatto, accertata inequivocabilmente dall'Amministrazione con i propri mezzi[27].

In sostanza, il differimento del termine iniziale per l'esercizio dell'autotutela deve essere determinato dall'impossibilità per l'Amministrazione, a causa del comportamento dell'istante, di svolgere un compiuto accertamento sulla spettanza del bene della vita nell'ambito della fase istruttoria del procedimento di primo grado[28].

Di conseguenza, se il termine ragionevole tradizionalmente decorre dal momento dell'adozione del provvedimento di primo grado, in questo caso decorre solamente dal momento in cui l'Amministrazione "scopre" l'illegittimità dovute alle false dichiarazioni, non avendo potuto compiere correttamente la propria istruttoria.

Il termine di 18 mesi, in conseguenza delle "semplificazioni amministrative" intervenute per rilanciare l'economia del Paese a seguito della pandemia da Covid-19, è stato ulteriormente ridotto a 12 mesi dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. in legge 29 luglio 2021, n. 108[29].

Peraltro, il legislatore, al di là di ulteriori specifiche abbreviazioni per procedimenti particolari come ad esempio quelli relativi alla produzione di energia da fonti rinnovabili, probabilmente interverrà ancora con una nuova riduzione del termine a 6 mesi come previsto dal disegno di legge governativo S-1184 ora in discussione al Senato, con l'intento, secondo quanto si può

e collaborazione nella legge sul procedimento amministrativo, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 12 ss.; ma già F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001.

[26] Sui principi codificati dal nuovo Codice dei contratti pubblici cfr. C.E. Gallo, *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso*, in Id. (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici. Alla luce del Codice approvato con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Torino, 2025, 1 ss.; M.R. Spasiano, *La codificazione dei principi del Codice dei contratti pubblici e, in particolare, del risultato, alla prova del correttivo*, in *Federalismi*, fasc. n. 10-2025, 191 ss.; R. Caranta, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici: artt. 1-12*, in *Giur. it.*, 2023, 1950 ss.

[27] Cfr., *ex pluribus*, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 3 febbraio 2025, n. 381.

[28] Cons. Stato, Sez. IV, 7 maggio 2025, n. 3876; id., 14 agosto 2024, n. 7134, in *Riv. giur. ed.*, 2024, 5, I, 985 ss.

[29] Per un commento a questo decreto ed alle normative (che nascevano come) emergenziali nel periodo pandemico si rinvia a S. Foà - A. Camaiani (a cura di), *Gestione nazionale della pandemia, misure giuridiche tra Costituzione e Cedu. Profili critici*, Torino, 2022.

desumere dalla relazione illustrativa della relativa disposizione, di rispondere all'esigenza di ridurre ad un termine più ragionevole l'esaurimento del potere di autotutela dell'Amministrazione a salvaguardia del legittimo affidamento ingenerato nei destinatari del provvedimento (!).

Ora, al di là della correttezza terminologica sull'esauribilità del potere di autotutela dell'Amministrazione, su cui non ci si può soffermare in questa sede[30], la volontà del legislatore pare quella di consolidare il legittimo affidamento del cittadino in un termine non solo ragionevole ma estremamente breve (forse troppo) qualora questo abbia agito consapevolmente ed in buona fede nei propri rapporti con l'Amministrazione[31].

La ricostruzione sistematica del potere di annullamento d'ufficio effettuato dalla Corte è corretta e sufficientemente completa ma persiste un problema: che cosa succede allorquando questo potere si deve confrontare con un interesse pubblico particolarmente qualificato, *rectius* sensibile, come quello relativo alla tutela del patrimonio culturale?

Questa è la domanda da cui occorre partire per svolgere alcune considerazioni sul nucleo del *decisum* della Corte costituzionale nella pronunzia che si commenta.

4. Tutela del patrimonio culturale ed annullamento d'ufficio: la controversa dialettica tra interessi pubblici "qualificati" ed i provvedimenti di secondo grado.

L'art. 21-*nonies*, nelle varie interpolazioni intervenute, non ha mai dedicato una norma specifica agli interessi pubblici particolarmente "qualificati", come è certamente quello relativo alla tutela dell'interesse culturale, né ha mai previsto la non applicazione (o una sua possibile maggiore flessibilità) del termine ragionevole nei casi in cui ricorrano tali interessi.

Ciò a differenza di altre disposizioni della legge n. 241 del 1990[32] ove si è escluso, ad esempio, l'operare di alcuni istituti di semplificazione procedimentale (i meccanismi devolutivi per l'acquisizione dei pareri e valutazioni tecniche di cui agli artt. 16 e 17) o provvedimentale (il silenzio-assenso c.d. verticale di cui all'art. 20) e di liberalizzazione (la SCIA di cui all'art. 19)[33].

[30] Si rinvia a F. Francario, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Federalismi*, fasc. n. 20-2015, spec. 5 ss., secondo cui "*la previsione di un termine certo e breve per l'esercizio del potere è incompatibile con l'affermazione dell'immanenza ed inesauribilità del potere e mette pertanto in crisi la ricostruzione teorica tradizionale che in tale affermazione trova il fondamento giustificativo del potere di autotutela. In nome dell'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici il potere di autotutela viene adesso talmente circoscritto nei presupposti del suo esercizio da risultare non più spiegabile come un potere generale, immanente ed inesauribile; ma come un potere spendibile unicamente nei modi e nei termini in cui il legislatore lo consente*". Cfr. altresì l'ampio studio di M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018.

[31] Cfr. le recenti riflessioni di N. Di Modugno, *Annullamento d'ufficio, annullamento e termine di dodici mesi*, in *DPER*, fasc. n. 1-2024, 280 ss.

[32] Per una riflessione recente si rinvia a M. Macchia, *Il procedimento amministrativo a trent'anni dalla legge generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 697 ss.

[33] Sul tema degli interessi pubblici sensibili si v. anzitutto A. Moliterni, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, 699 ss., che evidenzia correttamente come "*si è andato consolidando il convincimento che i concetti di semplificazione amministrativa e di interesse pubblico sensibile fossero da concepirsi in chiave tendenzialmente escludente, in quanto espressione dell'ineludibile conflitto – tipico di ogni società complessa – tra interessi di produzione e interessi di protezione*"; nonché E. Giardino, *Beni paesaggistici, interessi sensibili ed omologazione*

Come è noto, ai sensi dell'art. 9 Cost., la Repubblica italiana si pone come obiettivo imprescindibile quello della promozione della cultura e della ricerca scientifica e tecnica[34]: ciò si realizza anzitutto attraverso la tutela del patrimonio culturale da intendersi non solo nelle sue espressioni identitarie, ma anche attraverso la tutela e la conservazione di tutti quei beni che possano contribuire al perseguimento dell'obiettivo di tale elevazione[35].

Si può pacificamente affermare, dunque, che per tutela si può intendere ogni attività diretta a riconoscere, proteggere e conservare un bene del nostro patrimonio culturale affinché possa essere offerto alla conoscenza e al godimento della collettività[36].

Secondo la Corte costituzionale, tuttavia, la previsione del termine finale fisso per l'esercizio del potere di annullamento degli atti autorizzatori, senza eccezioni (o distinguo) per gli interessi culturali, non risulta manifestamente irragionevole e lesiva dell'interesse culturale protetto dall'art. 9 Cost.

Il fondamento di tale asserzione per la Corte risiede nel fatto che l'annullamento d'ufficio è espressione di una funzione di secondo grado, avente ad oggetto un provvedimento emanato nell'esercizio di un determinato potere.

Secondo questo ragionamento, il riesame del provvedimento[37], pur mosso da ragioni di legittimità, non costituisce espressione di quel potere già esercitato, bensì di un altro potere riconosciuto in via generale all'Amministrazione, quello dell'annullamento d'ufficio, che, proprio perché diverso da quello esercitato e su cui incide, è assoggettato a regole specifiche, quanto a presupposti ed a disciplina procedimentale. In particolare, in sede di riesame emerge l'esigenza di una regola di certezza e di correttezza nei rapporti tra il potere pubblico e i privati, che rende immodificabile l'assetto degli interessi che si è consolidato nel tempo.

Quindi, atteso che, con l'annullamento in autotutela, l'Amministrazione reinterviene su una precedente attività amministrativa, è di questa che debbono essere valorizzate le plurime regole a garanzia degli interessi pubblici di rango costituzionale dettate dalla legge sul procedimento o dalle leggi settoriali: sia in ordine alle modalità di esercizio dei relativi poteri, sia in ordine ai loro termini.

Occorre, pertanto, verificare in questo caso che la disciplina del rilascio o del rifiuto dell'attestato di libera circolazione, necessario per l'esportazione di un'opera in altro Paese dell'Unione europea, ovvero per far uscire definitivamente l'opera dal territorio della Repubblica italiana, prevista dall'art. 68, d.lgs. n. 42 del 2004, Cod. beni culturali, risponda a queste necessarie garanzie.

Il legislatore, prevedendo l'intervento del Ministero della Cultura e degli uffici di esportazione cui deve essere destinata la dichiarazione e che hanno ampia discrezionalità tec-

del regime giuridico, in *Nuove autonomie*, 2019, 481 ss.; S. Vaccari, *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili: le nuove regole sulla trasparenza*, in *Ist. fed.*, 2017, 35 ss.; E. Frediani, *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Dir. amm.*, 2017, 447 ss.; C. Videtta, *Semplificazione amministrativa e interessi sensibili. Una prospettiva di analisi*, in *Dir. econ.*, 2013, 557 ss.

[34] Per un'ampia disamina del tema cfr. C.C. Amitrano - M. Ricciardo Calderaro, *La gestione del patrimonio culturale tra customer experience e tecnologie digitali*, Napoli, 2024, spec. 24 ss.

[35] Così, ad esempio, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 11 febbraio 2020, n. 1883.

[36] Sul punto cfr. M.S. Giannini, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1122 ss.; G. Sciullo, *Nuovi paradigmi per la tutela del patrimonio culturale*, in *Aedon*, fasc. n. 3-2022, 122 ss.

[37] Cfr. le recenti riflessioni in tema di S. Tuccillo, *Potere di riesame, amministrazione semplificata e "paura di amministrare"*, in *Nuove autonomie*, 2020, 725 ss.; C.P. Santacroce, *Tempo e potere di riesame: l'insofferenza del giudice amministrativo alle "briglie" del legislatore*, in *Federalismi*, fasc. n. 21-2018, 2 ss.

nica in merito alla decisione sulla possibile esportazione[38], conforma puntualmente il potere autorizzatorio in ordine alla esportazione delle opere d'arte per la finalità di preservare "l'integrità del patrimonio culturale in tutte le sue componenti", ma anche a garanzia degli interessi sui quali quel potere interferisce (la proprietà del bene, la relativa disponibilità e il regime della sua circolazione), e l'ufficio di esportazione, cui quel potere è attribuito, nell'esercitarlo, oltre a rispettare le relative regole, è chiamato a concretizzarlo, tramite la corretta espressione della discrezionalità, nel contesto fattuale e nel contemperamento di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti[39].

Il rilascio dell'attestato di libera circolazione, che, per esempio, può riferirsi a beni non vincolati, a chiunque appartenenti, che presentino un interesse culturale, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre settanta anni, il cui valore sia superiore ad euro 13.500 (art. 65, co. 3, Cod. beni culturali), in questo caso, nel contemperamento di tutti gli interessi coinvolti, corrisponde evidentemente ad una valutazione dell'Amministrazione di non essenzialità del bene in esame per il patrimonio culturale nazionale[40].

Qualora, tuttavia, l'Amministrazione si avveda che il provvedimento di primo grado presenti profili di illegittimità e valuti di provvedere all'annullamento d'ufficio, non è contrario alla ragionevolezza che l'interesse di particolare rango costituzionale, quale la protezione del patrimonio culturale, abbia nella funzione di riesame una considerazione diversa da quella che gli è riservata nel procedimento di primo grado che porta al rilascio o meno dell'attestato di circolazione.

In sede di riesame, con riferimento alla comparazione attuata in sede di esercizio del potere, gli interessi considerati in primo grado, pur di rilievo costituzionale, acquistano per la Corte una diversa consistenza, perché si confrontano con interessi ulteriori, non solo di natura privata, ma anche pubblica. Nel valutare l'*an* dell'annullamento, l'Amministrazione deve tenere in considerazione non solo l'interesse pubblico primario in precedenza tutelato dal provvedimento invalido, ma deve soppesare anche quelli, sempre di natura pubblica, al ripristino della legalità (che spesso trova coincidenza con l'interesse del controinteressato pregiudicato dal provvedimento emesso in favore di altri)[41] e alla certezza dei rapporti giuridici, nonché la posizione, di natura privata, di affidamento del destinatario della determinazione favorevole, qualora questo sia legittimo[42].

[38] Sul punto v., ad esempio, T.A.R. Toscana, Sez. I, 24 aprile 2024, n. 502.

[39] Cfr. l'ampia disamina di B. Spampinato, *Attestato di libera circolazione – ALC: consistenza della motivazione e rapporti con la dichiarazione di interesse culturale*, in *Federalismi*, fasc. n. 2-2024, spec. 122 ss., secondo cui "*si potrebbe persino dubitare che il procedimento di rilascio dell'ALC sia un vero e proprio procedimento (a carattere) autorizzatorio, come tale, ad iniziativa di parte, contrapposto a quello dichiarativo dell'interesse culturale, che sarebbe, invece, di natura (come, talora, suole dirsi) dichiarativo-conformativa e perciò ad iniziativa d'ufficio. Si tratterebbe, invero, più appropriatamente, di un procedimento (di tipo) cautelare*".

[40] Per un'ampia disamina di questo procedimento si rinvia a P. Venditti, *La circolazione dei beni culturali in ambito internazionale e la tutela del proprietario in caso di trasferimento illecito o illegale*, in *Arte e Diritto*, 2024, 85 ss.

[41] Come ricordato ancora da Cons. Stato, Sez. IV, 3 settembre 2024, n. 7367, in *Riv. giur. edil.*, 2024, 5, I, 986 ss., l'interesse pubblico effettivo ed attuale alla rimozione dell'atto non può consistere nel mero ripristino della legalità violata.

[42] Cons. Stato, Sez. VII, 15 febbraio 2024, n. 1536, in *Riv. giur. edil.*, 2024, 2, I, 337, ha evidenziato come il provvedimento di annullamento d'ufficio debba contenere una espressa motivazione dalla quale risultino le ragioni di interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione dell'atto, in bilanciamento con la posizione di affidamento dei destinatari dell'atto medesimo e

In tale contesto, lo specifico bilanciamento operato dall'art. 21-*nonies* nel suo complesso risulta, secondo la Corte, non reprensibile anche con riguardo alla tutela di interessi particolarmente "qualificati" quale quello culturale.

La disposizione prevede, infatti, una regolazione della dialettica degli interessi in gioco il cui punto di equilibrio è dato dalla "variabile tempo".

L'opzione invocata dal Consiglio di Stato di inoperatività del termine finale fisso per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti autorizzatori potrebbe generare una situazione di incertezza nella vita dei cittadini e delle imprese idonea a incidere negativamente, in un'ottica più complessiva, sulle dinamiche del mercato (anche quello dell'arte) e sulla fiducia degli investitori: in definitiva, sull'affidabilità del "sistema Paese"[43].

Ora, questa asserzione della Corte costituzionale appare francamente opinabile con riferimento alla tutela dei beni culturali: si è d'accordo sul fatto che l'esercizio del potere di riesame non può essere senza limiti di tempo, *ad libitum*, perché si rischierebbe di tornare al punto di origine per cui il cittadino riponeva un legittimo affidamento nell'autorizzazione rilasciata dall'Amministrazione ed anni dopo, magari qualche decennio dopo, si vedeva annullato il titolo precedentemente rilasciato perché l'Amministrazione si accorgeva della sussistenza di un vizio. Questo certamente è contrario a quella certezza del diritto che deve essere propria del nostro ordinamento.

Il caso di specie, tuttavia, è diverso: qui si sta parlando di un'opera d'arte riconducibile al Vasari, che certamente è parte importante del patrimonio culturale italiano. Ritenere che la mancanza di un'apposita disciplina dell'annullamento d'ufficio nei casi in cui venga in rilievo un interesse sensibile come quello della protezione del patrimonio culturale sia conforme al sistema è discutibile.

L'interesse pubblico deve tenere in considerazione senz'altro il legittimo affidamento riposto dal destinatario dell'atto ma con altrettanta certezza si deve affermare che tale interesse non può ridursi in questo caso alla tutela del mercato e della fiducia degli investitori perché i beni culturali non sono e non potranno mai essere solo una variabile economica o un semplice *brand* del Paese.

Appare più convincente, invece, la motivazione fornita dalla Corte relativamente alla compatibilità della disciplina temporale dell'annullamento d'ufficio con il principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Il termine estintivo del potere di annullamento influisce sulla qualità dello stesso processo decisionale di primo grado. La limitazione della potestà di autotutela incentiva le Amministrazioni alla attenta valutazione ed alla corretta ponderazione degli interessi già in primo grado; valutazione che potrebbe essere meno meditata nella consapevolezza di avere una seconda *chance* di intervento, tramite un *contrarius actus*, rispetto a quello originariamente assunto in

---

con tutti gli altri interessi emersi nel corso dell'istruttoria.

[43] Questa ricostruzione trova d'accordo G. Strazza, *La Corte costituzionale definisce i limiti dell'annullamento d'ufficio*, in *GiustiziaInsieme*, 16 luglio 2025, secondo cui "*il Giudice delle leggi coglie, invero, opportunamente, l'occasione per porre in risalto l'importanza del fattore "tempo" per la sicurezza giuridica e per sottolineare che l'esigenza di irretrattabilità del provvedimento amministrativo ampliativo oltre un tempo definito trascende il rapporto tra amministrazione e amministrato, in quanto il "titolo pubblico" condiziona fortemente le relazioni giuridiche intrattenute successivamente con i terzi, anche per la circolazione del bene, mentre l'inoperatività del limite temporale indicato dal legislatore potrebbe determinare una situazione di incertezza nella vita dei cittadini e delle imprese idonea a incidere negativamente, in un'ottica più complessiva, sull'affidabilità del "sistema Paese*".

via illegittima, senza limiti temporali predeterminati[44].

In questo senso il termine di decadenza diviene uno strumento di efficienza dell'azione amministrativa[45].

Che, in ogni caso, laddove si parli di un attestato di libera circolazione di un'opera che è indubbiamente parte del patrimonio culturale nazionale, dovrebbe essere quanto meno maggiormente flessibile così come evocato dal Consiglio di Stato perché non tutti gli interessi pubblici hanno una medesima rilevanza.

Su questo aspetto sarebbe necessario, pertanto, che il legislatore ripensasse la disciplina dell'art. 21-*nonies*, introducendo delle specifiche disposizioni così come ha già fatto per altri istituti previsti dalla legge generale sul procedimento amministrativo[46].

Pur dichiarando le questioni di costituzionalità non fondate, la Corte ha offerto alcuni spunti al legislatore, che sta pensando di riformare la disciplina dell'art. 21-*nonies* mediante il disegno di legge in discussione al Senato, per rendere più omogenea la norma ai diversi casi che si possono presentare: certamente occorre un termine di decadenza ragionevole prefissato, ma questa ragionevolezza è tale solo se adeguata ai diversi interessi pubblici che è necessario bilanciare attraverso la valutazione tipica dell'esercizio del potere discrezionale da parte dell'Amministrazione[47].

L'alternativa, non condivisibile per la sua impostazione ma che astrattamente risolverebbe il problema, sarebbe quella di considerare il procedimento di rilascio dell'attestato di libera circolazione come un procedimento non autorizzatorio ma cautelare in vista della possibile dichiarazione di interesse culturale da parte del Ministero, visto lo stretto collegamento previsto tra i due procedimenti da parte del Codice dei beni culturali[48]: in questo modo non si ap-

[44] In tema cfr. F. Pubusa - S. Puddu (a cura di), *Procedimento, provvedimento e autotutela: evoluzione e involuzione*, Napoli, 2019; M. Allena, *L'annullamento d'ufficio: dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018.

[45] Così Corte cost., 20 dicembre 2022, n. 258, in *Giur. cost.*, 2022, 6, 2841 ss.

[46] Esprime dubbi sulla conformità di questa norma al dettato costituzionale anche F. Volpe, *Medesimo potere, medesima funzione o nessuna delle due?*, in *GiustiziaInsieme*, 10 settembre 2025, che così conclude: "*In definitiva, impedire l'autoannullamento di un provvedimento viziato da eccesso di potere consente all'autorità amministrativa di agire in difformità dalla sua funzione e di stabilizzare gli effetti della sua disfunzionale azione. L'irragionevolezza che viene così a emergere porta, pertanto, a chiedersi se la disciplina dell'art. 21 nonies, creando il descritto deficit di tutela, sia, prima ancora che opportuna, del tutto conforme al dettato costituzionale. Una tale evenienza, tuttavia, sembra essere stata esclusa dalla stessa sentenza della Corte da cui ha preso lo spunto questo studio, perché essa ha negato l'illegittimità dell'art. 21 nonies, l. 7 agosto 1990, n. 241, sia pure sotto il ristretto, ma collegato, profilo dell'inderogabilità del termine entro cui agire in secondo grado. Eppure, proprio le premesse da cui questa sentenza muove (circa la non identità di potere e funzione) forse avrebbero dovuto portare ad opposti risultati. Su un piano più generale, invece, si ritiene che sia più aderente alla Costituzione un dettato normativo che renda doveroso l'annullamento d'ufficio nei casi in cui l'atto di primo grado sia viziato per eccesso di potere, quando pure vi si oppongano altri interessi, pubblici o privati*".

[47] Rimangono assolutamente convincenti le osservazioni al riguardo di A. Police, voce *Annullabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in *Encicl. dir.*, Milano, 2007, Annali I, spec. 66 ss., secondo cui "*il giudizio sulla ragionevolezza del termine dipende quindi dalle circostanze concrete e da una valutazione di prudente bilanciamento tra la protezione degli interessi del privato, quali si sono concretizzati a seguito della emanazione dell'atto, e la cura dell'interesse pubblico. La ragionevolezza del termine va valutata di volta in volta, non tanto con riguardo alla semplice durata del tempo trascorso dalla emanazione del provvedimento, quanto piuttosto considerando quali effetti si siano prodotti in tale periodo di tempo in ragione e come conseguenza del provvedimento amministrativo che si intenderebbe autoannullare*".

[48] Così sempre B. Spampinato, *Attestato di libera circolazione – ALC: consistenza della motivazione e rapporti con la dichiarazione di interesse culturale*, cit., spec. 123. Sul collegamento tra questi due procedimenti cfr. M.G. Della Scala, *Diniego di autorizzazione all'esportazione dell'opera d'arte e procedimento dichiarativo dell'interesse culturale. Valutazioni tecnico-discrezionali e limiti del sindacato giurisdizionale*, in *GiustiziaInsieme*, 27 marzo

plicherebbe il termine di 12 mesi ma la flessibilità del "termine ragionevole" per procedere al suo annullamento d'ufficio.

Si tratterebbe però di un'interpretazione forzata, non necessaria adeguando la disciplina dell'art. 21-*nonies*, affinché questo termine finale, così come ricordato già dal Consiglio di Stato in sede consultiva qualche anno fa, possa effettivamente costituire un "*nuovo paradigma nel rapporto tra pubblica amministrazione e privati*"[49].

Michele Ricciardo Calderaro

2024.

[49] Cons. Stato, Ad. Comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839.

2. Autotutela, affidamento e interessi sensibili

La Corte Costituzionale si pronuncia sulla legittimità del termine di dodici mesi previsto dall'art. 21-*nonies* L. 241/1990 (nota a Corte Costituzionale, 26 giugno 2025, n. 88)

Sommario: 1. I fatti di causa e la rimessione alla Corte Costituzionale. – **2.** L'annullamento d'ufficio, la tutela dell'affidamento e l'importanza del fattore temporale. – **3.** La tutela del bene culturale e il bilanciamento tra contrapposti interessi: non esistono diritti tiranni (neppure quando espressione di interessi sensibili e costituzionalmente tutelati) – **4.** La pronuncia della Corte Costituzionale.

1. I fatti di causa e la rimessione alla Corte Costituzionale.

Con la sentenza n. 88 del 2025, la Corte Costituzionale si è pronunciata sulla dibattuta[1] questione dell'operatività del limite temporale "fisso" stabilito dall'art. 21-*nonies* L. 241/1990 per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio di provvedimenti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici, tipologia di provvedimenti nella quale rientrava, nel caso di specie, il rilascio di un attestato di libera circolazione del bene culturale *ex* art. 68 D.Lgs. 42/2004[2].

In particolare, rimessa al vaglio della Consulta era la compatibilità costituzionale[3] del limite massimo, attualmente previsto in dodici mesi, per l'esercizio del potere di autotutela *ex* art. 21-*nonies* l. 241/1990 ove i provvedimenti fossero incidenti su interessi sensibili e costituzionalmente tutelati.

La Corte Costituzionale, con una pronuncia particolarmente rilevante, definisce i limiti del potere di annullamento d'ufficio,

[1] Emerge, infatti, in dottrina un'insofferenza da parte degli interpreti rispetto ad un'applicazione rigida dei termini per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, laddove la tutela dell'interesse pubblico sembri assumere talvolta una portata prioritaria rispetto all'affidamento dei privati. Basti pensare alla nozione di autotutela doverosa, la cui portata è tutt'oggi discussa, o alla cd. autotutela doverosa parziale, ravvisata proprio nell'art. 21-*nonies* comma 2-*bis* l. 241/1990 che manifesta una svalutazione del termine.
Sull'autotutela doverosa, in particolare, si vedano G. Giavazzi, *Legalità, certezza del diritto e autotutela: riflessioni sulla funzionalizzazione dell'annullamento d'ufficio all'effetto utile*, in *CERIDAP*, 4, 2020; F.V. Virzì, *La doverosità del potere d'annullamento d'ufficio*, in *Federalismi.it*, 14, 2018.

[2] Codice dei beni culturali e del paesaggio.

[3] In particolare con gli artt. 3 comma 1, 9 commi 1 e 2, 97 comma 2 e 117 comma 1 Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 1, lettere b) e d), e 5, lettere a) e c) della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società (Convenzione di Faro).

dichiarando non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 21-*nonies* L. 241/1990 nella parte in cui stabilisce in via generale il termine finale di un anno (dal momento di adozione dell'atto invalido) per l'esercizio da parte dell'amministrazione del potere di annullamento di ufficio di provvedimenti ampliativi illegittimi e, dunque, anche con riferimento alle autorizzazioni aventi ad oggetto beni di interesse culturale, nonostante il suo preminente rilievo costituzionale.

La fattispecie[4] che ha originato l'intervento della Corte Costituzionale riguarda l'impugnazione[5], per tardività, di un provvedimento di annullamento in autotutela (datato 15 novembre 2021) di un attestato di libera circolazione di cui all'art. 68 Codice dei beni culturali (rilasciato nel 2015) a fronte dalla descrizione del quadro da parte del richiedente come olio su tela di "*scuola italiana del XVI secolo, e raffigurante una figura femminile*".

L'annullamento in autotutela era stato esercitato, sì dopo sei anni dal rilascio del provvedimento di autorizzazione, ma poco dopo la scoperta, da parte dell'amministrazione, del fatto che l'opera nel 2019, in esito al suo restauro, era stata attribuita a Giorgio Vasari da uno storico dell'arte, che aveva dimostrato la tela essere la rappresentazione della "*Allegoria della pazienza*"; il quadro, facente parte della collezione della moglie del richiedente, la cui famiglia era legata per parentela ad un cardinale, storico committente del Vasari, presentava inoltre, a seguito del restauro, il motto del Vasari, confermandone l'autenticità, tanto da essere poi esposta alla National Gallery di Londra.

Venuta dunque a conoscenza di tale ultima circostanza, la Direzione generale archeologia belle arti e paesaggio del Ministero della Cultura, annullava in autotutela, ai sensi dell'art. 21-*nonies* l. 241/1990, l'attestato di libera circolazione, ritenendolo viziato da travisamento dei fatti.

Il privato destinatario del provvedimento presentava le proprie osservazioni, in risposta delle quali l'Amministrazione confermava la propria decisione ed emetteva un provvedimento di diniego dell'attestato di libera circolazione, avviando contestualmente il procedimento di dichiarazione dell'interesse culturale *ex* art. 14 Codice dei beni culturali, come previsto dall'art. 68 comma 6[6] del medesimo Codice.

Avverso tali provvedimenti venivano proposti dinanzi al TAR due distinti ricorsi, uno da parte del privato destinatario dei provvedimenti e l'altro da parte dell'attuale proprietario della tela, entrambi respinti: il TAR[7] aveva infatti ritenuto non tardivo l'annullamento d'ufficio sia per l'operare dell'eccezione del comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies* l. 241/1990, sia perché aveva ritenuto – seppur in contrasto con la portata

[4] Per una trattazione completa dei fatti originanti la rimessione alla Consulta si rinvia a F. Campolo, *Attestato di libera circolazione di un bene culturale e potere di autotutela. Dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 21 nonies, c. 1. L. 241/1990 (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 16 ottobre 2024, n. 8296)*, in questa *Rivista*, 26 febbraio 2025.

[5] In particolare, tra gli altri, erano stati impugnati i seguenti atti: a) del 15 novembre 2021, di annullamento in autotutela del rilascio dell'attestato di libera circolazione (art. 68 d.lgs. 42/2004) del quadro emanato il 6 agosto 2015 dall'Ufficio esportazione di Verona; b) del 17 dicembre 2021, di nuova determinazione di diniego dell'attestato di libera circolazione del quadro, con contestuale avvio del procedimento per la dichiarazione di interesse culturale; del 27 dicembre 2021, di ordine di rientro dell'opera sul suolo nazionale.

[6] Che sancisce che il diniego dell'attestato di libera circolazione comporta l'avvio del procedimento di dichiarazione disciplinato dall'art. 14 Codice dei beni culturali.

[7] TAR Lazio, Roma, Sez. II-quater, 19 luglio 2022, n. 10294, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

letterale della stessa previsione normativa[8] – che il termine non potesse che "*decorrere da quando si provi che l'amministrazione è venuta a conoscenza degli elementi che le erano stati sottratti, o offerti malamente*".

Diversamente, in appello, il Consiglio di Stato[9] concludeva per l'applicabilità del limite temporale di cui al comma 1 dell'art. 21-*nonies*, in conseguenza dell'esclusione – diversamente da quanto ritenuto dal giudice di primo grado – della ravvisabilità della "*prova piena*" della "*falsa rappresentazione dei fatti*" e dunque dell'eccezione al limite temporale rigido di cui al comma 2-*bis*.

Ciò nonostante, il giudice rimettente individuava dei punti d'ombra nella vicenda e motivava sui presupposti per sollevare la questioni di legittimità costituzionale dell'art. 21-*nonies* comma 1 l. 241/1990.

Veniva, infatti, ravvisato, già al momento della presentazione dell'istanza, un atteggiamento poco collaborativo, ed anzi omissivo, del privato, in violazione del dovere di correttezza nei rapporti tra privato e pubblica Amministrazione sancito dall'art. 1 comma 2-*bis* l. 241/1990: pur non potendosi ritenere raggiunta una piena prova della falsa rappresentazione dei fatti, venivano in rilievo quantomeno delle omissioni in quella che avrebbe dovuto essere la descrizione analitica del soggetto del quadro e l'indicazione della sua provenienza da parte del proprietario, con particolare riguardo al dibattito sull'individuazione dell'originale della "Allegoria della pazienza" del Vasari tra gli esemplari in circolazione e alla parziale illeggibilità della tela proprio in corrispondenza del motto del committente.

Il Consiglio di Stato, pertanto, nell'ordinanza di rimessione, rappresentava la potenziale irragionevolezza, della previsione normativa del termine di dodici mesi per l'esercizio del potere di annullamento in autotutela, senza che questo possa mutare ove i provvedimenti autorizzativi siano incidenti su un interesse sensibile costituzionalmente tutelato.

In punto di non manifesta infondatezza poi il Consiglio di Stato ritiene che la norma censurata sarebbe irragionevole[10], oltre che violativa degli artt. 9 commi 1 e 2[11] e 97 comma 2 Cost.[12].

I parametri costituzionali non sarebbero rispettati per diverse ragioni.

Anzitutto, sottoponendo al limite rigido tutti gli atti organizzatori, compresi quelli riguardanti "interessi di rango super prima-

[8] Che individua chiaramente il momento di decorrenza del termine "*dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici*". Il fatto che tale termine non possa avere una decorrenza mobile, dovendo essere invece inequivocabilmente legato all'adozione del provvedimento, era inoltre stato già chiarito nell'ambito delle considerazioni svolte dalla Commissione consultiva speciale istituita presso il Consiglio di Stato per i decreti di attuazione della legge 7 agosto 2015 n. 124 nel parere n. 839 del 2016 (sullo schema del d.lgs. 30 giugno 2016, n. 126: "SCIA 1") ove, definendo la novella legislativa come espressione di "*un nuovo paradigma nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*", si erano particolarmente valorizzate la trasparenza e la certezza del diritto chiarendo come il legislatore avesse fissato "*termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, valorizzando il principio di affidamento*", costruendo una nuova "*regola generale*", "*speculare nella* ratio *e negli effetti – a quella dell'inoppugnabilità, ma creata, a differenza di quest'ultima, in considerazione delle esigenze del cittadino*".

[9] Cons. Stato, Sez. VI, 16 ottobre 2024, n. 8296.

[10] Verrebbe dunque violato il parametro costituzionale della ragionevolezza, *ex* art. 3 comma 1 Cost., quale limite alla discrezionalità del legislatore nella costruzione della disciplina di legge.

[11] Di cui si riporta il testo: "*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il passaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione*".

[12] In forza del quale "*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*".

rio", si darebbe automatica prevalenza all'affidamento del privato quando invece tale ultimo principio, anche quando valorizzato in sede eurounitaria, viene predicato dalla giurisprudenza[13] attraverso un'applicazione elastica, scevra da qualunque automatismo e parametrata su un giudizio di ragionevolezza, senza contare che, sempre secondo il giudice, al più sarebbero proprio gli interessi di rango super primario (tra cui rientra quello, costituzionalmente tutelato tra i principi fondamentali, dell'integrità del patrimonio storico artistico come elemento costitutivo della memoria collettiva e fattore di identità comunitaria) ad essere tendenzialmente prevalenti rispetto alla posizione di affidamento del privato che, pur solida in punto di tutela, vanta la sola matrice individuale.

In secondo luogo, attraverso la previsione di una barriera temporale rigida non si potrebbero valutare le peculiarità del caso concreto; in particolare, l'attestato di libera circolazione di un bene culturale richiede l'apprezzamento di profili complessi di natura tecnica, essendo necessario il ricorso a conoscenze di settore non solo soggette ad evoluzione, ma riconducibili a scienze non esatte che possono condurre a risultati opinabili. Nell'ottica del giudice rimettente, solo un termine flessibile in questo senso consentirebbe all'Amministrazione di tener conto dei vizi dell'atto originario manifestatisi solo successivamente alla luce del mutato quadro tecnico.

Il termine decadenziale precluderebbe, poi, la "*spendita di altri profili di capacità speciale autoritativa dell'amministrazione*" di fatto consumandone il potere: l'annullamento si pone infatti come presupposto logico giuridico sia per il riesercizio dell'originario potere, che di altri poteri a questo connessi che verrebbero in tal modo indirettamente preclusi[14].

Sotto il profilo dell'applicabilità del termine fisso dei dodici mesi anche in relazione a interessi cd. super primari, vi sarebbe manifesta irragionevolezza dell'art. 21-*nonies* in ragione del raffronto con altri istituti in cui la sussistenza di interessi sensibili viene valorizzata attraverso previsioni eccezionali e derogatorie[15] che prevedono la dilatazione dei tempi di valutazione riservati all'Amministrazione proprio in ragione della delicatezza dell'interesse coinvolto e della complessità degli accertamenti richiesti.

Il Consiglio di Stato esclude, inoltre che il comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies* sia da solo sufficiente a garantire la ragionevolezza della disciplina, non coprendo tutti quei casi caratterizzati, non dalle false rappresentazioni, ma dalla sola incertezza.

Il giudice *a quo* lamenta poi il contrasto con l'art. 117 comma 1 Cost. in relazione agli artt. 1 lett. b) e d) e 5 lett. a) e c) della Convenzione di Faro che sancisce "*nell'ottica della garanzia del diritto fondamentale all'accesso all'eredità culturale, una responsabilità non solo individuale ma anche*

[13] Viene citata, in particolare, CGUE, sentenza 17 aprile 1997, causa C-90/95 *Decompte*.

[14] Tale affermazione deve essere letta con particolare attenzione, riferendosi il rimettente a quei soli poteri che presuppongono l'annullamento, mentre può comunque residuare spazio per l'esercizio di poteri di secondo grado, quale la revoca *ex* art. 21-*quinquies* l. 241/1990, sempre che ricorrano i presupposti (elastici) dettati dalla disposizione citata. In presenza, allora, del mutamento del contesto fattuale che aveva legittimato l'emanazione dell'originario riferimento l'Amministrazione può rideterminarsi, così eliminando – ma solo *ex nunc* – il provvedimento non più rispondente al pubblico interesse.

[15] Si fa, in particolare, espresso riferimento agli artt. 20 comma 4, 19 comma 1, 14-*bis* comma 2 lett. c), 14 ter comma 2, 14 quinquies comma 1 l. 241/1990, tutte disposizioni volte a introdurre specifici rimedi e termini più ampi finalizzati ad una più compiuta ed effettiva tutela ambientale e paesaggistico-territoriale dei beni culturali.

collettiva per la sua tutela la quale passa per l'obbligo dello Stato aderente a riconoscere l'interesse pubblico associato agli elementi dell'eredità culturale, in conformità con la loro importanza per la società e, di riflesso, a promuovere la protezione dell'eredità culturale anche predisponendo soluzioni normative che non siano di ostacolo alla realizzazione di tale scopo".

Infine, viene esclusa la praticabilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme, giustificando così la rimessione della questione alla Corte Costituzionale, visto il tenore inequivoco dell'art. 21-*nonies* nello stabilire il termine massimo inderogabile e la sua decorrenza dal solo momento dell'adozione del provvedimento di primo grado, senza che residuino spiragli per posticiparlo in relazione alle manifestazioni sopravvenute dell'illegittimità originaria.

Stanti le richiamate argomentazioni della sentenza non definitiva della Sesta Sezione del Consiglio di Stato, l'oggetto della pronuncia della Corte Costituzionale si muove lungo due linee direttrici: da una parte, il potere di autotutela, e nella specie quello di annullamento d'ufficio, e l'erosione del principio ottocentesco di inesauribilità del potere della pubblica Amministrazione; dall'altra, il bilanciamento dei contrapposti interessi, sia privati che pubblici, all'interno dei quali si contrappongono l'esigenza di certezza del diritto – e la conseguente tenuta dell'intero sistema – e la tutela del bene culturale.

2. L'annullamento d'ufficio, la tutela dell'affidamento e l'importanza del fattore temporale.

La disposizione censurata dinanzi alla Consulta prevede che il potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi illegittimi[16], adottabile laddove sussistano "*le ragioni di interesse pubblico*" e "*tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati*", possa essere esercitato "*entro un termine ragionevole*"[17]; termine che, nel caso di "*provvedimenti di autorizzazione*[18] *o di attribuzione di vantaggi economici*", non può superare i "*dodici mesi dal momento dell'adozione*".

Il comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies* stabilisce la sola deroga espressamente prevista al termine enunciato dal comma 1, affermando

[16] L'elemento dell'illegittimità sostanziale dell'atto da riesaminare (che deve essere affetto da uno o più vizi, non meramente formali, di incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere) costituisce, unitamente al rispetto del termine massimo di dodici mesi dal momento dell'adozione (purché l'atto da riesaminare sia autorizzativo o attributivo di vantaggi economici, e sempre che non siano ravvisabili falsità o mendaci dichiarativi), il presupposto cd. rigido dell'annullamento d'ufficio, cui si affiancano i presupposti cd. flessibili e discrezionali, che risiedono nella sussistenza di preminenti ragioni di interesse pubblico, nella valutazione comparata e bilanciata degli interessi dei destinatari e controinteressati e nel rispetto di un termine ragionevole (laddove non debba operare il termine fisso dei dodici mesi).

[17] Decorrente, secondo la giurisprudenza amministrativa, dal momento della scoperta dell'illegittimità da parte della pubblica Amministrazione, diversamente dal termine fisso, la cui decorrenza è cristallizzata dalla stessa previsione normativa nel momento dell'adozione del provvedimento. L'esclusione del termine di decorrenza mobile in questo secondo caso si spiega in ragione del fatto che non può la negligenza della pubblica Amministrazione tradursi nel vantaggio di differire continuamente il *dies a quo* per l'esercizio della potestà di annullamento (*Considerato in diritto*, punto. 3.2 della pronuncia in commento).

[18] La norma si riferisce ai provvedimenti autorizzatori o comunque attributivi di vantaggi economici; tuttavia, la *ratio* della riforma operata dalla l. 124/2015 ("*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*") – che ha avuto il merito di evidenziare che il diritto amministrativo è il "*regno delle relazioni di durata*" (l'espressione è di M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *www.giustamm.it*) – unitamente al dato testuale, consente di applicare la norma a qualunque atto ampliativo, comunque denominato (in tal senso: M. Ramajoli, *op. cit.*; M. Macchia, *La riforma della pubblica amministrazione. Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, 621 ss.).

che il predetto *tempus ad quem* non opera nel caso di "*provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato*".

Perché si possa comprendere a pieno il *decisum* dei giudici costituzionali è opportuno definire brevemente la *ratio* dell'annullamento d'ufficio[19] in quanto espressione del potere di autotutela e, più nello specifico, di un potere di riesame della pubblica Amministrazione.

Il potere di riesame, inteso in senso tecnico[20], è dunque una *species* dell'autotutela[21], e, in particolare, dell'autotutela decisoria, definita come il potere della pubblica amministrazione di "farsi ragione da sé"[22], rimuovendo gli ostacoli al perseguimento del pubblico interesse, nonché come la capacità dell'Amministrazione di dipanare, al di fuori dell'intervento dell'autorità giurisdizionale, i conflitti, potenziali o attuali, tra i propri atti e i destinatari dell'esercizio del potere; tale potere è stato concepito con un'accezione marcatamente "anticonflittuale", persino paragiurisdizionale e, dunque, indice e parametro della massima estensione della competenza attribuita all'amministrazione in quanto autorità[23].

Caratteristica fondamentale del potere di autotutela, e in particolare del potere

[19] Per uno sguardo più completo sull'annullamento d'ufficio, si segnalano tra i contributi più recenti, in particolare: M. Sinisi, *Autotutela e governo del territorio*, in *Riv. giur.,* ed. 2024, 2, 157 ss.; Id., *Il potere di autotutela caducatoria (art. 21-quinquies e 21-nonies l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023, 543 ss.; M.A. Sandulli - G. Strazza, *L'autotutela tra vecchie e nuove incertezze: l'Adunanza plenaria rilegge il testo originario dell'art. 21 nonies, l. n. 241 del 1990*, in S. Toschei (a cura di), *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato*, Roma, 2018; M.A. Sandulli, *Autotutela e stabilità del provvedimento nel prisma del diritto europeo*, in P.L. Portaluri (a cura di), *L'amministrazione pubblica nel prisma del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma Madia*, Napoli, 2017; C. Deodato, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017; 1173 ss.; F. Francario, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, 8, 2017.

[20] Se, diversamente, si accoglie una nozione di riesame più ampia, in senso atecnico, e se si appiattisce la nozione di autotutela nella sola decisoria, allora le differenze tra i due si affievoliscono fino a scomparire.

[21] L'esercizio del potere di autotutela decisoria si concreta nell'adozione di provvedimenti di secondo grado, aventi ad oggetto fatti equipollenti o precedenti provvedimenti amministrativi; entro i confini dell'autotutela decisoria, alla stregua di un criterio funzionale, si discerne poi tra poteri di riesame, che interessano il regime di validità di provvedimenti o fatti equipollenti anteriori, e poteri di revisione, che investono i profili dell'efficacia e dell'esecuzione di atti precedenti (E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, 554). Parte della dottrina, tuttavia, ha rimarcato l'inferenza della legittimazione ad agire della pubblica amministrazione in sede di autotutela dalla medesimezza del potere primario dispiegato, reputando vani i tentativi tesi all'individuazione di un autonomo fondamento del potere amministrativo di riconsiderazione unilaterale degli atti (G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo,* Milano, 1969; *Autotutela (Dir. Amm.*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, 2006, 609 ss.). È lungo tale linea di pensiero che si colloca la preferenza del termine "riesame" rispetto a quello di "autotutela", dai contorni più sfumati; riesame che legittimerebbe la pubblica Amministrazione ad esercitare il potere entro tempistiche definite, al fine del perseguimento del pubblico interesse (sul punto si rinvia a C. Fragomeni, *Effettività della tutela giurisdizionale e riedizione del potere amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, 2, 237 ss.).

[22] Tale definizione, sebbene largamente adoperata, non è del tutto precisa in quanto è stato affermato come, al contrario, la pubblica Amministrazione, quando ritira un atto, non lo fa per farsi giustizia da sé, ma per perseguire il pubblico interesse, anche perché risolvere il problema del fondamento dell'autotutela – come pure era stato proposto prima che tale potere venisse espressamente previsto dalla legge – nel fatto che l'Amministrazione rivesta una posizione di privilegio rispetto agli amministrati è certamente riduttivo e poco rispondente alla realtà dei fatti dal momento che non è tanto più una relazione gerarchica a venire in gioco, quanto un rapporto (dialettico) di sovraordinazione e di direzione (M. Santise. *Coordinate. Diritto Amministrativo*, Napoli, 2024, 423).

[23] In tal senso, F. Benvenuti, (voce) *Autotutela (Dir. Amm.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. IV, Milano, 1959, 537, che per primo ha discusso, nei propri scritti, di autotutela decisoria.

di annullamento d'ufficio, risiede nel fatto che gli atti emanati sono provvedimenti di secondo grado, che presuppongono che il potere dell'amministrazione non si sia ancora consumato. L'annullamento d'ufficio, in particolare, presuppone che al controllo sulla legittimità del precedente provvedimento di primo grado, si affianchi un controllo sull'opportunità dell'atto, che può essere ritirato solo se, in presenza di vizi di legittimità, comunque sussista un interesse pubblico concreto[24] – da non identificarsi nel mero ripristino della legalità violata – alla sua eliminazione. Già da una tale descrizione emerge come inevitabilmente, nella fase del riesame, si accresca il numero di interessi oggetto della valutazione dell'annullamento d'ufficio, rispetto a quelli cui è preordinata la funzione di primo grado; interessi tra i quali spiccano la tutela dell'affidamento del privato, nonché quello preordinato alla stabilità dei rapporti giuridici di diritto pubblico.

Il riesame del provvedimento – afferma la Corte Costituzionale nella sentenza in commento[25] – pur mosso da ragioni di legittimità, non costituisce tanto espressione di quel potere già esercitato, quanto del potere generale di annullamento d'ufficio riconosciuto all'amministrazione dall'art. 21-*nonies* l. 241/1990; potere che, proprio in quanto diverso da quello già esercitato e su cui va ad incidere, è assoggettato a specifiche regole, sia in punto di discrezionalità, che di disciplina procedimentale.

Proprio sotto il profilo della disciplina procedimentale, fondamentale rilievo assume il "tempo" dell'annullamento in autotutela, tanto che la Consulta esprime la necessità, al fine di esaminare le questioni nel merito, di operare una dettagliata ricostruzione[26] del relativo quadro normativo e giurisprudenziale. L'ispirazione della citata novella del 2015 valorizza particolarmente i diversi interessi che vengono in gioco nell'ambito dell'esercizio del potere di riesame, rispondendo ad una finalità, oltre che semplificatoria, di tutela del privato dall'irragionevolezza del tempo dell'*agere* amministrativo[27]. Più in generale, la fissazione di un termine rigido decadenziale per l'esercizio del potere segna una posizione antitetica rispetto alla concezione, tradizionalmente posta alla base dell'autotutela, del carattere immanente ed inesauribile del potere della pubblica Amministrazione, ridisegnando il potere di riesame come eccezionale e necessariamente previsto e delimitato dalla previsione di legge.

L'espressa apposizione di termini perentori all'azione amministrativa[28] per effetto

[24] Si tratta, dunque, pur in presenza del citato presupposto rigido dell'illegittimità sostanziale dell'atto da riesaminare, di un potere ampiamente discrezionale.

[25] *Considerato in diritto*, punto 3.6.

[26] Si legga *Considerato in diritto*, dal punto 3 al punto 3.6 della sentenza in esame.

[Lo] specifico termine – in origine di diciotto mesi – per l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti di autorizzazione e attribuzione di vantaggi economici è stato introdotto per la prima volta dalla legge n. 124 del 2015; questo è poi stato ridotto agli attuali dodici mesi dall' art. 63 del d.l. 77 del 2021, convertito in l. n. 108 del 2021. Si segnala inoltre che in data 26 marzo 2024 il Consiglio dei Ministri ha approvato un disegno di legge recante "*Disposizioni per la semplificazione e la digitalizzazione dei servizi a favore dei cittadini e delle imprese*" che all'art. 1 prevede l'ulteriore riduzione del termine a sei mesi.

[27] G.B. Mattarella, *La riforma della pubblica amministrazione. Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, 621 ss. Si legga anche C. Contessa, *L'autotutela amministrativa all'indomani della legge Madia*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018, 4, 12.

[28] Termini eccezionali, e necessariamente previsti dalla legge, rispetto al termine normalmente ordinatorio cui l'operato della pubblica Amministrazione è generalmente assoggettato. Nel diritto amministrativo è infatti, al contrario, al privato che sono normalmente imposti termini decadenziali per stigmatizzare l'azione amministrativa, per esigenze di certezza e di stabilità delle situazioni giuridiche su cui incide il provvedimento

della modifica dell'art. 21-*nonies* e più in generale l'esigenza della precisazione ad opera del legislatore di presupposti e limiti per l'esercizio del potere di autotutela dimostra efficacemente perché si sia fatto riferimento ad "*un nuovo paradigma*" nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni[29]. La legge n. 124/2015, con la novella all'art. 21-*nonies* l. 241/1990, ha introdotto "*una nuova 'regola generale' che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati una regola di certezza dei rapporti, che rende immodificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l'affidamento*"[30]. Quel che è avvenuto è stata una rivalutazione del privato, non più suddito, ma titolare di situazioni giuridiche soggettive che si sostanziano nella partecipazione attiva all'esercizio del potere, con l'effetto, almeno indiretto, di una responsabilizzazione della pubblica Amministrazione.

Tale valorizzazione della dimensione temporale e la particolare rilevanza accordata all'affidamento del privato testimonia il passaggio dalla logica della preminenza a quella del servizio: "*la norma che attribuisce il potere per la realizzazione di uno specifico interesse pubblico fa di questo non solo il fine, ma la causa stessa del potere; proprio in quanto il potere è strumentale, va esercitato nella misura in cui serve al soddisfacimento dell'interesse pubblico ed è proporzionatamente occorrente a tal fine, quindi con il minimo sacrificio dell'interesse del privato, ma anche degli altri interessi pubblici*"[31]. L'interesse pubblico conserva un ruolo centrale, ma sempre di più, in un contesto in cui le relazioni giuridiche tra amministrazioni e privati sono improntate ai principi di leale collaborazione e buona fede, viene affiancato da quello privato alla tutela dell'affidamento[32].

Tutela, questa, che si affievolisce, come previsto dall'art. 21-*nonies* comma 2-*bis* l. 241/1990, ove a mancare sia la buona fede. Più precisamente, per il caso di provvedimenti ottenuti in funzione di una falsa rappresentazione dei fatti ovvero di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, è prevista una dequotazione del termine, che perde l'attitudine ad arginare l'intervento in autotutela della pubblica amministrazione, difettando un affidamento legittimo in capo al privato da preservare. La giurisprudenza, ha tuttavia, dato una lettura più ampia di tale casistica, interpretando la norma nel senso che è consentito trascendere il termine per l'annullamento d'ufficio, oltre che nell'ipotesi in cui la falsa attestazione in ordine ai presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo sia discesa da una condotta di falsificazione penalmente rilevante (nel qual caso soltanto si renderà necessario l'accertamento definitivo in sede penale), anche laddove l'erroneità dei predetti presupposti sia addebitabile, a titolo di dolo, alla parte[33]; in questi casi allora solo il

amministrativo.

[29] Si veda in tal senso L. Carbone, *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, Relazione al convegno "La legge generale sul procedimento amministrativo: attualità e prospettive nei rapporti tra cittadino e p.a." – Roma, Palazzo Spada, 20 marzo 2017, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[30] Cons. Stato, Comm. Spec., parere 839/2016.

[31] *Considerato in diritto*, punto 3.6.

[32] Si legga G. Tulumello, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, in *Giustamm.it*, 5, 2022.

[33] Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. St. sez. VI, 6 luglio 2023, n. 6615) "*l'art. 21 nonies, l. 7 agosto 1990, n.*

canone della ragionevolezza sembrerebbe realmente adeguato.

Tali differenti casistiche sono state ricavate sulla base di duplici indizi: da un parte, il dato testuale costituito dalla disgiunzione "o"[34]; dall'altra, l'argomento teleologico in forza del quale il termine finale non debba operare tutte le volte in cui si riscontri che il contrasto tra la fattispecie rappresentata e la fattispecie reale sia rimproverabile all'interessato, tanto se determinato da dichiarazioni false o mendaci (la cui difformità dovrà essere accertata in sede penale ove sia frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante), quanto se determinato da una falsa rappresentazione della realtà di fatto (che dovrà essere accertata inequivocabilmente dall'Amministrazione con i propri mezzi)[35].

3. La tutela del bene culturale e il bilanciamento tra contrapposti interessi: non esistono diritti tiranni (neppure quando espressione di interessi sensibili e costituzionalmente tutelati).

I beni culturali trovano, nel nostro ordinamento, particolare tutela sotto distinti profili, cui corrispondono diverse fonti normative.

In primo luogo, è la Carta Costituzionale a sancire, nel novero dei diritti fondamentali, la tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione nonché la promozione della cultura.

Nell'ambito della l. 241/1990, numerose sono poi le disposizioni poste a garanzia dei cosiddetti interessi sensibili, tra i quali rientra anche quello culturale: basti guardare a tutte quelle norme – rispetto alle quali il Consiglio di Stato rimettente lamentava un mancato coordinamento con l'art. 21-*nonies* l. 241/1990 – che dettano particolari regole parzialmente derogatorie della disciplina del silenzio assenso (art. 20 comma 4[36]), della

241 si interpreta nel senso che il superamento del rigido termine entro il quale il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, è consentito: a) sia nel caso in cui la falsa attestazione, inerenti i presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo, abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante (indipendentemente dal fatto che siano state all'uopo rese dichiarazioni sostitutive): nel qual caso sarà necessario l'accertamento definitivo in sede penale; b) sia nel caso in cui l'(acclarata) erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ed imputabile, per contro, esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte: nel qual caso — non essendo parimenti ragionevole pretendere dalla incolpevole Amministrazione il rispetto di una stringente tempistica nella gestione della iniziativa rimotiva — si dovrà esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco" (Consiglio di Stato sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940).

[34] Si rammenta che la lettera della norma recita che i provvedimenti amministrativi possono essere annullati anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi qualora siano stati "*conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato*".

[35] In questo senso, da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, sentenze 7 maggio 2025, 3876 e 24 agosto 2024, n. 7134; sez. VI, 27 febbraio 2024, n. 1926. Quest'ultima sentenza afferma che ai sensi dell'art. 21-*novies*, comma 2-bis, l. n. 241 del 1990, il differimento del termine iniziale per l'esercizio dell'autotutela deve essere determinato dall'impossibilità per la p.a., a causa del comportamento dell'istante, di svolgere un compiuto accertamento sulla spettanza del bene della vita nell'ambito della fase istruttoria del procedimento di primo grado. In questo senso sembra residuare uno spazio per la decorrenza mobile del termine, ma tale evenienza è pur sempre legata ad un'impossibilità ascrivibile al comportamento (lesivo della buona fede) dell'istante.

[36] Che esclude l'applicazione delle disposizioni sul silenzio assenso per i "*procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico*".

SCIA (art. 19 comma 1)[37], della conferenza di servizi semplificata (art. 14-*bis* comma 2 lett. c)[38], della conferenza di servizi simultanea (art. 14 ter comma 2)[39] e della determinazione conclusiva della conferenza di servizi (art. 14 quinquies comma 1)[40].

Un regime di speciale e puntuale protezione trova, infine, compiuta disciplina nel Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 42/2004) che, in attuazione dell'art. 9 Cost, tutela il patrimonio culturale[41], al fine di promuovere lo sviluppo della cultura e di preservare la memoria[42] della comunità nazionale e del suo territorio.

La qualifica di un bene ai sensi dell'art. 9 del Codice comporta una serie di vincoli conformativi di diversa natura, ma anche l'operatività di particolari istituti preposti alla tutela dello stesso, istituti tra i quali viene in rilievo, per quanto interessa la pronuncia in esame, la disciplina[43] della circolazione dei beni culturali in ambito internazionale[44].

Tale disciplina gioca un ruolo essenziale nella tutela dei beni costituenti il patrimonio culturale che, come stabilito dall'art. 64 bis comma 3 del Codice, non sono assimilabili a merci poiché assicurarne la fuoriuscita dai confini nazionali potrebbe compromettere la stessa integrità del patrimonio culturale. Solo per i beni per i quali il d.lgs. 42/2024 non stabilisce un divieto in tal senso, è possibile l'uscita definitiva dal territorio italiano, previo ottenimento di un attestato di libera circolazione, le cui modalità, unitamente ai tempi per la presentazione dell'istanza, sono disciplinate dall'art 68 del Codice[45].

L'attestato di libera circolazione, in quanto rientrante nella nozione di autorizzazione, deve ritenersi assoggettato al limite temporale di dodici mesi ai fini dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio. È tuttavia, frequente, esattamente come avvenuto nel caso di specie, che solo successivamente al rilascio di tale attestato, un bene ritenuto idoneo alla circolazione internazionale, poiché non rientrante nelle ipotesi di "divieto di uscita" ai sensi dell'art. 65 del d.lgs. 42/2004, si scopra, invece, meritevole

[37] Che dichiara inoperante la disciplina delle segnalazioni certificate di inizio attività nei "*casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali*".

[38] Che assegna alle "*amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e dei beni culturali*" un termine raddoppiato rispetto a quello assegnato in via ordinaria alle amministrazioni per rendere le proprie determinazioni in ordine all'oggetto della conferenza semplificata.

[39] Che prevede, per la conclusione dei lavori della conferenza di servizi simultanea, un termine doppio rispetto a quello ordinario "*qualora siano coinvolte amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e dei beni culturali*".

[40] Che contempla specifici rimedi di superamento della determinazione conclusiva della conferenza di servizi, in favore delle "*amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e dei beni culturali*" che in quella sede abbiano espresso dissenso.

[41] Si segnala, come spunto per il fondamento di una diversa e ulteriore tutela, sotto il profilo della legittimazione ad agire, del bene culturale, e più in generale della cultura, quale interesse legittimo trans-soggettivo, P.L. Portaluri, *Per le magnifiche corti e progressive. Ipotesi sugli interessi legittimi trans-soggettivi*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2025.

[42] Sulla valorizzazione della memoria collettiva della comunità e sul cd. vincolo testimoniale, a dimostrazione della sempre crescente tutela accordata al bene culturale, si legga P.L. Portaluri, *Amara Sicilia e bella. Iudicis ad memoriam Livatini*, in questa *Rivista*, 7 maggio 2021.
In questo stesso senso, fondamentale rilievo assume Ad. Plen. 13 febbraio 2023, n. 5, che contribuisce a scolorire il principio di realità nella misura in cui afferma che "*possono essere tutelati, mediante un vincolo di destinazione d'uso, anche i beni che sono espressione di un'identità collettiva (perché in quel o per suo tramite sono accaduti eventi di rilevanza storica e culturale ovvero perché personaggi storici e illustri vi hanno trovato, in un dato momento, la loro collocazione), per i quali si riconosca l'impossibilità di scindere le dimensioni materiali da quelle immateriali, stante la loro immedesimazione*".

[43] Agli artt. 64-*bis* ss. d.lgs. 42/2004.

[44] Per cui si rinvia a M. Frigo, *La circolazione internazionale dei beni culturali. Diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno,* Milano, 2007.

[45] Si rinvia a C. Ferrazzi, *Commento all'art. 68*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019, 675 ss.

di appartenere a questa categoria. Non di rado, infatti, ulteriori studi condotti sull'opera, o semplicemente nuove conoscenze tecniche, consentono di attribuire talune opere a determinati autori di fama internazionale[46] con la conseguente esigenza di una più stringente ed efficace tutela dello specifico bene culturale in ragione di un notevole incremento del valore dell'opera.

Nonostante la casistica non irrilevante, e pur in presenza di talune spinte volte a superare il termine rigido dell'annullamento d'ufficio in ragione dell'estrema rilevanza dell'interesse culturale, la tendenza della giurisprudenza del Consiglio di Stato, confermata dalla pronuncia della Corte Costituzionale in esame, è quella di negare per le Amministrazioni la possibilità di annullare in autotutela, oltre il termine di dodici mesi, gli attestati di libera circolazione emessi al di fuori dei casi integranti i requisiti di cui all'art. 21-*nonies* comma 2-*bis* l. 241/1990 (pur sempre previa dimostrazione di un quadro indiziario da cui emerga un comportamento fraudolento del richiedente[47]).

Sebbene, infatti, la tutela del bene culturale sia afferente ad un interesse cd. super primario, sensibile e annoverato tra i principi fondamentali (ma non per ciò solo necessariamente preminenti) della Carta Costituzionale, non può questo, solo per tale ragione, prevalere sull'esigenza di certezza del diritto e sull'interesse del privato che vanti un legittimo affidamento.

L'art. 21-*nonies* l. 241/1990, come descritto, si pone a salvaguardia, su un duplice piano, dell'interesse privato, garantendo la tutela dell'affidamento, e di quello pubblico, assicurando la certezza del diritto e la stabilità dell'intero sistema e dell'operato dell'Amministrazione.

Ciò che il giudice è chiamato a fare, in casi come quello in esame, è operare un bilanciamento, ragionevole e ponderato, tra i diversi interessi, pubblici e privati, che vengono in gioco, senza che nessuno di questi possa prevalere per un mero automatismo.

È, infatti, nella sede del procedimento amministrativo che "*l'interesse pubblico primario, che giustifica il potere, si confronta con altri interessi pubblici coinvolti e con gli interessi dei privati, i quali non solo possono avere consistenza oppositiva rispetto al potere che ne invade la sfera soggettiva, ma spesse volte hanno consistenza di pretesa al suo esercizio, volto ad ampliare la sfera soggettiva, pretesa che in molti casi ha fondamento nelle previsioni costituzionali*"[48]: è il corretto confronto di questi interessi, secondo la conformazione datane dalla legge, a costituire garanzia di legittimità della decisione amministrativa, così formatasi, con la quale si esaurisce quel potere.

Nell'annullamento d'ufficio, dunque, il punto di equilibrio della dialettica tra gli interessi in gioco è dato dalla variabile temporale: il trascorrere di un determinato lasso di tempo determina l'effetto della prevalenza di altri interessi di rilievo costituzionale, quali la posizione di matrice individuale dell'affidamento del destinatario del provvedimento favorevole (naturalmente se meritevole di tutela per non essergli rimproverabili false dichiarazioni e false rappre-

[46] Per una carrellata di casi analoghi a quello in esame si rinvia nuovamente a F. Campolo, *op. cit.*

[47] Si rammenta, ancora una volta, che nel caso di specie il comportamento del privato richiedente era stato ritenuto solo parzialmente omissivo e non del tutto diligente, ma senza che potesse ravvisarsi una prova piena della "falsa rappresentazione dei fatti".

[48] *Considerato in diritto*, punto 3.6 della pronuncia in commento.

sentazioni di fatti rese all'amministrazione nel procedimento), e l'interesse di matrice collettiva alla certezza ed alla stabilità dei rapporti giuridici pubblici nell'ottica della tenuta dell'intero "sistema Paese".

4. La pronuncia della Corte Costituzionale.

La Corte Costituzionale, pur esprimendosi con una sentenza di rigetto, ha fissato importanti punti fermi in relazione al "tempo" del potere di riesame (dei provvedimenti di autorizzazione o attributivi di vantaggi economici) in capo alla pubblica Amministrazione.

In particolare, la Consulta ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21-*nonies* comma 1 l. 241/1990 in riferimento all'art. 117 comma 1 Cost.[49] e non fondate le questioni sollevate in riferimento agli artt. 3 comma 1, 9 comma 1 e 3 e 97 comma 2 Cost., sulla base di diverse considerazioni in diritto.

L'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art 117 comma 1 Cost. viene sancita in conseguenza della carente motivazione[50] in ordine alle ragioni per cui la normativa censurata integrerebbe una violazione del parametro costituzionale in questione; la Sesta sezione si era limitata, infatti, semplicemente a richiamare gli impegni assunti dallo Stato italiano con la Convenzione di Faro, e, più precisamente, gli obblighi di "*riconoscere l'interesse pubblico associato agli elementi dell'eredità culturale, in conformità con la loro importanza per la società e, di riflesso, a promuovere la protezione dell'eredità culturale anche predisponendo soluzioni normative che non siano di ostacolo alla realizzazione di tale scopo*", senza null'altro argomentare.

Diversamente, ammissibile ma infondata viene dichiarata la questione avente ad oggetto l'art. 97 Cost., ritenendo la Consulta che il termine fisso dell'art. 21-*nonies*, lungi dal ledere il principio di buon andamento, ne costituisca piuttosto attuazione poiché, sin tanto che venga rispettato il principio di legalità sostanziale, e dunque anche i limiti cui il potere di riesame è soggetto, la *ratio* che il termine assicura è anche quella di garantire la migliore soddisfazione dello stesso interesse primario, ponendosi la previsione di termini di decadenza dell'autotutela quale strumento volto proprio ad accrescere l'efficienza dell'azione amministrativa; questo perché il termine estintivo del potere di annullamento non può che influire positivamente sulla qualità della decisione di primo grado, incentivando l'organo competente ad una più attenta valutazione e ponderazione degli interessi già in questa fase ove non vi sia uno spazio temporale illimitato per l'emanazione di un *contrarius actus* rispetto a quello originariamente assunto in via illegittima[51].

[49] Si rammenta, in relazione agli artt. 1 lett. b) e d) e 5 lett. a) e c) della Convenzione di Faro.

[50] Dalla quale consegue, secondo costante giurisprudenza della Corte Costituzionale, l'inammissibilità delle questioni. Diverse sono, infatti, le pronunce che sanciscono l'inammissibilità delle questioni rispetto alle quali il rimettente non illustri i motivi per i quali la normativa sospettata d'illegittimità costituzionale sarebbe tale; le ordinanze di rimessione del tutto carenti in tal senso sono viziate da inadeguata motivazione in punto di non manifesta infondatezza, difettando una sufficiente illustrazione delle ragioni per le quali la normativa censurata integrerebbe la violazione del parametro costituzionale evocato. In tal senso, *ex plurimis*, Corte Cost. 8 gennaio 2024, n. 3, Corte Cost. 27 giugno 2024, n. 112.

[51] Proprio con riferimento al rilascio degli attestati di libera circolazione si trova riscontro della portata attuativa del principio di buon andamento dalla lettura della circolare della Direzione generale archeologia, belle arti e paesaggio del 24 maggio 2024, n. 21 con cui il Ministero della Cultura ha invitato gli uffici di

Ricostruita l'evoluzione dell'annullamento d'ufficio e la sua natura, nonché la sua *ratio* orientata al perseguimento della certezza del diritto e stabilità dei provvedimenti nella piena attuazione dell'interesse pubblico – ma anche al fine di bilanciare i diversi interessi[52] che confluiscono nell'ambito del potere di riesame – la Consulta sancisce l'infondatezza delle questioni afferenti alla violazione dei principi di ragionevolezza, buon andamento e della tutela del patrimonio storico artistico sollevate dal rimettente, ritenendo, nello specifico, non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 21-*nonies* comma 1 l. 241/1990 sollevate in riferimento agli artt. 3 comma 1 e 9 commi 1 e 2 Cost.

In particolare, i giudici costituzionali hanno ravvisato l'insussistenza del denunciato contrasto con gli artt. 3 comma 1 e 9 commi 1 e 2 Cost., giustificando la ragionevolezza e la non reprensibilità dei limiti temporali "fissi" posti dall'art. 21-*nonies* nel suo complesso, e, dunque, anche con riguardo agli atti incidenti su interessi di "valore primario" (nella specie, quello culturale), in ragione della diversa consistenza che tali interessi – pur di rilievo costituzionale e oggetto di specifica attenzione nel procedimento di primo grado (tanto da escludere o rendere più gravosa l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso) – assumono nel procedimento di riesame.

La Consulta ritiene, infatti, che il termine fisso di dodici mesi per l'esercizio del potere di riesame non possa dirsi manifestamente irragionevole, né lesivo dell'interesse culturale protetto dall'art. 9 Cost. sulla base di diverse considerazioni.

Anzitutto, in ragione del fatto che l'annullamento d'ufficio esprime una funzione di secondo grado: l'amministrazione interviene nuovamente, infatti, su una precedente attività amministrativa ed è proprio in relazione a tale attività che devono essere valorizzate le regole che garantiscono gli interessi pubblici costituzionalmente tutelati sui plurimi piani in cui tali regole si riflettano nelle leggi sul procedimento o settoriali o nei tempi in cui l'amministrazione deve agire.

In secondo luogo, proprio in ragione della natura di potere di secondo grado dell'autotutela e del diverso oggetto che questa ha rispetto al provvedimento di primo grado – la pronuncia rimarca infatti come il riesame del provvedimento, pur mosso da ragioni di legittimità, non costituisce espressione del potere già esercitato, bensì di altro potere riconosciuto in via generale all'amministrazione, diverso da quello già esercitato e su cui anzi va a incidere, ossia quello dell'annullamento d'ufficio – viene evidenziato come l'interesse culturale, super primario e costituzionalmente tutelato, trovi già un'adeguata tutela attraverso svariate previsioni derogatorie nell'ambito dell'esercizio del potere in primo grado da parte della pubblica Amministrazione. Tutte

esportazione a prestare maggiore attenzione nell'esame delle istanze loro presentate, anche alla luce dei limiti temporali di cui all'art. 21-*nonies* comma 1 l. 241/1990. In particolare, proprio in risposta alla tendenza della giurisprudenza a negare la possibilità per le Amministrazioni di annullare in autotutela gli attestati di libera circolazione oltre il termine di dodici mesi, si apprezza l'invito agli Uffici competenti, "*per evitare l'irrimediabile uscita dal territorio nazionale di opere d'arte che, onde opportunamente presente agli uffici esportazione, non avrebbero ricevuto l'attestato di libera circolazione*", a voler dichiarare l'improcedibilità dell'istanza nei casi in cui "*la mancanza o insufficienza di informazioni unitamente alla scarsa leggibilità dell'opera non consentano la adeguata valutazione dell'interesse culturale*".

[52] Non a caso la pronuncia in esame ribadisce come nella fase del riesame si accresca l'entità degli interessi oggetto della valutazione dell'annullamento d'ufficio rispetto a quelli cui è preordinata la funzione di primo grado, interessi tra i quali spicca quello alla "*stabilità dei rapporti giuridici di diritto pubblico*", come già valorizzato, in tema di autotutela tributaria da Corte Cost. 13 luglio 2017, n. 181.

quelle previsioni[53] che il rimettente aveva già individuato come derogatorie rispetto alle regole generali sul procedimento, e di cui lamentava un mancato coordinamento ove il 21-*nonies* non prevede deroghe in presenza di interessi sensibili, sono in realtà istituti che dettano un regime *ad hoc* per la tutela di interessi sensibili, compreso quello culturale, incidendo anche sul tempo dell'azione amministrativa[54].

Dunque, l'interesse sensibile trova già una tutela specifica e in parte derogatoria, proprio in ragione del suo rango, nell'ambito del potere di primo grado. Ma non solo; alla disciplina contenuta nella legge 241/1990 si affianca un regime di speciale e puntuale protezione dell'interesse alla tutela del patrimonio artistico nazionale nel Codice dei beni culturali.

Posto che, secondo la Corte, l'interesse primario è adeguatamente protetto nella sua ponderazione "in primo grado", nella decisione di secondo grado non è irragionevole che il regime ordinario dell'autotutela e l'operare del termine per il suo esercizio si applichi anche all'interesse alla tutela del patrimonio storico e artistico.

Nell'annullamento d'ufficio, dunque, il punto di equilibrio della dialettica tra gli interessi in gioco è dato dalla "variabile tempo": al fluire di un congruo tempo determinato acquisiscono prevalenza altri interessi di rilievo costituzionale, quali la posizione, di matrice individuale, dell'affidamento del destinatario del provvedimento favorevole e l'interesse, di matrice collettiva, alla certezza ed alla stabilità dei rapporti giuridici pubblici.

Diversamente opinando, qualora i disinnescasse l'operatività del termine fisso per l'esercizio del potere di riesame dei provvedimenti autorizzatori, l'effetto, intollerabile, sarebbe quello di una situazione di incertezza nella vita dei cittadini e delle imprese idonea a incidere negativamente, in un'ottica più complessiva, sulle dinamiche del mercato (nello specifico, quello dell'arte) e in definitiva, sull'affidabilità del "sistema Paese".

Silvia Casilli

[53] Si richiamano i già citati artt. 20 comma 4, 19 comma 1, 14-*bis* comma 2 lett. c), 14 ter comma 2, 14-*quinquies* comma 1 l. 241/1990, tutte disposizioni volte a introdurre specifici rimedi e termini più ampi finalizzati ad una più compiuta ed effettiva tutela ambientale e paesaggistico-territoriale dei beni culturali.

[54] Come emerge dall'art. 2 comma 2 l. 241/1990 che fissa il termine generale di trenta giorni per la conclusione del procedimento, ma, oltre a far salve le diverse disposizioni speciali, consente, con le diverse forme dettate dai commi 3 e 4, l'elevazione del termine fino a centottanta giorni anche in considerazione della "*natura degli interessi pubblici tutelati*".

3. Aiuti di Stato illegittimi. Principi e profili procedimentali del recupero

Il procedimento di recupero degli aiuti di Stato illegittimamente concessi: incertezze procedurali e conflitti tra principi (nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 27 febbraio 2025, n. 2738)

Sommario: 1. La vicenda processuale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. – **2.** Le questioni di diritto affrontate dal Consiglio di Stato. – **3.** L'autotutela doverosa. – **4.** Segue. L'esaurimento – istantaneo – della discrezionalità. – **5.** Autonomia procedurale e revisione del provvedimento affetto da illegittimità secondo il diritto europeo. – **6.** Possibili conseguenze sulle aspettative di partecipazione al procedimento. – **7.** Riflessioni conclusive.

1. La vicenda processuale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Oggetto sostanziale del contendere nella vicenda sottoposta all'attenzione del Consiglio di Stato è la revoca parziale di un contributo relativo alla realizzazione di un mini-impianto idroelettrico per la produzione di energia da fonte rinnovabile nell'ambito di una attività agricola. Invero la revoca parziale si è operata in ragione della sopraggiunta qualificazione del finanziamento in termini di aiuto di Stato "illegale" ai sensi del diritto UE. Il contributo, infatti, era stato originariamente erogato nella misura dell'80% dei costi ammissibili, eccedendo così il limite del 65% stabilito dal Regolamento UE n. 651/2014[1]. A livello di scansione temporale del procedimento, il provvedimento di concessione, datato 2018, era intervenuto però successivamente alla rimodulazione al ribasso del limite contributivo, operata nel 2014[2].

[1] Tale limite, per vero, era dovuto alla modifica, operata a valere dal 1° luglio 2014, al Regolamento UE 651/2014 del 17 giugno 2014 (c.d. "Regolamento generale di esenzione"). Tale regolamento, infatti, prevede i criteri limite di contribuzione alle piccole imprese. Il superamento di questi ultimi ad opera di uno Stato membro diviene, in linea teorica, automaticamente qualificabile come aiuto di Stato, salva autorizzazione della Commissione europea ai sensi degli art. 107 e 108 TFUE, cfr. la comunicazione della Commissione Europea 2014/C - 348/01, nonché, in dottrina, A. Cerri, *Gli aiuti di Stato nel quadro degli interventi pubblici in economia*, in G. Luchena - S. Prisco (a cura di), *Aiuti di Stato fra diritto e mercato*, Roma, 2006; L. Rubini, *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford, 2009; J.J.P. Lopez, *The Concept of State Aid Under EU Law: from internal market to competition and beyond*, Oxford, 2015; M. Boccaccio, *Dal controllo ex ante al controllo ex post: la rivoluzione della modernizzazione degli aiuti di Stato*, in *Public Finance Research Papers*, XXII, 2016; A. Quattrocchi, *Gli aiuti di Stato nel diritto tributario*, Milano, 2020.

[2] Che interviene su quelli che vengono definiti "aiuti di Stato

Di qui, pertanto, la revoca parziale operata dalla Provincia Autonoma di Bolzano per la quota eccedente il limite del 65% stabilito a livello unionale[3].

Il provvedimento di secondo grado formava quindi oggetto di impugnazione avanti al T.R.G.A. di Bolzano, il quale operava un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea[4]. Il giudice sovranazionale veniva in particolare chiamato ad esprimersi in ordine alla compatibilità dell'aiuto concesso rispetto alla disciplina europea[5]. Ulteriormente, nel caso in cui l'originaria normativa fosse stata ritenuta inapplicabile visto il sopravvenire del regolamento n. 651/2014, il Tribunale bolzanino chiedeva se vi fosse obbligo di recupero a carico dello Stato membro di quanto versato in eccedenza.

La Corte europea chiariva[6] quindi che la decisione del 2012 cessava i propri effetti al 31 dicembre 2016, data anteriore all'espletamento del procedimento esitato con il riconoscimento del contributo di cui era causa; di qui l'inapplicabilità della previgente disciplina. Nel merito invece alla necessità di recupero di quanto versato in eccedenza al limite effettivamente imposto *ratione temporis*[7] – ammontare che, a quel punto, era considerato aiuto di Stato concesso *contra legem*[8] –, il Giudice di Lussemburgo affermava la sussistenza, alla luce della diretta applicabilità[9] dell'art. 108, comma 3, TFUE[10], di un obbligo i tribunali e le amministrazioni nazionali di adottare le misure più idonee a rimediare allo stato di illegittimità. Ossia, di fare in modo che il beneficiario non mantenga la disponibilità delle somme erogate in violazione delle

orizzontali" dal regolamento (CE) n. 994/98 del Consiglio del 7 maggio 1998, sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato che istituisce la Comunità europea.

[3] Trattandosi, a quel punto, di un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, paragrafo 1, TFUE, non consentito.

[4] Il rinvio è stato operato ai sensi dell'art. 267 TFUE. Sull'argomento, *ex multis*, cfr. G. Vitale, *La logica del rinvio pregiudiziale tra obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza e responsabilità*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, I, 2013, 59 ss.; G.L. Barreca, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea e l'obbligo di rinvio del giudice nazionale di ultima istanza*, in *giustizia-amministrativa.it*; F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in questa *Rivista*, 11 novembre 2020; M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in questa *Rivista*, 30 novembre 2020; F. Ferraro - C. Iannone (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020; F. Ferraro, *Corte di giustizia e obbligo di rinvio pregiudiziale del giudice di ultima istanza: nihil sub sole novum*, in questa *Rivista*, 23 ottobre 2021; M. Lipari, *L'obbligo di rinvio pregiudiziale alla CGUE, dopo la sentenza 6 ottobre 2021, c-561/2019: i criteri cilfit e le preclusioni processuali*, in *Giustamm.it*, XII, 2021; C. Amalfitano, *Il futuro del rinvio pregiudiziale nell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, III, 2022, 32 ss.; R. Conti, *La proposta di modifica dello Statuto della Corte di giustizia UE in tema di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE*, in questa *Rivista*, 8 luglio 2023.

[5] E, in particolare, in relazione alla precedente decisione della Commissione del 25 luglio 2012 ove si prevedeva come accennato una intensità contributiva dell'80%.

[6] Giusta sentenza della IX sezione, 7 aprile 2022, nelle cause riunite C-102/21 e C-103/21.

[7] Ossia, il 65% delle spese ammissibili, ai sensi del già citato regolamento UE n. 651/2014.

[8] Ai sensi dell'art. 1, lett. f), del Regolamento UE 2015/1589.

[9] Come noto l'applicabilità diretta del diritto unionale è affermata dalla giurisprudenza a partire dalla sentenza 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, causa C-26/62. Vedasi anche, senza pretesa di esaustività, J. Bengoetxea, *Direct Applicability or Effect*, in M. Hoskins - W. Robinson (a cura di), *A True European. Essays for Judge David Edward*, Oxford, 2004, 353 ss.; A. Ruggeri, *Per un adattamento automatico dell'ordinamento interno ai trattati "eurounitari"*, in *Rivista AIC*, II, 2014. V. Onida, *A cinquant'anni dalla sentenza Costa-Enel: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza*, in B. Nascimbene (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015, 29 ss.; M. Distefano (a cura di), *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, Napoli, 2017; D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione Europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018.

[10] La disposizione, in estrema sintesi, prevede il divieto di messa in esecuzione di erogazioni che costituiscono aiuti di Stato senza la preventiva autorizzazione della Commissione europea.

previsioni unionali. Di qui la sussistenza di un vero e proprio onere di recupero delle somme[11] *stricto iure* posto in capo alle pubbliche autorità. Per consolidare tale conclusione, in un ulteriore passaggio della pronuncia, la Corte aveva pure modo di precisare come, alla luce della illegittimità dell'aiuto concesso, non si dovesse ritenere rilevante la sussistenza di una sua effettiva incidenza quanto all'assetto concorrenziale del mercato[12].

Sulla base di tale decisione pregiudiziale, il T.R.G.A. rigettava integralmente il ricorso. Preliminarmente affermata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[13], il Tribunale ha infatti ritenuto di qualificare come impresa ai sensi del diritto unionale il soggetto ricorrente (trattavasi di impresa agricola, come accennato *supra*)[14], deducendone quindi l'assoggettabilità *tout court* alla disciplina relativa agli aiuti di Stato. Successivamente il giudice di Bolzano ha ritenuto di escludere l'applicabilità del regime *de minimis*, essendosi superata nel caso di specie la soglia massima di contribuzione liberamente riconoscibile in favore di un'impresa agricola (pari a 15.000,00 euro nell'arco di un triennio). Con riguardo, invece, ai rapporti tra la pronuncia pregiudiziale e il sindacato domestico, il T.R.G.A. ha preso atto non solo dell'acclarato contrasto del contributo con il diritto unionale, bensì anche del fatto che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea aveva chiaramente sancito l'obbligo a carico delle autorità interne dello Stato membro di recuperare le somme indebitamente erogate, senza necessità di ulteriori provvedimenti da adottarsi da parte della Commissione. Infine, e qui veniamo all'aspetto forse più interessante della vicenda, il Tribunale non ha ritenuto applicabile nel caso di specie l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, posto che, ai sensi dell'art. 17 del Regolamento UE n. 1589/2015, il recupero degli aiuti indebitamente erogati è obbligatorio e può avvenire entro il termine prescrizionale di dieci anni, con previsione prevalente e chiaramente atta ad escludere qualsivoglia ponderazione dell'interesse del destinatario dell'atto.

2. Le questioni di diritto affrontate dal Consiglio di Stato.

In appello, la ricorrente censurava la pronuncia del T.R.G.A. affidandosi a quattro motivi principali: (i) insussistenza della qualifica di "impresa" e mancato raggiungimento della prova in relazione a tale requisito dell'attività agricola nell'ambito della quale era da realizzarsi l'investimento; (ii) erronea esclusione del regime *de minimis*, non essendo l'aiuto di cui trattasi diretto al sostentamento del settore agricolo; (iii) carenza di potere in capo alla Provincia nel disporre il recupero in assenza di una decisione della Commissione Europea *ad hoc*; (iv) erroneità

[11] Sulla scorta della sentenza della stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 5 marzo 2019, *Eesti Pagar*, C-349/17.

[12] In relazione a tale profilo, infatti, la Corte di Giustizia ricorda che il giudice nazionale non ha competenza a stabilire l'incidenza o meno dell'aiuto rispetto al mercato concorrenziale al fine di escluderne la rilevanza, posto che tale apprezzamento risulta riservato in via esclusiva alla cognizione della Commissione europea. Cfr. sentenza 26 ottobre 2016, *DEI e Commissione c. Aloumínion tis Ellados*, C-590/14.

[13] Ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. z-*sexies* c.p.a.

[14] Peraltro, essendo quest'ultima un soggetto preposto all'esercizio di un'attività economica, tale requisito risulta necessario e sufficiente, ai sensi del diritto unionale, per qualificarlo come impresa. Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenze 11 dicembre 2007, causa C-280/06, *ETI e a.*, 11 luglio 2006, causa C-205/03 *P*, *FENIN c. Commissione*, sino a risalire a 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e a.* in specie punto 74, nonché 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser*, specie punto 21. In ordine alla qualificazione in termini di economicità vige anzitutto il principio di scorporabilità delle singole attività di impresa, cfr. L. Idot, *La notion d'entreprise*, in *Revue des Sociétés*, II, 2001, 191 ss., nonché, del medesimo Autore, *Retour sur la notion d'entreprise*, in *Europe*, n. 68, febbraio 2007, 25 ss.

nella postulata inapplicabilità dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, laddove non sono stati rispettati il termine e le condizioni di autotutela previste nella disciplina interna[15].

Il Consiglio di Stato ha ritenuto infondati tutti i motivi.

In particolare, la pronuncia in commento ha affermato che la nozione di "impresa" ricorre anche per attività agricole o economicamente marginali, in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che afferma come sia sufficiente l'esercizio anche di una sola attività economica per qualificare in tali termini un soggetto giuridico, a prescindere dalle questioni nominali o di *status*[16] del diritto interno[17]. Di converso, l'applicabilità del regime *de minimis* andrebbe esclusa in quanto l'aiuto di cui trattasi comunque eccedeva i limiti di importo previsti per il settore agricolo, nel quale la ricorrente risultava operare sulla base delle evidenze emerse processualmente[18] ed alla luce della relativa qualifica come impresa. Ancora, il recupero di un aiuto di Stato "illegale", a dire dei giudici di Palazzo Spada, ben potrebbe essere disposto dalle autorità nazionali anche in assenza di una formale decisione della Commissione. Anzitutto, tale conclusione si giustificherebbe dal momento che un tale onere è direttamente prescritto dalla sentenza della Corte di Giustizia intervenuta nel caso *de quo* – che peraltro ha acquisito efficacia di giudicato interno per le parti. Ben vero, infatti, che il Regolamento UE n. 1589/2015 prevede uno specifico procedimento per il recupero degli aiuti di Stato indebitamente versati; nondimeno, l'art. 108, comma 3, TFUE, laddove stabilisce il divieto di dare esecuzione agli aiuti di Stato illegalmente concessi, ha

[15] In relazione a quest'ultimo profilo, in particolare, l'appellante sosteneva non sussistesse alcuna norma di diritto interno che potesse giustificare l'esercizio del potere di autotutela fuori termine prima che nella vicenda *de qua* intervenisse la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. In questi termini, si affermava l'intervento di una sorta di disapplicazione implicita della norma della legge fondamentale sul procedimento amministrativo. Cfr. M. D'Angelosante, *La disapplicazione degli atti amministrativi tra potere e prassi*, Napoli, 2022, oltre a *La disapplicazione degli atti amministrativi come possibile esito della risoluzione dei conflitti fra precetti autoritativi*, in *PA Persona e amministrazione*, I, 2023, 291 ss.

[16] Il riferimento alla nozione di impresa va operato anzitutto con riguardo ai chiarimenti resi con la *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea* (2016/C 262/01). In giurisprudenza, *ex multis*, si segnala poi la sentenza del Tribunale di primo grado dell'Unione Europea, sez. VIII, 24 marzo 2011, causa T386/06, ove si richiamano le sentenze della Corte 7 gennaio 2004, cause riunite 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 e a. c. Commissione*, il cui punto 59, chiarisce "*che la nozione di impresa abbraccia qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico del soggetto stesso e dalle sue modalità di finanziamento (sentenze della Corte 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Dansk Rørindustri e a./Commissione, Racc. pag. I-5425, punto 112; 10 gennaio 2006, causa C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze e a., Racc. pag. I-289, punto 107, nonché 11 luglio 2006, causa C-205/03 P, FENIN/Commissione, Racc. pag. I-6295, punto 25)*" (pt. 47, cit.). Vedasi, G. Greco, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, I, 2005, 61 ss., nonché, eppur in altra materia, si rinvia ai riferimenti operati da D. Gallo, *L'economicità alla luce della giurisprudenza UE e della prassi della Commissione sui servizi socio-sanitari*, in *Diritto dell'Unione Europea*, II, 2019, 287 ss.

[17] A riprova di tale requisito, peraltro, il giudice allegava come il provvedimento impugnato in uno con le dichiarazioni rese in giudizio, fossero sufficienti a rendere non necessario l'effettivo deposito dell'autocertificazione acquisita *ad hoc* nel corso del procedimento. In sostanza, quindi, il Consiglio di Stato ha ritenuto sufficienti gli elementi indiziari ricavabili dalla documentazione prodotta in giudizio. Il procedimento presuntivo, nondimeno, deve essere caratterizzato da un particolare rigore istruttorio, come chiarito, seppur in diversa materia, da Consiglio di Stato, sez. VI, 15 febbraio 2023, n. 1597.

[18] Peraltro, in relazione a tale profilo, il Consiglio di Stato esclude anche la necessità di applicazione dell'art. 29 del Regolamento UE n. 1589/2015 che consente al giudice nazionale l'invio di una richiesta di informazioni alla Commissione Europea in relazione al perimetro applicativo delle relative norme in materia di aiuti di Stato. In questo caso, infatti, si è ritenuto che la vicenda fosse sufficientemente chiara da non rendere necessario alcun ulteriore incombente istruttorio.

efficacia diretta e, secondo la giurisprudenza sovranazionale[19], impone in via autonoma agli Stati membri di attivarsi per evitare il perpetrarsi della violazione della disciplina europea. Alla luce di tale interpretazione, risulterebbe quindi sistematicamente coerente escludere la necessità di notificare alla Commissione Europea l'intenzione di voler recuperare l'aiuto illegittimamente concesso onde verificarne la compatibilità con il mercato interno. Una tale eventualità non è infatti prevista dai regolamenti, i quali prescrivono invece l'obbligo di notifica soltanto laddove una autorità nazionale voglia istituire un aiuto, al fine di valutarne la compatibilità con il mercato concorrenziale. Infine, il Consiglio di Stato non ha ritenuto applicabile al caso di specie la disciplina della legge fondamentale sul procedimento amministrativo in materia di autotutela e, nello specifico, l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990. Tale norma infatti attiene a procedimenti discrezionali, mentre nel caso di recupero di un aiuto di Stato illegale il provvedimento sarebbe sostanzialmente vincolato. In questo caso si è quindi fatto riferimento al concetto di "autonomia procedurale funzionalizzata"[20] per affermare come la disciplina del procedimento amministrativo dello Stato membro è vincolata al raggiungimento del risultato utile stabilito dal diritto unionale. Pertanto, nella materia *de qua* ci si troverebbe innanzi a una peculiare forma di autotutela, non già disciplinata dalla legge fondamentale sul procedimento amministrativo, bensì plasmata sul diritto europeo e la relativa giurisprudenza.

3. L'autotutela doverosa.

La questione giuridica di maggiore interesse intorno alla quale ruota la sentenza all'attenzione afferisce, in buona sostanza, alla possibilità di individuare all'interno dell'ordinamento (sovra)nazionale delle ipotesi di autotutela doverosa e vincolata[21].

Come noto, il potere di autotutela decisoria[22] costituisce tipica espressione della funzione amministrativa propria, ancorché la dottrina si sia variamente interrogata sul relativo fondamento teorico, a volte giungendo a ritenere che essa si basi sullo stesso potere originariamente esercitato[23], altre sostenendo costituisca autonomo potere di risoluzione di conflitti attuali o potenziali con

[19] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 5 marzo 2019, causa C-349/17, *Eesti Pagar*, peraltro estesamente richiamata dalla stessa Corte nel decidere la questione pregiudiziale oggetto di remissione ad opera del T.R.G.A.

[20] A fronte della necessità di recuperare un aiuto di Stato illegalmente elargito, infatti, nemmeno il giudicato è un limite all'azione amministrativa di recupero, cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 20 marzo 1997, C-24/1995.

[21] Così intendendosi la circostanza per cui l'esercizio del potere di autotutela è obbligatorio, non sussistendo discrezionalità nell'*an*, ma anche vincolato nelle modalità di espletamento, non essendo nella disponibilità dell'amministrazione procedente nemmeno il *quomodo* o il *quando*. Questi, in sintesi, sono infatti gli elementi sui quali ricade l'appannaggio amministrativo in termini di discrezionalità, come già rilevato da M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939. Vedasi pure, senza pretesa di esaustività, F. Volpe, *Norme di relazione e norme d' azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Milano, 2004; B.G. Mattarella, *Discrezionalità amministrativa*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto amministrativo*, III, 2013, 309 ss.

[22] L'espressione distingue il potere di intervento in secondo grado sui provvedimenti amministrativi dalla cosiddetta autotutela esecutiva, che riguarda invece, essenzialmente, il potere di tutelare in via diretta i beni dell'amministrazione (senza necessità di adire ad organi giudiziari per ottenere ad esempio provvedimenti d'ordine). Cfr. F. Benvenuti, voce *Autotutela* (diritto amministrativo), in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, 537 ss., F. Saitta, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione. La struttura procedimentale*, Napoli, 1995, *ex multis*.

[23] G. Corso, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 609 ss.

il cittadino[24]. Uno dei tratti che si delinea tuttavia in maniera sostanzialmente condivisa, è stato il progressivo emergere della necessità di tutela della posizione giuridica soggettiva del cittadino inciso dal provvedimento di secondo grado, da realizzarsi attraverso la ricerca di un corretto punto di equilibrio tra interesse pubblico e interesse privato cui è chiamata la motivazione del provvedimento di autotutela[25]. Proprio per questo, si è autorevolmente sostenuto[26] che le modifiche intervenute alla l. n. 241/1990 avrebbero nel tempo sempre più configurato l'autotutela come una forma eccezionale di espressione del potere amministrativo, attivabile solo alle precise e puntuali condizioni previste dalle disposizioni che la regolano, anziché manifestazione di una generale potestà attribuita ai pubblici poteri[27]. Di ciò sarebbe appunto prova proprio la previsione di un termine massimo ad opera dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990[28].

Calando queste riflessioni al caso concreto, non può che apparire una singolarità l'individuazione pretoria di un'ipotesi di autotutela obbligatoria derivante da – e motivata sulla base di – un provvedimento unionale di accertamento dell'illegalità di un aiuto erogato a favore dell'impresa. In questo caso si ravvede infatti come la motivazione di prevalenza dell'interesse pubblico rispetto alla posizione di affidamento maturata dal cittadino si esaurisce con il mero accertamento dell'illegalità dell'aiuto stesso. L'impostazione assunta a livello sovranazionale non consente alcuna graduabilità degli effetti di recupero di quanto indebitamente versato, sulla scorta di una prevalenza *in re ipsa* della necessità di non alterare i mercati attraverso la circolazione di capitale che invece non doveva garantire un vantaggio al beneficiario[29]. E questo, a prescindere dalla posizione di affidamento incolpevole in ordine alla legittimità del provvedimento nella quale possa versare quest'ultimo[30]. Così, dunque, si

[24] Cfr. M.A. Sandulli, *Autotutela e stabilità del provvedimento nel prisma del diritto europeo*, in P.L. Portaluri (a cura di), *L'Amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma Madia*, Napoli, 2016, 125 ss.; F. Francario, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, VIII, 2017, oltre a, M. Allena, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018. Ancora, F. Benvenuti, *op. cit.*, sostiene in particolare che il potere amministrativo di risoluzione del conflitto si caratterizzerebbe come una potestà di ordine generale appannaggio della pubblica amministrazione.

[25] Ma che, più in generale, si converte nell'obbligo della pubblica amministrazione di garantire una partecipazione piena ed effettiva del destinatario del provvedimento di secondo grado all'interno del procedimento, così da rendergli possibile la piena rappresentazione della propria situazione giuridica dando la stessa consistenza con riferimento alla manifestazione di un interesse uguale a contrario a quello dell'amministrazione precedente. In tali termini, pertanto, l'interesse della legalità in senso stretto recede di fronte alla necessità di tutelare l'affidamento del destinatario del provvedimento. Così F. Francario, *Riesercizio*, *op. cit.* Vedasi pure B.G. Mattarella, *Autotutela e principio di legalità*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, VI, 2007, 1223 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, il riferimento corre a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 17 ottobre 2017, n. 8.

[26] M.A. Sandulli, *Autotutela*, cit.

[27] Non è quindi paradossale affermare come vi sia un movimento uguale e contrario, che allontana l'autotutela dal mero rispetto della legalità formale, richiedendo all'amministrazione di motivare l'esistenza di un interesse pubblico prevalente rispetto alla necessità di tutela del privato, mentre dall'altro si riscontra un rafforzamento della legalità sostanziale che emerge proprio dal negare la natura di potere implicito dell'autotutela medesima.

[28] Sebbene la previsione di un termine generalizzato e valevole per tutti i tipi di provvedimenti amministrativi sia stato oggetto di critica in dottrina, cfr. 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*, XVII, 2015.

[29] Sulla necessità, invece opposta, di sicurezza nella circolazione delle situazioni giuridiche soggettive vedasi M. Trimarchi, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Diritto amministrativo*, III, 2016, 321 ss.

[30] Laddove, invece, la giurisprudenza sovranazionale, da tempo, rileva la necessità di valorizzare l'incolpevole affidamento del cittadino al fine di escludere la possibilità di intervento in autoannullamento da parte della pubblica amministrazione (peraltro, concretamente apprezzando la conoscenza professionale di quest'ultimo per stabilire se la relativa ignoranza fosse davvero incolpevole, cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. VI, 20 giugno 1991, C-365/89, *Cargill*).

emerge un movimento uguale e contrario[31] rispetto a quello che è andato consolidandosi nel diritto interno, volto invece a consentire il progressivo consolidamento[32] della posizione giuridica del cittadino susseguente all'esprimersi per atti formali del potere[33].

La giurisprudenza europea, in particolare, rescinde allora da principio la caratteristica tipica dell'autotutela, allorquando chiarisce che, in materia di recupero degli aiuti di Stato, le amministrazioni domestiche degli Stati membri non vedono garantita alcuna discrezionalità reale[34]. E, pur affermandosi l'esigenza di garantire la certezza del diritto, si finisce con il ritenere prevalente l'esigenza di tutelare il diritto unionale e, con esso, il principio di concorrenzialità nel mercato interno[35], rispetto al diritto degli Stati membri (ove, come nel caso italiano, il cittadino destinatario di un provvedimento favorevole è espressamente protetto dal decorrere del tempo). Così, la tutela del legittimo affidamento e l'intangibilità del giudicato cedono il passo innanzi alla – postulata – superiore esigenza di garantire la leale collaborazione[36] e il mercato concorrenziale[37].

Un ulteriore elemento da tenere in considerazione è, allora, proprio quello della tutela dell'affidamento in caso di – imposta – ripetizione di aiuti pubblici illegittimamente erogati. Se, infatti, il legittimo affidamento affonda le radici proprio nella giurisprudenza europea[38], in materia di aiuti di Stato

[31] Paradossalmente, per certi versi, si tratta di conclusioni pure marginalmente in contrasto con quella che è la tendenza interna allo stesso diritto dell'Unione Europea, che in genere mal tollera l'esercizio di poteri di secondo grado sui provvedimenti delle autorità unionali. Come sottolineato da B.G. Mattarella, *op. cit.*, "*in materia di autotutela il diritto europeo è più restrittivo di quello italiano: ammette il ritiro per ragioni di legittimità, ma non – di regola – per ragioni di opportunità*", 1254, cit. L'Autore, peraltro, conclude ravvisando la tendenziale non revocabilità dei provvedimenti legittimi all'interno del quadro normativo dell'Unione.

[32] R. Caponigro, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *Federalismi.it*, XXIII, 2017, sottolinea infatti come le progressive modifiche intervenute sulla legge fondamentale sul procedimento amministrativo ambivano a garantire una maggiore stabilità del rapporto cittadino-amministrazione.

[33] Movimento normativo ben evidenziato da M.A. Sandulli, *Autotutela*, in *Libro dell'Anno del diritto 2016*, Roma, 2017, 177 ss.

[34] Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 20 marzo 1997, C-24/95, *Alcan*, la cui giurisprudenza si è progressivamente consolidata, in particolare, in Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 5 marzo 2019, causa C-349/17, *Eesti Pagar*, già più volte citata.

[35] Corte di Giustizia delle Comunità Europee ,13 gennaio 2004, C-453/00, ove, pur affermando l'assenza di una obbligatorietà generalizzata di azione in autotutela per gli Stati membri in caso di provvedimento contrario al diritto comunitario, il giudice conclude affermando che la necessità di garantire la parità di trattamento dei cittadini, in uno con l'obbligo di leale collaborazione tra Stati membri e organi europei al fine di garantire l'effetto diretto della disciplina sovranazionale, portano a ritenere di converso obbligatorio e vincolato il recupero degli aiuti di Stato illegittimi.

[36] Sulla quale F. Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea*, Napoli, 2020.

[37] In questi termini P. Otranto, *Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in *Federalismi.it*, XIV, 2020, 235 ss., in particolare pag. 254, cit., e giurisprudenza ivi citata, tra la quale, in particolare, l'Autore fa riferimento all'antitesi creata da sentenze della Corte di giustizia quali la 19 settembre 2006 in cause riunite C-392/04 e C-442/04, *Arcor*, ove si afferma che la certezza del diritto impone il divieto di mettere in discussione all'infinito i provvedimenti amministrativi, rispetto alle pronunce che, invece, elidono l'efficacia stabilizzante del giudicato. Cfr. anche sulla quale, cfr. N. Pignatelli, *Illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, IV, 2008, 3635 ss.

[38] A partire dalla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee 3 maggio 1978, causa C-112/77, *Töpfer c. Commissione*. Vedansi anche, più recentemente, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 17 aprile 1997, C-90/95, oltre a 13 febbraio 2019, C-434/17, 3 giugno 2021, C-39/20 e 21 dicembre 2021, C-428/20. Cfr. O. Porchia, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese fra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2001; A. Damato, *Revoca di decisione illegittima e legittimo affidamento nel diritto comunitario*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, I, 1999, 299 ss.; G. Luchena, *Diritti degli operatori economici e aiuti di Stato alle imprese*, in *Rivista giuridica del mezzogiorno*, IV, 2004, 1035 ss.; G. Vitale, *Riflessioni tra il legittimo affidamento e gli altri principi generali dell'ordinamento dell'Unione Europea, in Studi sull' integrazione europea*, III, 2013, 569 ss.; C.E. Baldi, *La disciplina degli aiuti di Stato*, Ravenna, 2017; E. Chiti, *L'evoluzione del sistema amministrativo europeo*, in

la Corte di Giustizia afferma invece che il privato non vede generalmente consolidarsi la propria aspettativa con il decorrere del tempo. Infatti, sulla base di un orientamento piuttosto costante[39], la giurisprudenza afferma che il principio del legittimo affidamento non trovi applicazione diretta nella materia poiché si ritiene che ogni operatore mediamente diligente sia, in buona sostanza, in grado di essere a conoscenza della illegittimità dell'aiuto in riferimento alla disciplina dell'Unione Europea[40]. Anche a livello interno tali decisioni hanno il proprio contrappunto, emergendo in sentenze nei fatti disapplicano norme, provvedimenti o contratti sulla base dei quali l'erogazione del contributo è stata disposta[41], financo adombrando la cedevolezza il giudicato rispetto alla necessità di recupero[42].

Questa impostazione ha una radice sistematica precisa: ove sussista un interesse pubblico inderogabile[43] al ripristino della legalità europea violata, il legittimo affidamento perde consistenza[44], venendo di fatto in considerazione solo in circostanze eccezionali e tassativamente determinate[45].

Giornale di diritto amministrativo, VI, 2019, 684 ss.; F. Fraioli, *Il recupero degli aiuti di Stato*, in *Rivista della Corte dei conti*, I, 2023, 74 ss.

[39] Vedasi *ex multis*, ancora, Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 20 marzo 1997, C-24/95. Il riferimento, inoltre, corre alla Comunicazione della Commissione sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili (2019/C 247/01) ed ai riferimenti ivi operati. In dottrina si veda L. Hancher - T. Ottervanger - P.J. Slot (a cura di), *EU State aids*, Londra, 2012; K. Bacon, *European Union Law of State Aid*, Oxford, 2013.

[40] E, infatti, Corte di Cassazione, sez. I, 19 febbraio 2019, n. 4860, ha affermato che può postularsi un legittimo affidamento solo ove il procedimento di erogazione dell'aiuto sia stato regolare, essendo ogni operatore economico in grado di verificare il rispetto delle previsioni di diritto unionale. Per un inquadramento critico in tema di riparto di giurisdizione, invece, si veda A. Travi, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 23 aprile 2011, nn. 6954, 6955, 6956, in *Foro italiano*, I, 2011, 2387 ss.

[41] Sul punto vedasi *ex multis*, Corte di Cassazione civile, sez. lavoro, ord. 22 novembre 2021, n. 35984. Un ulteriore elemento da tenere in considerazione è poi quello della "alterazione" dei modelli di recupero fiscale con conseguente non applicazione del principio di legittimo affidamento. Ad esempio, la giurisprudenza ritiene legittimo l'accertamento frazionato plurimo e parziale, in luogo di quello unico e globale, qualora vi sia una progressione nella evidenza della illegittimità dell'aiuto. La Corte di Cassazione, sez. tributaria, 29 maggio 2024, n. 15006, ha affermato che "*Il giudice nazionale, in relazione all'esigenza di ottemperare agli obblighi comunitari di neutralizzazione degli aiuti di stato, non contrastata dalla necessità di tutela della certezza del diritto o di un legittimo affidamento o ancora di impossibilità di esecuzione, deve disapplicare la disposizione di cui all'articolo 41-bis, Dpr n. 600/1973, che stabilisce il principio di unitarietà dell'accertamento fiscale, e pertanto deve ritenere la legittimità di un recupero anche frazionato dell'aiuto, purché l'amministrazione giunga all'obiettivo del rispetto della normativa di cui all'articolo 289 Tfue*". Per una analisi specifica del legittimo affidamento in ambito tributario, per tutti, si rinvia a E. della Valle, *La "valorizzazione" dell'affidamento del contribuente*, in *Rivista di diritto tributario – supplemento online*, 16 aprile 2024, e riferimenti ivi operati. In giurisprudenza, vedasi anche T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, sez. III, 7 settembre 2017, n. 9624 e Consiglio di Stato, sez. V, 15 luglio 2019, n. 4962.

[42] Su tale profilo vedasi Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 18 luglio 2007, C-119/05 *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini s.p.a.* ove si è ritenuto ammissibile il recupero delle somme anche successivamente all'intervento del giudicato. Cfr. R. Caranta, *Vintage 2018: gli aiuti di Stato protagonisti davanti al giudice amministrativo*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, I, 2019, 72 ss.

[43] J. Temple Lang, *Legal certainty and legitimate expectations as general principles of law*, in U. Bernitz - J. Nergelius (a cura di), *General principles of EC law*, L'Aia, 1999, in specie 170 ss.

[44] Seppure con alcune precisazioni e distinguo di rilievo. Ad esempio, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Trib., 22 aprile 2016, T-50/06, ha affermato che "*Uno Stato membro le cui autorità abbiano concesso un aiuto in violazione delle norme procedurali … può invocare il legittimo affidamento dell'impresa beneficiaria per contestare dinanzi al giudice dell'Unione la validità di una decisione della Commissione con cui gli sia stato intimato di recuperare l'aiuto, ma non per sottrarsi all'obbligo di adottare i provvedimenti necessari ai fini della sua esecuzione. Tuttavia, … il ritardo della Commissione nel decidere che un aiuto è illegittimo e che deve essere eliminato e recuperato da uno Stato membro può giustificare, in determinate circostanze, nei beneficiari di detto aiuto un legittimo affidamento tale da impedire alla Commissione di intimare allo Stato membro di ordinare la restituzione di questo aiuto*".

[45] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Trib. 15 novembre 2018, Deutsche Telekom/Commissione, T-207/10. C.M. Colombo, *State aid control in the modernisation era: Moving towards a differentiated administrative integration*, in *European law journal*, XXV, 2019, 292 ss. Vedasi a livello di inquadramento generale C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della*

4. Segue. L'esaurimento – istantaneo – della discrezionalità.

Se da un lato, quindi, la giurisprudenza eurounitaria appare piuttosto chiara nell'affermare l'obbligo di "ritornare sulla decisione"[46], di converso ed in linea altrettanto generale, viene pur sempre lasciata la possibilità di ponderazione discrezionale in capo all'amministrazione circa il provvedimento che concretamente deve essere adottato.

Eppure, non pare trattarsi della discrezionalità tipica dei procedimenti amministrativi di secondo grado, ma di un perimetro decisionale ben più limitato[47]. Si dovrebbe dire, infatti, che esso riguarda il mero riscontro dei presupposti indicati dai referenti sovranazionali per determinare l'"illegalità" dell'aiuto di Stato; si tratta di un apprezzamento eminentemente tecnico, del tutto vincolato nei propri parametri e, dunque, nei risultati, e che, di fatto, elide qualsiasi possibilità di ponderazione degli interessi sottesi e coinvolti[48]. E questo poiché una tale ponderazione è stata, come detto, operata a monte: l'aiuto che confligga con il diritto europeo si pone in contrasto con il principio dell'effetto utile e, pertanto, la tutela del privato e la certezza del suo diritto divengono sistematicamente interessi recessivi[49].

La conclusione cui si giunge, pertanto, in tema di aiuti di Stato illegalmente concessi è uguale e contraria a quella che dovrebbe maturare applicando i referenti generali del diritto unionale quanto ai provvedimenti di secondo grado. Come visto, infatti, il principio di legittimo affidamento quale limite alla possibilità degli Stati membri di rivedere i propri provvedimenti – ancorché illegittimi – in danno delle legittime aspettative maturate dal destinatario deriva proprio dalla giurisprudenza sovranazionale[50]. Si tratta, peraltro,

pubblica amministrazione, nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 4 settembre 2015, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2016, 564 ss. e G.P. Cirillo, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Foro Amministrativo*, VII-VIII, 2016, 1990 ss.

[46] Si usano ancora le parole della sentenza 13 gennaio 2004, C-453/00.

[47] G. Massari, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, III-IV, 2014, 643 ss., sostiene, infatti, che, presupposta la contrarietà al diritto europeo del provvedimento, in realtà la discrezionalità ne resterebbe del tutto azzerata. In termini F. Santomauro, *Sulla disapplicazione del bando di gara antieuropeo*, in *AmbienteDiritto*, II, 2024, la quale sostiene la necessità di una rivisitazione del sistema impugnatorio in maniera tale da garantire un regime specifico per i provvedimenti generali contrari al diritto UE. Cfr. anche G. Montedoro, *Il regime processuale dell'atto nazionale antieuropeo. I poteri del giudice nel contenzioso implicante l'applicazione del diritto UE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, VI, 2011, 1393 ss., così come pure, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell'"insostenibile leggerezza" del processo impugnatorio)*, *ibidem*, II, 2008, 519 ss.

[48] Primo fra tutti, come detto, quello alla tutela del legittimo affidamento maturato dal beneficiario del contributo.

[49] Cfr. F. Gentili, *Il principio comunitario di cooperazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia C.E.*, in *Il Consiglio di Stato*, 2004, 233 ss. Vedasi anche C. Feliziani, *Il provvedimento amministrativo nazionale in contrasto con il diritto europeo. Profili di natura sostanziale e processuale*, Napoli 2023.

[50] Si tratta di un principio particolarmente risalente, tanto che già la sentenza Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 3 maggio 1978, C-112/77, *Töpfer*, ebbe ad affermare che "*il principio della tutela dell'affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario*". Cfr., *ex multis*, L. Lorello, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998; F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001; S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; D.U. Galetta, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, I, 2005, 39 ss.; M. Renna - F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012; S. Carlucci, *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi pretensivi caratterizzati da un giustificato affidamento*, in *Responsabilità civile e previdenza*, I, 2018, 175 ss.; M. Giavazzi, *Legalità, certezza del diritto e autotutela: riflessioni sulla*

di norma regolatrice dei procedimenti amministrativi nell'ordinamento italiano, laddove, come noto, l'art. 1, comma 1, l. n. 241/1990, afferma che il diritto amministrativo interno è conformato proprio ai principi dell'ordinamento comunitario[51]. Ma, allora, appare ineludibile la conclusione per cui i principi generali dell'ordinamento unionale così generali non sono, finendo invece con l'essere interpretati ed applicati a geometria variabile[52] con pregiudizio intrinseco alla certezza generale del diritto[53].

5. Autonomia procedurale e revisione del provvedimento affetto da illegittimità secondo il diritto europeo.

Le pronunce che affermano l'obbligo di "rivedere" i provvedimenti affetti da illegittimità secondo il diritto europeo, oltre a fare salva – come visto in linea meramente apparente[54] – la discrezionalità dell'autorità procedente, riconoscono e garantiscono altresì l'autonomia procedurale dello Stato membro[55]. Ossia, affermano l'autonomia del procedimento interno (e delle relative regole) come strumento attraverso il quale attuare il diritto europeo, garantendone l'effetto utile in via sussidiaria[56].

Su tali basi, dunque, dovrebbe andare a ricercarsi quale sia il procedimento applicabile a livello interno al fine di realizzare il recupero delle somme indebitamente erogate. E, trattandosi dell'annullamento parziale di un provvedimento illegittimo[57], il riferimento sembrerebbe correre giocoforza all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990. Eppure, come si è visto, la sentenza in commento afferma l'atto di recupero sarebbe in realtà un provvedimento di autotutela vincolata, che viepiù non va soggetto al rispetto del termine

funzionalizzazione dell'annullamento d'ufficio all'effetto utile, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, I, 2020, 154 ss.; N. Di Modugno, *Annullamento d'ufficio, affidamento e termine di dodici mesi*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, I, 2024.

[51] E, inoltre, la Corte costituzionale ha nel tempo chiarito come quello di legittimo affidamento sia un principio oramai pienamente transitato nel diritto interno e che garantisce una tutela qualificata al cittadino nei confronti dell'esercizio del potere da parte della P.A. Cfr., in particolare, Corte costituzionale, 17 dicembre 1985, n. 349, 4 aprile 1990, n. 155, e 10 febbraio 1993, n. 39. In dottrina il riferimento corre a F.G. Scoca, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto amministrativo*, I-II, 2012, 21 ss.

[52] In questi termini P. Otranto, *op. cit.*

[53] La dottrina, peraltro, ha avuto modo di contestare tale conclusione ritenendo che l'autotutela in caso di atti contrari al diritto unionale, per quanto obbligatoria, non si presenterebbe di contro come assolutamente vincolata: vedasi S. Valaguzza, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 2004, 1245 ss., nonché D.U. Galetta, *op. cit.*

[54] Nei termini e con le conseguenze appena lumeggiate al paragrafo che precede.

[55] Così la già citata sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 18 luglio 2007, C-119/05, *Lucchini*.

[56] Autonomia, peraltro, ribadita anche dal giudice nazionale, ove il Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare con chiarezza che "*anche l'applicazione del diritto europeo … deve sottostare alle regole del processo amministrativo*", peraltro ricordando che "*la giurisprudenza nazionale ha ripetutamente affermato che l'applicazione del diritto comunitario debba comunque rispettare le norme processuali dello Stato membro poste a tutela del principio di certezza del diritto (cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2015, n. 540; sez. V, 22 gennaio 2015, n. 272; sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131; sez. V, 7 novembre 2012, n. 5649; specificamente sul giudizio di revocazione: Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2018, n. 2332; sez. V, 17 luglio 2014, n. 3806)*" (così Consiglio di Stato, sez. IV, 9 luglio 2020, n. 4403). Si veda in punto C. Contessa, *Primauté del diritto UE e autonomia processuale degli Stati membri*, in *Giurisprudenza italiana*, VII-IX, 2020, 1839 ss., oltre a M. Mazzamuto, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, V, 2020, 675 ss.

[57] Siccome l'aiuto, nel caso in esame, era stato erogato in eccedenza rispetto al limite fissato dai regolamenti. Evidentemente, in caso di illegittimità *tout court* della sovvenzione, l'annullamento dovrebbe operarsi *in toto*.

generalizzato di dodici mesi entro i quali la P.A. deve intervenire su atti che concedono vantaggi economici al cittadino[58]. Di qui, per conseguenza, la ritenuta inapplicabilità del predetto art. 21-*nonies*, che in realtà non regola, a dire del Consiglio di Stato, questa tipologia di provvedimenti.

La sentenza in commento, tuttavia, non specifica in esito al proprio argomentare quale dovrebbe essere la disposizione di diritto positivo che effettivamente realizza il procedimento di "recupero in autotutela" degli aiuti di Stato illegittimamente erogati da parte della pubblica amministrazione: da un lato – quanto agli esiti – esso interviene come fa tipicamente un procedimento di secondo grado, avendo ad oggetto un precedente provvedimento ed i relativi effetti materiali e giuridici; dall'altro però non si trova applicate le regole tipiche dell'autotutela decisoria. Il grimaldello attraverso il quale introdurre queste regole procedurali *sui generis* pare, allora, essere costituito proprio dall'art. 1, comma 1, della legge fondamentale sul procedimento amministrativo, laddove, come detto, afferma che il procedimento amministrativo è retto (e regolato) anche dai principi dell'ordinamento comunitario. È così che questi principi possono avere ingresso diretto e regolare l'azione della P.A. a livello domestico; se tale ermeneusi giustifica *de iure* le regole procedurali che si sono adombrate, resta però il fatto che il procedimento di "autotutela recuperatoria" permane di incerta disciplina e natura, non essendo espresso se non per il tramite della lettura delle pronunce della Corte di Giustizia (le quali, come visto, affermano però circolarmente l'autonomia procedurale dello Stato membro).

Ciò che sembra emergere dalla distorsione che la necessità di recupero dell'aiuto illegittimo genera sul procedimento di autotutela interno, in altre parole, è l'esistenza di un disallineamento, ove procedura (di recupero) e sostanza (degli interessi contrapposti che necessitano bilanciamento) operano su livelli qualitativamente diversi. Ad essere prevalente, infatti, è la procedura per come disegnata dalla giurisprudenza sovranazionale, anche a discapito della norma interna dello Stato membro[59] posta a tutela di interessi del cittadino, peraltro garantiti proprio in derivazione dei principi tratti dalla giurisprudenza unionale[60]. È pertanto in questi termini che opera la c.d. "autonomia procedurale funzionalizzata", ove di autonomia reale non può parlarsi se non per aspetti meramente formali di procedimento.

6. Possibili conseguenze sulle aspettative di partecipazione al procedimento.

Le conclusioni ora rappresentate sono suscettibili di riverberare inevitabilmente sullo statuto giuridico del cittadino che, inizialmente destinatario del contributo, si vede soggetto alla potestà riduttiva e di recupero della P.A.

Anzitutto, occorre annotare che, tendenzialmente, la giurisprudenza afferma la legittimità della compressione della partecipazione in caso di procedimenti vincolati.

[58] Sul quale, per tutti, si rinvia a R. Caponigro, *op. cit.*, oltre a S. Villamena, *Legittimo affidamento e contratti pubblici. Osservazioni su serietà e pigrizia amministrativa*, in *Gazzetta Amministrativa*, I, 2013, 78 ss.; F. Francario, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Federalismi.it*, XX, 2015.

[59] O, per meglio dire, della relativa – reale – autonomia procedurale.

[60] Si tratta, come detto, del legittimo affidamento: ancora P. Otranto, *op. cit.*

Copiosa casistica vede, infatti, affermata la natura non viziante della omissione di comunicazione *ex* art. 7, l. n. 241/1990 sulla giustificazione – forse più formale che sostanziale – della impossibilità per il destinatario di rendere un contributo utile alla definizione del procedimento stesso[61].

Nondimeno, come altresì notato dai giudici, la funzione partecipativa nell'emersione degli interessi[62] rilevanti non è sostituibile o suscettibile di elisione *ex ante* in via generalizzata. È questo, tuttavia, il risultato pratico che si raggiunge con l'applicazione dal combinato disposto della giurisprudenza eurounitaria e domestica. Se la discrezionalità amministrativa è assorbita – quanto a ponderazione degli interessi – nella mera qualificazione come "illegale" del contributo e, al contempo, la residua autonomia procedurale viene funzionalizzata, trattiamo di un procedimento che, nella sostanza, è vincolato. Dunque, nel suo alveo alcun apporto del destinatario può risultare in una variazione possibile degli esiti decisionali. Proprio in ragione di ciò, allora, forte è il rischio che, nel seguire la linea esegetica delineata, si arrivi a giustificare approdi fortemente limitativi della partecipazione, riducendo il contraddittorio a mero formalismo. O, quantomeno, ad un dialogo muto che non può essere del tutto recuperato in sede giudiziaria[63].

7. Riflessioni conclusive.

Volendo trarre alcune considerazioni conclusive, certamente si può dire che il diritto e la giurisprudenza unionali in materia di recupero degli aiuti di Stato agiscono in maniera dirompente nella disciplina interna sull'autotutela decisoria. Gli assi cartesiani sui quali si muove l'esercizio dei poteri di secondo grado vengono rimodellati dalle proprie fondamenta, non consentendo discrezionalità nell'attivazione del procedimento e, in definitiva, nemmeno con riguardo al relativo contenuto: l'apparente rispetto della disciplina procedurale dello Stato membro, infatti, cede il passo di fronte all'accertamento puntuale della natura illecita del contributo concesso in favore dell'impresa che è operato a livello unionale.

[61] Per tutte, si richiama Consiglio di Stato, sez. VI, 11 maggio 2022, n. 3707, che ricorda a sua volta "*il consolidato orientamento della giurisprudenza secondo il quale l'attività di repressione degli abusi edilizi attraverso l'ordinanza di demolizione, avendo natura vincolata, non necessita della previa comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati (Consiglio di Stato, sez. VI, 13/01/2022, n.233; id., 19/08/2021, n. 5943; id., 30/11/2020, n. 7525), nella misura in cui la partecipazione del privato al procedimento comunque non potrebbe determinare un esito differente*". In dottrina cfr. F. Saitta, *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, ultimo comma, e 21-octies, 2° comma, della legge n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amministrativo - TAR*, VI, 2006, 2295 ss. oltre a F. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2008, 319 ss.

[62] Ad esempio, T.A.R. per il Piemonte, sez. I, 30 giugno 2011, n. 718, richiamata e ribadita da T.A.R. per la Campania, sede di Salerno, sez. II, 11 marzo 2020, n. 361, ha affermato chiaramente che "*La funzione della partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo mediante la prospettazione di osservazioni e controdeduzioni è quella di far emergere gli interessi, anche spiccatamente privati, che sottostanno all'azione amministrativa discrezionale, in modo da orientare correttamente ed esaustivamente la stessa scelta della Pubblica amministrazione mediante una ponderata valutazione di tutti gli interessi, pubblici e privati, in gioco per il raggiungimento della maggiore soddisfazione possibile dell'interesse pubblico; se ciò non comporta che l'Amministrazione sia tenuta ad accogliere le osservazioni del privato, un rilievo invalidante del provvedimento amministrativo deve invece riconoscersi quando sia provato che l'Amministrazione non abbia neppure esaminato le osservazioni e le controdeduzioni formulate dall'interessato a seguito della rituale comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento*". In dottrina vedasi M.C. Cavallaro, *Attività vincolata dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il processo*, 2020.

[63] Ove si possono far valere vizi estrinseci come quelli che riguardano la possibile applicazione del regime *de minimis*, oppure quelli che afferiscono in sé la qualificazione del soggetto destinatario della contribuzione.

L'impressione, allora, è che non solo non si possa parlare di un procedimento di autotutela in senso proprio, ma che probabilmente i poteri di secondo grado non dovrebbero essere richiamati *tout court*. La categoria concettuale, infatti, non risulta utile a inferire una disciplina particolare del procedimento amministrativo conseguente all'intervenuto accertamento da parte degli organi sovranazionali dell'obbligo di operare il recupero delle somme. La stessa pronuncia in commento, infatti, pur negando l'applicabilità dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, non indica quale sia la norma specifica da invocarsi, prendendo a riferimento diretto la sentenza della Corte di Giustizia[64]. Forse, allora, sarebbe preferibile che fosse direttamente il legislatore a fare chiarezza, introducendo, come fatto ad esempio in diversa casistica nel diritto tributario[65], un procedimento di autotutela obbligatoria *ad hoc*[66]. In questo modo si avrebbe chiarezza sul rapporto tra decisione degli organi di Bruxelles o dei giudici di Lussemburgo e azione delle amministrazioni domestiche, garantendo l'effettivo dispiegarsi di tutele procedimentali minime che debbono comunque esistere a prescindere dalla natura sostanziale della pretesa azionata dai pubblici poteri. E questo poiché la necessità di tutelare l'equità del mercato concorrenziale non può dirsi in senso assoluto sempre prevalente rispetto all'interesse del cittadino[67] o della collettività dello Stato membro.

Giacomo Biasutti

[64] Che, allora, in questi termini più che in altri diviene fonte in cui reperire enunciati prescrittivi vincolanti tanto per le amministrazioni degli Stati membri quanto per i relativi organi giurisdizionali; cfr. M. Dawson - B. De Witte - E. Muir, *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham, 2013, E. Cannizzaro, *Rinvio pregiudiziale e Corti costituzionali nazionali*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, vol. II, 2014, 819 ss.; A. Adinolfi, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dinanzi ai principi generali codificati, relazione al XXIII convegno annuale della SIDI, Ferrara, 6-8 giugno 2018*, in A. Annoni - S. Forlati - F. Salerno (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2019, 553 ss.; P. De Pasquale, *I formanti del processo di integrazione europea: il ruolo della Corte di giustizia*, in *DPCE online – numero speciale*, 2021; S. Hindelang, *Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU law: the CJEU's judgment in Achmea put in perspective*, in *European Law Review*, III, 2019, 383 ss.; S. Barbieri, *Il rinvio pregiudiziale tra giudici ordinari e Corte costituzionale. La ragione del conflitto*, Napoli, 2023.

[65] Ci si riferisce all'art. 10-*quater*, l. n. 212/2000. La Corte costituzionale, peraltro, ha ritenuto nella materia *de qua* come fosse appannaggio del legislatore ordinario la decisione se prevedere o meno un obbligo giuridico a carico dell'amministrazione di agire in autotutela, cfr. 13 luglio 2017, n. 181.

[66] Vedasi in merito, senza pretesa di esaustività, G. Piva, *L'autotutela tributaria dopo l'intervento della Corte costituzionale: fossile giuridico o strumento ancora attuale di tutela azionabile dal contribuente?*, in *Bollettino tributario*, III, 2019, 235 ss. P. Barbarino, *L'autotutela tributaria tra il rilevane interesse generale e la ricerca della "giusta imposizione"*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, I, 2020, 196 ss. e C. Sallustio, *Limiti e peculiarità dell'autotutela obbligatoria in tema di sanzioni amministrative tributarie*, in *Diritto tributario – supplemento online*, 4 febbraio 2025.

[67] Posto che, peraltro, tali medesime posizioni giuridiche trovano protezione nella Carte di Nizza, che garantisce i diritti fondamentali dei cittadini anche nei confronti delle amministrazioni europee. Cfr. D.U. Galetta, *Le garanzie procedimentali dopo la legge 15/2005: considerazioni sulla compatibilità comunitaria dell'art. 21 octies L. 241/90, anche alla luce della previsione ex art. 41 della Carta dei diritti UE*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Le riforme della legge 7 agosto 1990, n. 241, tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 319 ss.

4. La Corte costituzionale definisce i limiti dell'annullamento d'ufficio (nota a prima lettura a Corte costituzionale 26 giugno 2025 n. 88)

Sommario: 1. Premessa. – **2.** L'insussistenza del contrasto con gli artt. 3 e 9 Cost. – **3.** L'importanza del fattore "tempo" per la sicurezza giuridica e i limiti delle eccezioni alla tutela del legittimo affidamento. – **4.** L'insussistenza del contrasto con l'art. 97 Cost. – **5.** Conclusioni.

1. Premessa.

Con la sentenza n. 88 del 26 giugno scorso la Corte costituzionale è intervenuta sulla delicata questione dei limiti temporali massimi ("fissi") stabiliti dall'art. 21-*novies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 s.m.i. per l'esercizio del potere amministrativo di autoannullamento[1] dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici.

La questione sottoposta al vaglio della Corte[2] investiva la compatibilità costituzionale del limite massimo di dodici mesi[3] per l'esercizio del suddetto potere di autotutela (anche) in relazione a provvedimenti incidenti su interessi c.d. sensibili e di rango costituzionale: nella specie, la controversia traeva origine dall'annullamento (dopo sei anni) di un attestato di libera circolazione di un dipinto che, solo quattro anni dopo il rilascio, si era rivelato opera del Vasari.

2. L'insussistenza del contrasto con gli artt. 3 e 9 Cost.

Dopo aver dichiarato l'inammissibilità dell'eccezione di l.c. sollevata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. (per dedotto contrasto con gli obblighi internazionali in relazione agli artt. 1, lettere *b*) e *d*), e 5, lettere *a*) e *c*), della Convenzione di Faro sul valore del patrimonio culturale[4]), la Consulta ha ritenuto l'insussistenza

[1] Fra i tanti, si rinvia a F. Benvenuti, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, 537 ss.; E. Cannada Bartoli, voce *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, 484 ss.

[2] Dal Cons. Stato, sez. VI, 16 ottobre 2024, n. 8296, con nota di F. Campolo, *Attestato di libera circolazione di un bene culturale e potere di autotutela. Dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 21 nonies, c. 1, l. 241/1990*, in questa *Rivista*, 25 febbraio 2025.

[3] Il termine è stato ridotto da diciotto a dodici mesi dall'art. 63, comma 1, d.l. 31 maggio 2021, n. 77 ("*Governance* del piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure"), convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108.

[4] Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società, firmata a Faro il 27 ottobre 2005 e ratificata dall'Italia con l. 1° ottobre 2020, n. 133.

del denunciato contrasto con gli artt. 3, primo comma, e 9, primo e secondo comma, Cost., giustificando la ragionevolezza e la non reprensibilità dei limiti temporali "fissi" posti dall'art. 21-*novies* nel suo complesso, e, dunque, anche con riguardo agli atti incidenti su interessi di "valore primario" (nella specie, quello culturale), in ragione della diversa consistenza che tali interessi – pur di rilievo costituzionale e oggetto di specifica attenzione nel procedimento di primo grado (tanto da escludere o rendere più gravosa l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso) – assumono nel procedimento di riesame. La sentenza sottolinea, infatti, che, in sede di secondo grado, essi "si confrontano con interessi ulteriori, non solo di natura privata, ma anche pubblica", perché, nel valutare l'*an* dell'annullamento, l'organo competente, oltre a prendere in considerazione l'interesse pubblico primario tutelato dal provvedimento invalido, "deve soppesare anche quelli, sempre di natura pubblica, al ripristino della legalità (che spesso trova coincidenza con l'interesse del controinteressato pregiudicato dal provvedimento emesso in favore di altri) e alla certezza delle relazioni giuridiche, nonché la posizione, di natura privata, di affidamento del destinatario della determinazione favorevole" (si richiama, a tale proposito, la sentenza n. 181 del 2017 in tema di autotutela tributaria).

Nel ricordare che, comunque, l'interesse sensibile incide sul profilo motivazionale e che il legislatore ha previsto apposite cautele nel caso in cui le più lunghe tempistiche dell'accertamento dell'illegittimità siano state determinate dall'interessato attraverso le falsificazioni di cui al comma 2-*bis*, la Corte rimarca, quindi, che, in quest'ottica, il legislatore, nel legittimo esercizio della sua discrezionalità, ha ritenuto che, "alla decorrenza del periodo annuale (salvo il ricorrere della suddetta eccezione), l'amministrazione esaurisca i margini per una ulteriore tutela dell'interesse pubblico primario e di conseguenza diventi irretrattabile il provvedimento di primo grado, ferme restando «le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo» (art. 21-*nonies*, comma 1, ultimo periodo)". La Consulta evidenzia, inoltre, che tale modello "risponde ragionevolmente alla scelta che, al fluire di un congruo tempo predeterminato, abbiano automatica prevalenza altri interessi di rilievo costituzionale. In particolare, dunque, sia la posizione di "matrice individuale" dell'affidamento del destinatario del provvedimento favorevole, sia simultaneamente l'interesse di "matrice collettiva" alla certezza e alla stabilità dei rapporti giuridici pubblici". Si ricorda, infatti, che la previsione di una scadenza rigidamente prestabilita risponde all'esigenza di tenere "in considerazione la fiducia sui "titoli pubblici" dei destinatari e dei terzi, non ultimi degli investitori stranieri e degli operatori del libero mercato europeo, negativamente incisi «dall'incertezza giuridica delle procedure amministrative» (considerando n. 43 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, cosiddetta direttiva «Bolkestein»)" e che "la giurisprudenza costituzionale è costante nell'affermare che la tutela dell'affidamento è «ricaduta e declinazione "soggettiva"» della certezza del diritto, la quale, a propria volta, integra un «elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto», connaturato sia all'ordinamento nazionale, sia al sistema giuridico sovranazionale (sentenze n. 36 del 2025, n. 70 del 2024 e n. 210 del 2021)" .

3. L'importanza del fattore "tempo" per la sicurezza giuridica e i limiti delle eccezioni alla tutela del legittimo affidamento.

Il Giudice delle leggi coglie, invero, opportunamente, l'occasione per porre in risalto l'importanza del fattore "tempo" per la sicurezza giuridica[5] e per sottolineare che l'esigenza di irretrattabilità del provvedimento amministrativo ampliativo oltre un tempo definito trascende il rapporto tra amministrazione e amministrato, in quanto il "titolo pubblico" condiziona fortemente le relazioni giuridiche intrattenute successivamente con i terzi, anche per la circolazione del bene, mentre l'inoperatività del limite temporale indicato dal legislatore potrebbe determinare una situazione di incertezza nella vita dei cittadini e delle imprese idonea a incidere negativamente, in un'ottica più complessiva, sull'affidabilità del "sistema Paese".

Si richiamano, a questo riguardo, le considerazioni svolte dalla Commissione consultiva speciale istituita presso il Consiglio di Stato per i decreti di attuazione della legge 7 agosto 2015 n. 124 nel parere n. 839 del 2016 (sullo schema del d.lgs. 30 giugno 2016, n. 126: "SCIA 1"), inspiegabilmente obliterato (salve rare eccezioni[6]) fino a epoca recentissima dagli stessi giudici amministrativi, laddove metteva in luce che la novella legislativa era espressione di un "nuovo paradigma"[7] nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione "nel quadro di una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e della certezza", in nome dei quali il legislatore aveva fissato "termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, valorizzando il principio di affidamento", costruendo una nuova "regola generale", "speculare – nella *ratio* e negli effetti – a quella dell'inoppugnabilità, ma creata, a differenza di quest'ultima, in considerazione delle esigenze del cittadino (…)"[8]. Il parere aveva peraltro espressamente sottolineato che tale "regola generale" doveva applicarsi anche ai provvedimenti che non sono formalmente definiti di annullamento, stigmatizzando il fatto che "alcune disposizioni utilizzano infatti, impropriamente, i termini "revoca", "risoluzione", "decadenza" (dai benefici) o simili per indicare, oltre all'abusivo utilizzo del titolo, la reazione dell'ordinamento all'illegittimo conseguimento [dello stesso], utilizzando forme che sono state definite di "annullamento travestito" (cfr. § 1.3.2 del parere n. 1784 del 2016 sullo schema del d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222: "SCIA 2").

Tra i passaggi importanti della sentenza n. 88 meritano specifica attenzione quel-

[5] Su cui cfr. gli *Atti* delle *Giornate di studio sulla giustizia amministrativa* di Modanella su *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, raccolti nel volume a cura di F. Francario e M.A. Sandulli, Napoli, 2018.

[6] Si v., ad es., T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 2 luglio 2018, n. 1637.

[7] Si v. anche L. Carbone, *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, relazione al convegno "La legge generale sul procedimento amministrativo: attualità e prospettive nei rapporti tra cittadino e p.a." – Roma, Palazzo Spada, 20 marzo 2017, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[8] Si v. anche M. Macchia, *La riforma della pubblica amministrazione - Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 5, 634. Per un approfondimento, si v. anche M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018.

lo che esclude la "decorrenza mobile" del termine (che il legislatore, come già chiarito dal menzionato parere del Consiglio di Stato, lega inequivocabilmente all'adozione del provvedimento), e che, come ribadito dalla Corte "si spiega con la ragione che non può la negligenza dell'amministrazione procedente tradursi nel suo vantaggio di differire continuamente il *dies a quo* per l'esercizio della potestà di annullamento (tra le altre, Consiglio di Stato, sentenze n. 7134 e n. 1926 del 2024)", e quello relativo alla portata delle eccezioni all'applicazione del suddetto limite, in ragione dell'inconfigurabilità di un legittimo affidamento, nei casi previsti dal comma 2-*bis* dell'art. 21-*novies* e fino a pochi mesi fa strumentalmente utilizzati da larga parte della giurisprudenza per escludere l'operatività del limite anche in presenza di meri errori di diritto[9]. Dopo aver ricordato che la riferita eccezione è interpretata dal giudice amministrativo – sulla base del dato testuale costituito dalla disgiunzione "o" e di un argomento teleologico – nel senso che il termine finale non opera tutte le volte in cui si riscontri che il contrasto tra la fattispecie rappresentata e la fattispecie reale sia rimproverabile all'interessato, tanto se determinato da dichiarazioni false o mendaci la cui difformità, se frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante, dovrà scontare l'accertamento definitivo in sede penale, quanto se determinato da una falsa rappresentazione della realtà di fatto, accertata inequivocabilmente dall'amministrazione con i propri mezzi (da ultimo, Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenze 7 maggio 2025, n. 3876 e 14 agosto 2024, n. 7134; sezione sesta, sentenza 27 febbraio 2024, n. 1926)", la Corte ha precisato che "anche in tale caso, infatti, l'erroneità dei presupposti per il rilascio del provvedimento amministrativo non è imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'amministrazione, ma esclusivamente alla parte che ha fornito una falsa descrizione della realtà fattuale, oggettivamente verificabile e non opinabile"[10]. È auspicabile, quindi, che quest'ultima precisazione ponga fine all'ingiusta equiparazione dell'erronea applicazione/interpretazione del quadro normativo (sulla cui oggettiva complessità e incertezza la stessa Consulta ha fondato la giustificazione di limiti alla responsabilità amministrativo-contabile: sentenza n. 132 del 2024) alla "falsa rappresentazione della realtà", che, come già chiarito dalla menzionata Commissione speciale del Consiglio di Stato (anche nel successivo parere sul d.lgs. "SCIA 2"), deve essere invece coerentemente valutata sulla base dell'oggettivo rapporto vero/falso[11], siccome, del resto, puntualizzato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con riferimento alle dichiarazioni rese nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici[12].

[9] Sul tema si v., da ultimo, anche per ulteriori richiami, M.A. Sandulli, *Principio di legalità e magistratura amministrativa*, in *Riv. giur. ed.*, 2025, 2, 37 ss.

[10] Sul tema, si v. anche M.A. Sandulli - G. Strazza, *L'autotutela tra vecchie e nuove incertezze: l'Adunanza Plenaria rilegge il testo originario dell'art. 21*-nonies, l. n. 241 del 1990, in S. Toschei (a cura di), *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato*, Roma, 2019, 261.

[11] Si v. *infra*.

[12] Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16, specie §10, con nota di G.A. Giuffrè e G. Strazza, *L'Adunanza plenaria e il tentativo di distinguo (oltre che di specificazione dei rapporti) tra falsità, omissioni, reticenze e "mezze verità" nelle dichiarazioni di gara*, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 5, 1343 ss. e di C. Napolitano, *La dichiarazione falsa, omessa o reticente secondo l'Adunanza Plenaria*, in questa *Rivista*, 8 ottobre 2020.

4. L'insussistenza del contrasto con l'art. 97 Cost.

Le ultime considerazioni della sentenza investono il dedotto contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione, sancito dall'art. 97, comma 2, Cost., che la Corte esclude, rilevando come, all'opposto, il limite temporale del potere di autotutela (già individuato come strumento volto, sia pure indirettamente, ad accrescere l'efficienza dell'azione amministrativa: sentenze n. 258 del 2022 e n. 191 del 2005) possa migliorare la qualità del processo decisionale di primo grado, inducendo gli organi competenti a svolgere, in quella sede, una più attenta valutazione e ponderazione degli interessi.

5. Conclusioni.

In definitiva, la pronuncia in esame, pur respingendo le dedotte eccezioni di incostituzionalità, merita massima attenzione, perché fissa importanti punti fermi su un istituto centrale per il sistema amministrativo e per la fiducia nelle istituzioni pubbliche, aiutando a dare risposta agli interrogativi posti dal Consiglio di Stato nei già richiamati pareri "SCIA 1" e "SCIA 2" e lasciati irrisolti dal Governo.

In particolare, nel secondo parere (al §1.3.1), la Commissione aveva espressamente segnalato che nel nuovo schema di decreto legislativo restavano aperte alcune questioni di raccordo già evidenziate al punto 8.3 del precedente parere n. 839, tra cui quelle

"– se il limite temporale massimo di cui all'art. 21-*nonies* debba applicarsi anche all'intervento in caso di sanzioni per dichiarazioni mendaci *ex* art. 21, comma 1 (unica norma residua dopo l'abrogazione del comma 2), ovvero se l'art. 21 debba considerarsi come un'ulteriore deroga a tale limite, aggiuntiva rispetto a quella prevista al comma 2-*bis* dello stesso art. 21-*nonies*. In tale seconda ipotesi dovrebbero, però, essere specificati quali siano i poteri ulteriori esercitabili *ex* art. 21, comma 1, rispetto a quelli di intervento *ex post* alle condizioni dell'art. 21-*nonies*, posto che entrambe le norme sembrano riferirsi, nel caso di SCIA, all'accertamento della mancanza o della 'falsità' dei requisiti, su cui fondare i più volte richiamati poteri inibitori, repressivi o conformativi;

– quale sia la esatta delimitazione della (unica) fattispecie di deroga ai 18 mesi prevista dall'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis* (ad esempio, se tra le "false rappresentazioni dei fatti" in deroga ai 18 mesi rientri anche la difettosa indicazione del sistema normativo di riferimento; ovvero se si possa aggiungere la possibilità di superare i 18 mesi, al di là delle condanne penali passate in giudicato, in tutti i casi in cui il falso è immediatamente evincibile dal contrasto con pubblici registri, come nel caso di percezione di pensione a nome di persona defunta; ovvero ancora quale sia l'esatta portata del riferimento alle "sanzioni penali, nonché" alle "sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 445 del 2000", che più d'uno tra i primi commentatori ha considerato come il frutto di un errore di *drafting*)".

In modo significativo, alla luce dei dubbi sollevati dai primi interpreti sulla portata della richiamata disgiuntiva "o" del comma 2-*bis*, la Commissione individuava, quindi, correttamente come unica potenziale ipotesi di "falsa rappresentazione della realtà" quella oggettivamente riscontrabile da dati certi (come i pubblici registri), invitando – purtroppo invano – "nuovamente il Governo a considerare, prima della scadenza della delega, una soluzione sul punto, per

prevenire sicure incertezze e contenzioso in sede applicativa della riforma".

La sentenza in esame ha ormai sicuramente risolto quest'ultima questione. Si auspica, peraltro, che la linea da essa tracciata induca il legislatore a una soluzione coerente anche della prima[13].

GIORDANA STRAZZA

[13] Sulle tematiche sopra esposte e sull'esigenza di certezza sulla stabilità dei titoli, si v., per tutti, anche per ulteriori richiami, i contributi di C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio (sub art. 21-nonies)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, II ed., 2017, 1173 ss.; E. BOSCOLO, *Il potere di vigilanza sulle attività soggette a s.c.i.a. (già d.i.a.) e silenzio assenso (sub art. 21)*, ivi, 987 ss.; W. GIULIETTI e N. PAOLANTONIO, *La segnalazione certificata di inizio attività (sub art. 19)*, *ivi*, 902 ss. e di G. MARI, M.A. SANDULLI, M. SINISI, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, IV ed., 2023.

5. Medesimo potere, medesima funzione o nessuna delle due?

Riflessioni sull'annullamento d'ufficio come strumento di tutela (nota a Corte Costituzionale, 26 giugno 2025, n. 88)*

Sommario: 1. Le diverse tesi circa il fondamento del potere di annullamento d'ufficio. – **2.** Il dibattito successivo alla riforma portata nel 2005 alla legge generale sul procedimento. – **3.** La nozione assunta di potere giuridico. – **4.** Impossibilità d'identificare il potere di annullamento d'ufficio con il potere esercitato nel primo grado di azione amministrativa, ove si muova da una concezione di annullamento inteso come figura complessa di carattere ricostruttivo del regime giuridico demolito dall'attività amministrativa. – **5.** Impossibilità di identificare il potere di annullamento d'ufficio con il potere esercitato nel primo grado di azione amministrativo, ove si muova da una concezione di annullamento inteso come strumento idoneo a rimuovere la qualità di atto giuridico dal provvedimento annullato. – **6.** Esame dell'ipotesi per cui l'annullamento d'ufficio e l'atto annullato sarebbero accomunati da un'identità di funzione. – **7.** Le tesi risalenti a favore del carattere vincolato dell'annullamento d'ufficio. – **8.** Maggiore ampiezza della funzione esercitata in sede di annullamento d'ufficio rispetto a quella esercitata con l'atto amministrativo di primo grado. Carattere innominato dell'annullamento d'ufficio e impossibilità d'identificare la funzione del medesimo annullamento con la funzione a cui soggiace l'atto da annullare. – **9.** L'annullamento d'ufficio come strumento di protezione di interessi privi di tutela giurisdizionale verso i vantaggi competitivi riconosciuti da un provvedimento amministrativo illegittimo per vizio della funzione. Rilievi sulla costituzionalità della disciplina legislativa dell'istituto.

1. Le diverse tesi circa il fondamento del potere di annullamento d'ufficio.

La sentenza 26 giugno 2025, n. 88, della Corte costituzionale s'interroga sulla possibilità di riferire il termine per esercitare l'annullamento d'ufficio al caso in cui vengano in rilievo interessi pubblici di particolare consistenza, come sono quelli relativi alla conservazione del patrimonio culturale, escludendo che questo, nel caso concreto, possa sussistere[1].

In questa sede, si prende spunto dalla sentenza per soffermarsi su un suo passaggio che pare interessante da un punto di vista sistematico.

Riferisce, infatti, la pronuncia: «Il riesame del provvedimento, pur mosso da ragioni

* È dovuto un ringraziamento a Giancarlo Capelli e a Antonio Cassatella per gli utili spunti alla formazione di questo studio che sono derivati dal confronto con loro.

[1] Già si riscontrano, a tale riguardo, i primi commenti: G. Strazza, *La Corte costituzionale definisce i limiti dell'annullamento d'ufficio (nota a prima lettura a Corte costituzionale 26 giugno 2025 n. 88)*, in *giustiziainsieme.it*, 2025.

di legittimità, non costituisce espressione di quel potere già esercitato, bensì di un altro potere riconosciuto in via generale all'amministrazione, quello dell'annullamento d'ufficio».

Viene, in tal modo, ripreso un tema che era assai dibattuto prima della riforma del 2005 alla legge generale sul procedimento, la quale, disciplinando per la prima volta l'istituto, ha esplicitamente previsto il potere delle autorità amministrative di autoannullare i propri atti.

A partire da quella riforma, non è più discutibile, pertanto, che tale potere spetti agli enti pubblici (se mai fosse stato messo in dubbio).

Prima di allora e nel silenzio della legge, invece, se ne cercava un fondamento implicito, che veniva sostenuto sulla scorta di diverse impostazioni.

A suo tempo, Nicola Bassi[2] ha reso un'accurata ricostruzione del dibattito, riferendo come si siano contrapposti, in materia, due principali schieramenti.

Il primo era quello che riconduceva il potere di annullamento d'ufficio al più generale istituto della c.d. *autotutela* amministrativa, quale insieme di strumenti che consentirebbero all'amministrazione di attivarsi nell'esercizio di poteri autoritativi, anche quando essi non fossero previsti in modo esplicito dalla legge[3].

La categoria dell'autotutela, tuttavia, è piuttosto equivoca e raggruppa in sé fenomeni eterogenei, sì che la sua stessa attitudine di giustificare l'esistenza di poteri amministrativi impliciti non è, forse, sempre persuasiva.

In ispecie, se, per autotutela, s'intendesse quella congerie di rimedi che, in determinate circostanze, consentono all'autorità amministrativa di «farsi giustizia da sé»[4], senza avere la necessità di rivolgersi all'intervento dell'autorità giudiziaria, allora pare lecito ricondurre alla stessa categoria il fenomeno della c.d. esecutorietà degli atti amministrativi, i poteri di polizia demaniale o la possibilità di emettere ingiunzioni di pagamento capaci di valere, di per sé, quale titolo esecutivo, pur senza essere *asseverati* dal giudice.

Pare meno scontato, invece, che costituisca una vera e propria forma di autotutela (decisoria) l'ipotesi in cui l'amministrazione caduchi un proprio atto, evidentemente sul presupposto che esso possa danneggiarla.

Tanto più appare difficile sostenere tale asserzione, se si considera che il giudice che verrebbe a essere in tal modo sostituito e superato dall'autoannullamento, inteso come forma di autotutela, sarebbe il giudice amministrativo[5].

Davanti a quel giudice, infatti, le pubbliche amministrazioni non possono impugna-

[2] N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 379, s. Una non meno accurata ricostruzione dell'istituto, tuttavia, è stata fornita anche da M. Allena, *Potere pubblico e autotutela amministrativa - I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2018, 15 s.

[3] È scontato il richiamo a F. Benvenuti, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 453. In tempi più recenti, il tema è stato ripreso, seguendo la medesima prospettiva, da M. Silvestri, *Potere pubblico e autotutela amministrativa. I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2021.

[4] G. Licugnana, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, 37, ha tuttavia proposto, in tempi più recenti, una nozione di autotutela leggermente diverso, alla stregua di un potere per la risoluzione di un conflitto, avente ad oggetto un interesse giuridicamente rilevante, da parte dello stesso titolare di quell'interesse.

[5] Il problema è stato colto anche da M. Allena, *Potere pubblico*, cit., 16 s., ancorché l'A. arrivi a conclusioni contrarie a quelle qui esposte, giacché ne inverte, se ben si è inteso, lo stesso ragionamento sottostante: poiché l'autorità amministrativa non può rivolgersi al giudice, allora le deve essere riconosciuto il potere di autoannullare i propri atti.

re i propri provvedimenti[6]. Nell'autoannullamento, pertanto, non ricorrerebbe nessuno strumento utile a farsi giustizia in sostituzione dell'ordinario rimedio giurisdizionale, perché, a rigore, neppure sussisterebbe l'ipotesi alternativa che si vorrebbe, appunto, superare. Mancando la sostitutività dello strumento, pertanto, non sarebbe neppure possibile parlare di autotutela in senso proprio[7].

Il secondo schieramento posto a fondamento del potere di autoannullamento, invece, era quello che fondava il potere di annullamento su un'esigenza di tutela degli interessi affidati alle cure della pubblica amministrazione[8].

A ben vedere, però, anche questa seconda prospettiva non era, forse, del tutto convincente.

La medesima, infatti, pur essendo utile a dimostrare le ragioni dell'atto di secondo grado, non giustificava, in assenza di una norma di legge che lo prevedesse, l'attribuzione del potere.

Adducere inconveniens non est solvere argumentum ed è difficile sostenere che, una volta che la legge abbia affidato un dato interesse alle cure dell'autorità amministrativa, questo debba comportare anche l'attribuzione di tutti gli strumenti necessari a raggiungerlo.

Tanto più questa conclusione sembrava problematica, proprio perché chi sostenne la medesima tesi fu del tutto esplicito nell'affermare che il potere di autoannullamento andrebbe tenuto distinto dal potere esercitato con l'atto di primo grado[9].

Vi è stata, per la verità, anche una terza impostazione, alla quale lo stesso N. Bassi sembra avere aderito e che, appunto, giustificava l'esistenza del potere di autoannullamento identificandolo nello stesso potere esercitato con l'atto da annullarsi[10].

L'attribuzione del potere di emanare il provvedimento di espropriazione per pubblica utilità implicherebbe, secondo questa tesi, anche l'attribuzione del potere di farlo venire meno. Il potere sarebbe il medesi-

[6] Con l'eccezione, forse, del caso in cui l'autorità amministrativa intenda eccepire la nullità di un proprio provvedimento, secondo quanto previsto dall'art. 31, u.c., c.p.a., e ove si voglia ravvisare in tale eccezione una sorta di sostanziale domanda giudiziale. Si consideri, in ogni caso, anche l'art. 33, comma 2, del testo unico del 1924, secondo il quale «Col preventivo assenso scritto di coloro ai quali il provvedimento direttamente si riferisce, può invece provocare la decisione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. Ma se essi si rifiutino, si intenderà che vi abbiano rinunziato» (abrogato dal codice del 2010), a cui ha dava esecuzione l'art. 5 del regolamento del 1907 («Ove, entro trenta giorni da quello della notificazione dell'invito che sia stato fatto all'interessato, a termini dell'art. 25 11 della legge, questi non risponda all'autorità che ne ha promosso il consenso, s'intende che egli abbia rinunziato al diritto di ricorrere alla sezione giurisdizionale competente. Qualora l'interessato dichiari di accettare che l'affare sia deferito alla decisione della sezione predetta, l'autorità, entro trenta giorni dopo tale dichiarazione, invia gli atti alla segreteria della sezione stessa, dandone comunicazione agli interessati in forma amministrativa. Nel termine di altri trenta giorni dopo pervenuti gli atti alla segreteria, le parti possono presentare istanze, memorie e documenti»).

[7] Questo si può sostenere, nonostante la stessa legge sul procedimento riconduca espressamente l'annullamento d'ufficio al genere dell'autotutela. Così, all'art. 14-*quater*, co. 2 («Le amministrazioni i cui atti sono sostituiti dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza possono sollecitare con congrua motivazione l'amministrazione procedente ad assumere, previa indizione di una nuova conferenza, determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21-*nonies*. Possono altresì sollecitarla, purché abbiano partecipato, anche per il tramite del rappresentante di cui ai commi 4 e 5 dell'articolo 14-*ter*, alla conferenza di servizi o si siano espresse nei termini, ad assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21-*quinquies*») e all'art. 20, co. 3 («Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*»). Ancora una volta, le classificazioni operate dal legislatore non possono essere ritenute vincolanti per l'interprete.

[8] S. Romano - G. Miele, voce *Annullamento degli atti amministrativi*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 1, Torino, 1957, 644.

[9] S. Romano - G. Miele, voce *Annullamento*, cit., 642.

[10] G. Coraggio, *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. giur.*, 1988, II, 4; A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, 83, ma, a ben vedere, anche la prevalente manualistica.

mo, ancorché esercitato in un verso opposto, facendo venire meno tutto ciò che l'atto di primo grado ha costituito.

2. Il dibattito successivo alla riforma portata nel 2005 alla legge generale sul procedimento.

Dopo l'introduzione, nel 2005, dell'art. 21-*nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, in ogni caso, il problema del fondamento del potere di autoannullamento è sembrato superato[11]. Non vi è stata più la necessità di reperirne la fonte, perché il potere di autoannullare gli atti amministrativi, finalmente, è stato positivamente previsto dalla legge.

Che si tratti del medesimo potere, di un potere diverso o di una espressione del principio generale di autotutela, la questione della sua titolarità sembrerebbe essere diventata, in tal modo, secondaria.

Per questi motivi, a partire da quella riforma, il dibattito si è orientato verso altri temi e, più specificamente, verso quelli inerenti all'individuazione dei limiti, funzionali e cronologici, relativi all'esercizio del potere di annullamento di ufficio[12].

Viceversa, se il problema dell'attribuzione del potere di intervenire in secondo grado è talora riemerso, questo è avvenuto in modo quasi tangente e con riguardo al collegato, ma distinto, tema della c.d. «inesauribilità del potere»[13].

In tal senso, però, non si è più discusso circa la norma idonea a conferire il potere di autoannullare e circa l'essenza del potere stesso. L'indagine, piuttosto, si è orientata verso l'esistenza di una diversa norma o di diversi presupposti[14] che, a far data da un certo momento, lo possano estinguere.

Oggi, tuttavia, il vecchio problema dell'identificazione del potere di annullamento riemerge nel passaggio che si è citato della sentenza della Corte, la quale è ben ferma nel tenere distinto quel medesimo potere da quello esercitato con l'atto annullato.

Se ne trae, qui, spunto, perché tornare sul tema, sia pure con alcune riflessioni so-

[11] R. Chieppa, voce *Provvedimenti di secondo grado*, in *Enc. dir. Ann.*, II -2, Milano, 2008, 914, s. Secondo M. Trimarchi, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 358, anzi, l'esplicita previsione dei provvedimenti di revoca e annullamento, contenuta nella legge sul procedimento, è indice di autonomia e distinzione dei poteri esercitati in primo grado.

[12] Ci si permette soprattutto, di segnalare, tra i molti, gli studi di C. Napolitano, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, in *Foro amm. – CdS.*, 2012, 2946 s.; G. Manfredi, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e app.*, 2016, 5 s; C. P. Santacroce, *Annullamento d'ufficio e tutela dell'affidamento dopo la legge n. 124 del 2015*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 1145, s.; Id. *Tempo e potere di riesame: l'insofferenza del giudice amministrativo alle «briglie» del legislatore*, in *federalismi.it*, 2018.

[13] M. Trimarchi, *L'inesauribilità. del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 145 s. 199 s. Il tema, peraltro, è stato affrontato dallo stesso A. anche nel saggio *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 2017, 192 s.

[14] L'indagine si è arricchita di recente anche grazie agli studi che si sono interessati dei poteri di secondo grado diversi dall'annullamento e, in particolare, del potere di riforma, la cui titolarità (benché sia agevole sostenere che vada identificata nel potere esercitato in primo grado, giacché la modificazione dei suoi effetti sembra esserne effettiva esplicazione) sembrerebbe essere ostacolata, secondo una certa prospettiva, dagli effetti preclusivi dell'atto di primo grado alla riedizione del potere (questo, a sua volta, in ragione della impossibilità di riconoscere all'amministrazione una funzione abrogativa dei propri atti analoga a quella che riguarda gli atti normativi. Pertanto, la riforma presupporrebbe un annullamento degli effetti prodotti con l'atto di primo grado e solo in seguito a questa operazione, definita «complessa» il potere potrebbe tornare ad essere esercitato. V., così, N. Berti, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino, 2022, 165 s.; Id., *Riforma e modificazione del provvedimento amministrativo*, in *Dialoghi di diritto amministrativo lavori del laboratorio di diritto amministrativo 2022-2023*, a cura di F. Aperio Bella - A. Carbone - E. Zampetti, Roma, 2024, 80.

lo impressionistiche, non è forse una mera questione di puntiglio.

In effetti, la definizione di qual sia il potere di annullamento non si limita, forse, ai soli rapporti che corrono tra detta misura e il principio di tipicità dei provvedimenti (così come il problema si era originariamente posto), potendo giustificare alcune conseguenze ulteriori, e sistematiche, persino sul rapporto tra il cittadino e l'autorità.

3. La nozione assunta di potere giuridico.

Per cercare di comprendere se vi sia identità tra il potere di annullamento e il potere esercitato con l'atto da annullarsi, qui si propone, dunque, di seguire un percorso, per così dire, *strutturale*, muovendo da una preliminare nozione di *potere*, che s'intende assumere per presupposta.

Si vuole, così, seguirne la definizione classica, quale fu offerta, tra gli altri, da Giovanni Miele[15], secondo cui il potere è la forza di produrre o di concorrere a produrre effetti giuridici.

Come tale, secondo una prospettiva che già si è cercato di sostenere in altra sede (alla quale si rimanda per gli opportuni richiami di letteratura[16]), il potere non è di per sé una situazione giuridica soggettiva[17], se per tale s'intende uno strumento di valutazione della conformità o della difformità a legge di un dato comportamento.

Esso, piuttosto, può costituire il *contenuto* di una situazione giuridica soggettiva (sia essa di libertà, sia essa di doverosità) e si risolve in un giudizio, non tanto di conformità a legge di un comportamento (vale a dire di liceità o di illiceità; di legittimità o di illegittimità), quanto sull'esistenza giuridica del medesimo comportamento.

Il potere, infatti, si esercita con una condotta tipica, che è data dall'atto giuridico. In tanto l'atto giuridico può dirsi esistente in quanto chi lo assume abbia il potere di adottarlo. Viceversa, mancando la forza non può venire a costituirsi l'atto. In assenza della titolarità del potere, il suo *esercizio* – più correttamente: il *simulacro* del suo esercizio – si risolve, infatti, in una mera condotta materiale. Detta condotta, quindi, è una mera *apparenza* di atto giuridico e, di per sé, è incapace di essere fonte di qualsiasi effetto.

Se il potere sussistesse, quella condotta materiale ne costituirebbe la *forma* (1325 c.c.); in assenza del potere, essa si risolve in una mera modificazione della realtà fenomenica, in quanto tale irrilevante come fonte di modificazione giuridica.

L'atto giuridico, infatti, è, a sua volta, fonte *diretta* di effetti giuridici (a differenza di quel che in passato veniva definito «fatto giuridico in senso stretto», ma che forse sarebbe più appropriato definire «fattispecie giuridicamente rilevante» o «fattispecie presupposta», che ne è, invece, fonte indiretta, facendo sì che l'atto a cui esso è collegato si attivi nella produzione giuridica[18]).

[15] G. Miele, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, Riv. dir. comm., 1944, 116; G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 45, s. Ma, già prima, E. Garbagnati, *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milano, 1942, 116.

[16] F. Volpe, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 23 s.

[17] *Contra*, però, v. A. Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 13 s. e, nella disciplina amministrativistica, A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo - I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020, soprattutto 57 s.

[18] F. Volpe, *Norme di relazione*, cit., 111 s.

A questi primi rilievi, necessari a impostare le basi da cui ci si muove, può aggiungersi che il potere può assumere varie *intensità*, secondo il distinto modo con cui la forza che esso esprime è in grado di applicarsi.

Queste diverse intensità non rispondono a canoni di teoria generale del diritto; esse rispondono, piuttosto, a quello che la disciplina di diritto positivo è in grado di escogitare.

Accanto a poteri *autoritativi* (nel cui canone rientrano anche quelli che danno luogo al provvedimento amministrativo), capaci di imporsi, con i loro effetti, anche sui terzi, indipendentemente dalla loro volontà e nonostante la loro eventuale opposizione, vi sono poteri *paritari*, in cui la produzione giuridica si verifica solo se due o più distinte forze giuridiche vi collaborino attivamente, in ragione del loro congiunto e coordinato esercizio. In quest'ultima categoria rientra tradizionalmente, dunque, il contratto civilistico o l'accordo di diritto pubblico (art. 11. l. 7 agosto 1990, n. 241).

Ancora, vi sono atti che riescono a produrre effetti unilateralmente sui terzi, ma che si distinguono da quelli autoritativi propriamente detti, perché, pur essendo caratterizzati dalla stessa *forza,* godono, tuttavia, di un minor *valore*, cioè di una minore attitudine a resistere alle sollecitazioni a sé esterne. Anch'essi, dunque, sono in grado di produrre i propri effetti indipendentemente dall'assenso dei loro destinatari, ma i medesimi effetti, pur quando si siano già prodotti, possono venir meno se vi si opponga la semplice volontà contraria del loro destinatario (senza che sia necessario l'intervento di una autorità terza – il giudice – che li caduchi).

Così è, nel diritto civile, per il legatario che volesse rinunciare alla relativa istituzione (art. 649 c.c.).

Altrettanto sembra valere, nel diritto amministrativo, per il c.d. atto amministrativo paritetico. La determinazione dell'indennità di esproprio fa sorgere, in capo al suo destinatario, il diritto al pagamento della somma di denaro, secondo l'ammontare stabilito con la medesima. Ma è sufficiente che l'espropriando vi si opponga (sia pure entro i termini di legge), perché la determinazione perda i propri effetti. Prova ne sia che il connesso giudizio di opposizione alla stima, quale si celebra davanti alla Corte d'appello, non riguarda la validità in sé dell'atto di determinazione dell'indennità, ma concerne l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza del diritto all'indennità e l'accertamento del suo ammontare (che, in astratto, potrebbe risultare anche inferiore a quello precedentemente determinato dall'autorità amministrativa[19]).

Questi, peraltro, sono solo alcuni esempi della diversa intensità del potere. Se ne potrebbero, invero, indicare ulteriori categorie (si pensi, ad esempio, all'aggiudicazione di un appalto, che non produce effetti, se impugnata, fino alla trattazione della domanda cautelare o al caso, non del tutto equiparabile, in cui la contestazione giurisdizionale di un certo atto – come avviene per le sanzioni disciplinari dei Consigli di disciplina forensi o degli Ordini delle pro-

[19] La giurisprudenza ravvisa dei limiti alla possibilità di pervenire a un accertamento dell'indennità secondo un ammontare inferiore a quello indicato nella determinazione amministrativa, ragionando tuttavia, in termini di ultrapetizione: se il giudice accertasse un ammontare inferiore violerebbe il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, perché la domanda dell'opponente è di per sé diretta a ottenere un riconoscimento più favorevole di quanto già assegnatogli. Così, ad esempio, Cass., I., 6 giugno 2019, 15414; Cass., I, 23 maggio 2014, n. 11503. Il che implica che, nel caso in cui il beneficiario dell'espropriazione introducesse una contrapposta domanda riconvenzionale, la possibilità che l'indennità sia inferiore a quella determinata potrebbe concretizzarsi.

fessioni sanitarie o, nei giudizi di responsabilità, per le sentenze di condanna in primo grado della Corte dei conti – non produce effetti in pendenza dell'impugnazione).

In un certo senso, la diversa intensità del potere dipende dalla *fantasia* del legislatore, che può descriverla come gli sembra più congruo.

Il legislatore, tuttavia, non può modificare la nozione di potere in sé, perché, questa sì, è una categoria propria della teoria generale e che, in quanto tale, dal diritto positivo è presupposta. Essa raggruppa, quindi, tutte le forze giuridiche, indipendentemente dalla loro diversa intensità.

Resta così un ultimo aspetto da indicare, in questa estrema sintesi, per definire la nozione di potere giuridico che s'intende seguire. Vale a dire il modo con cui sia possibile distinguere un potere da un altro.

Se, tuttavia, si assume che il potere è la forza di produrre effetti giuridici, la soluzione è scontata: le forze si differenziano tra di loro in ragione dei diversi effetti che esse sono in grado di produrre.

Il potere correlato al provvedimento di espropriazione per pubblica utilità, pertanto, s'identifica perché il suo esercizio comporta la perdita del diritto di proprietà (o di altro diritto reale) in capo a un dato soggetto e perché ne comporta il trasferimento ad altri; il potere esercitato con il permesso di costruire s'identifica perché esso attribuisce in capo a taluno lo *ius aedificandi*[20]; il potere a cui riferisce la licenza di porto d'arma si distingue perché esso riconosce a chi ne sia destinatario il diritto soggettivo di tenere con sé un'arma anche nei luoghi pubblici.

4. Impossibilità d'identificare il potere di annullamento d'ufficio con il potere esercitato nel primo grado di azione amministrativa, ove si muova da una concezione di annullamento inteso come figura complessa di carattere ricostruttivo del regime giuridico demolito dall'attività amministrativa.

Date queste premesse, si può, a questo punto, verificare se il provvedimento di espropriazione sia lo stesso potere che viene esercitato quando quell'espropriazione venga autoannullata.

A giudizio di chi scrive – in sostanziale accordo con quanto evidenziato dalla Corte costituzionale – la risposta non può che essere negativa.

Naturalmente, anche al fine di giustificare tale asserzione, occorre stabilire delle (ulteriori) premesse e indicare che cosa si debba intendere per annullamento.

È noto che, secondo la teoria comunemente accettata, l'annullamento costituirebbe una sorta di *ammissione reale di carattere negativo*.

L'annullamento sarebbe, appunto, *reale* perché non inerirebbe a un soggetto, ma a una *cosa*: l'atto giuridico da annullare.

L'annullamento sarebbe per di più una ammissione negativa, perché esso (anziché fare acquistare) farebbe perdere al suo og-

[20] Chi scrive riconosce la provocatorietà dell'esempio, persuaso come egli è (F. Volpe, *Considerazioni sulla tutela dello* jus aedificandi, in *Le Regioni*, 1994, 222, s.) che, non potendosi distinguere tra titolarità e esercitabilità di una situazione giuridica soggettiva, non si possa più ritenere che lo *ius aedificandi* sia tutt'ora parte del contenuto del diritto domenicale.

getto (vale a dire, l'atto giuridico), una qualità (o una rilevanza) giuridica.

Per effetto dell'annullamento, l'atto annullato perderebbe, dunque, la qualità stessa di atto e quindi di fonte diretta di effetti giuridici[21]. Un tanto, per di più, avverrebbe con conseguenze retroattive, sicché si dovrebbe dire dell'atto, una volta annullato, che esso non è mai esistito.

La caducazione degli effetti prodotti da quell'atto sarebbe, così, una conseguenza indiretta di tale operazione. Se, infatti, a causa dell'annullamento, si dovesse ritenere l'atto come non mai esistito, esso non potrebbe aver prodotto alcun effetto giuridico neppure per il passato.

Si ritiene, però, che detta nozione di annullamento non possa essere accettata.

A renderla problematica, infatti, è proprio quel carattere di retroattività che essa implica.

Anzi, per essere più precisi, è proprio il concetto stesso di retroattività a risultare ambiguo.

Come è stato, in un certo qual modo, già notato in letteratura[22], infatti, il concetto di retroattività è metaforico e, per quanto pare doversi sostenere in questa sede, non può essere concepito alla stregua di una *vera* produzione di effetti giuridici nel passato.

Non che tale produzione non sia concepibile, in una *realtà* (quale è quella del *mondo del diritto*) solo razionalistica e puro frutto della mente umana[23]. In quanto tale, la ragione ben può concepire, che, in un *mondo di fantasia*, si possano alterare anche i *fatti* del passato.

Il punto è che quel *mondo di fantasia*, che è appunto il diritto, vale a regolare condotte umane, perché solo questo, a ben vedere, è lo scopo applicativo dell'intero sistema giuridico.

E le condotte umane, a loro volta, non si muovono che in un verso: dal presente verso il futuro, qualunque sia il significato proprio di *tempo*, di *presente* e di *futuro*[24].

Pertanto, se davvero l'annullamento dell'espropriazione per pubblica utilità dovesse restituire il diritto di proprietà anche per il passato (sia pure attraverso il meccanismo del venir meno della rilevanza, propria dell'atto annullato, di fonte diretta di effetti giuridici), si dovrebbe concepire,

[21] Anche in questo caso, il riferimento è scontato: E.C. Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 32, s.; Id., voce *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, II, 1958, 496. Il richiamo all'ammissione reale con effetti negativi, invece, è una rilettura operata da chi scrive della teoria di E.C.B.

[22] R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja - G. Branca, Bologna- Roma, 1974, 81 s.

[23] L'asserzione meriterebbe, da sola, una trattazione monografica per le questioni che essa implica e ci si limita qui a riferirla in questi troppo ristretti termini. Tuttavia, si è persuasi che il diritto sia una realtà immaginaria, costruita dalla mente dell'uomo. L'atto giuridico, il diritto soggettivo, l'effetto giuridico, la legge, il termine, le condizioni – tutti i concetti, insomma, propri della teoria generale del diritto – non esistono, infatti, nella realtà fenomenica. Quanto meno, essi non sono percepibili in modo empirico. Come tali, essi sono solo il frutto dell'immaginazione umana che ne congettura l'esistenza in una realtà complessiva che è anch'essa frutto di immaginazione. A questa realtà di fantasia, peraltro, si riferiscono *modelli di funzionamento* che si ispirano alla realtà fenomenica. Parliamo, così, di *produzione* degli *effetti* (il che implica un rapporto di causalità); parliamo di *tempo* di svolgimento delle fattispecie giuridiche; parliamo di *esistenza* delle singole categorie, estendendo a questi concetti un significato assai simile a quello che siamo soliti riferire a quel che cogliamo con i sensi e con la ragione della realtà che ci circonda. Ma si tratta pur sempre di traslitterazioni e di metafore, a cui ricorriamo, a parere di chi scrive, essenzialmente per due motivi. In primo luogo, perché questo ci agevola nella costruzione del pensiero giuridico, perché vi applichiamo schemi mentali consueti. In secondo luogo, perché questo mondo di fantasia che il diritto deve poi essere utilizzato come strumento di qualificazione di condotte umane. Cosicché, in questo meccanismo applicativo, i modelli epistemologici e descrittivi generali sono di indiscutibile aiuto, perché più adatti a riferirsi alla realtà fenomenica a cui essi sono destinati a essere ricondotti.

[24] Sono questi i temi su cui si è concentrata buona parte della metafisica degli ultimi due secoli, grazie agli apporti di Kierkegaard, Bergson, Heidegger (per citare solo alcuni dei filosofi più noti).

allora, che davvero il soggetto che abbia subito la medesima espropriazione, una volta reintegrato nel suo diritto, potrebbe *tornare indietro nel passato* e goderne.

Perché questo è il diritto di proprietà nella sua essenza (come ogni altro diritto soggettivo in senso proprio). Esso è un diritto di godimento, una *libertas agendi*, che si attua primariamente attraverso facoltà, vale a dire attraverso comportamenti materiali[25].

Ma se questa è l'essenza del diritto soggettivo, allora non è possibile sostenere che l'annullamento dell'espropriazione ne restituisca la titolarità nel passato, perché *in praeteritu non vivitur*. L'uomo non può più godere, in quel passato ormai irrimediabilmente trascorso, del bene e del diritto sacrificati dal provvedimento amministrativo (quando pure quest'ultimo sia stato annullato).

Né ha senso avanzare che il diritto verrebbe restituito dall'annullamento per il passato alla stregua di una mera potenzialità, quasi a significare che, se il destinatario del provvedimento annullato fosse davvero in grado di tornare indietro nel tempo, allora egli potrebbe effettivamente godere del diritto ripristinato.

L'irrealizzabilità di questa prospettiva rende non praticabile anche questa ipotesi, cosicché sembra più *economico* affermare che chi è stato espropriato e veda poi annullato il relativo provvedimento non ottiene l'*effettiva* restituzione del diritto per il tempo che è stato.

Cosa intendiamo sostenere, pertanto, quando diciamo che l'annullamento sarebbe *retroattivo*?

Sembra, a parere di chi scrive, che questo sia un modo sintetico, ma metaforico, per affermare che, una volta pronunciato l'annullamento (e da quel momento in poi), chi è stato destinatario degli effetti di un determinato provvedimento amministrativo si debba trovare nella stessa situazione giuridica in cui egli si sarebbe trovato se il provvedimento caducato non fosse stato mai emanato.

Il che si risolve in un duplice effetto dell'annullamento: per il futuro (avendo sempre a mente l'esempio dell'annullamento dell'espropriazione), la proprietà viene, effettivamente e giuridicamente, restituita (sì che all'«espropriato-annullato» è consentito di tornare a godere del bene).

Quanto al passato, invece, vengono riconosciute quelle medesime situazioni giuridiche soggettive che oggi spetterebbero a chi ha subito l'espropriazione se egli non fosse mai stato espropriato e, tra queste, in primo luogo, il diritto soggettivo all'eventuale risarcimento del danno.

Si tratta, dunque, di situazioni giuridiche soggettive diverse da quelle su cui ha inciso il provvedimento di primo grado e, per di più, si tratta di situazioni giuridiche di tipo dipendente, che si definiscono tali perché la loro esistenza trova normalmente titolo nel fatto di essere già titolari di un diritto presupposto.

Nel caso in esame, detto «diritto-titolo» è il medesimo diritto che è stato, appunto, sacrificato dal provvedimento amministrativo di primo grado.

In ragione dell'annullamento, tuttavia, queste situazioni dipendenti trovano un *titolo alternativo* (ai fini costitutivi della loro esistenza) nell'annullamento stesso (sicché esse, nel processo, vengono definite alla stregua dei *diritti patrimoniali consequenziali*).

Da tutto questo sembra lecito inferire che gli effetti dell'annullamento sono disomogenei e non unitari.

[25] Si consentirà di limitare i richiami allo studio del proprio maestro: F. Gullo, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1968, 42 s.

Quanto agli effetti per il futuro, l'annullamento opera facendo davvero venir meno gli effetti dell'atto annullato (ma non l'atto stesso, la cui esistenza giuridica rimane conservata), sì da restituire il diritto eliminato dall'atto di primo grado.

Quanto al passato, l'annullamento *si sostituisce* al medesimo diritto estinto dall'atto amministrativo di primo grado (*rectius*: si sostituisce al fatto di essere titolari del diritto estinto), quale titolo alternativo (ma equipollente) per la produzione del complessivo regime che, rispetto a quel diritto, è normalmente collegato e dipendente, ma che, proprio per questo motivo, se ne distingue.

Se si vuole concordare su questa ricostruzione, è giocoforza riconoscere che il potere esercitato con l'annullamento non può essere lo stesso potere esercitato (sia pure in senso contrario) con l'atto da annullarsi, perché gli effetti che ne derivano sono, almeno parzialmente, diversi.

Se, più in particolare, si può sostenere che vi sia identità di effetti per il futuro (l'annullamento, a tal fine, restituisce il diritto che l'atto annullato ha estinto), altrettanto non può dirsi per i cosiddetti effetti retroattivi, i quali si risolvono nell'attribuzione, nel tempo presente, di situazioni giuridiche diverse da quelle su cui il provvedimento di primo grado ha inciso.

In un certo senso, guardando sempre al passato, l'annullamento non ha carattere demolitivo dell'atto di primo grado.

Esso si risolve, se mai, in una complessa operazione di *ricostruzione* del regime che, piuttosto, è stato proprio l'atto amministrativo di primo grado a demolire[26].

E, per ragioni di identità strutturale tra le due figure, tale conclusione deve ripetersi anche con riguardo all'annullamento giurisdizionale, con tutto ciò che questo implica, in termini istituzionali, circa l'incidenza della sentenza del giudice amministrativo sulla sfera del Potere Esecutivo.

5. Impossibilità di identificare il potere di annullamento d'ufficio con il potere esercitato nel primo grado di azione amministrativo, ove si muova da una concezione di annullamento inteso come strumento idoneo a rimuovere la qualità di atto giuridico dal provvedimento annullato.

Una analoga conclusione, circa la distinzione tra il potere di annullamento e il potere esercitato con l'atto annullato dovrebbe essere raggiunta, peraltro, anche se s'intendesse seguire la tesi classica e persistere nel sostenere che l'annullamento eliminerebbe una qualità giuridica, rendendo, per il passato, nullo un atto fino a quel momento esistente.

[26] Una obiezione a questa ricostruzione potrebbe essere quella di considerare che essa non è in grado di applicarsi all'annullamento del rifiuto di provvedimento amministrativo favorevole. L'obiezione stessa viene contraddetta, tuttavia, dalla tesi, che sembra più convincente, secondo la quale l'annullamento (giurisdizionale) di un atto di rifiuto non sarebbe in realtà un vero e proprio atto di caducazione (giacché non sembra possibile ricondurre al rifiuto alcuna capacità di produrre effetti giuridici propri, da sé discendenti in quanto atto giuridico), ma si risolverebbe in un accertamento della perdurante esistenza (e del perdurante inadempimento) dell'obbligo di pronunciarsi sull'istanza che il privato abbia sollevato per ottenere il rilascio del provvedimento. Sul punto, da ultimo, S. Florian, *L'azione di adempimento tra rifiuto di provvedimento e silenzio dell'amministrazione*, Torino, 2022, 3 s. e *passim*.

Seguendo tale ipotesi, in effetti, è ancora più semplice negare che sussista identità tra i due poteri, perché essi si dimostrano essere integralmente distinti.

Dire, infatti, che l'annullamento impedisce all'espropriazione di essere considerata tale non equivale a dire che l'annullamento incide direttamente sui diritti dell'espropriato o del beneficiario. Tali diritti, come si è detto, vengono incisi dall'annullamento solo in via indiretta, attraverso la preliminare eliminazione del provvedimento e, più precisamente, della qualità giuridica che lo identifica come tale.

Di contro, è sui diritti dell'espropriato e del beneficiario che si riflette direttamente l'atto di primo grado, il quale, per poter così agire, dà per presupposta la propria esistenza (e quindi la propria rilevanza di atto), sulla quale esso non è in grado di incidere, perché ne costituisce l'espressione e perché non può darsi causa da sé.

La rilevanza giuridica dell'atto (cioè, la sua esistenza), a ben vedere, dipende dalla norma (di relazione) attributiva del potere di emanarlo. Ma altro è attribuire un potere e affermare che con il suo esercizio una determinata condotta vale come atto; altro è considerare le conseguenze giuridiche che dall'esercizio di quel potere derivano. Unificare i due piani equivale a confondere la causa con l'effetto[27].

Anche seguendo questo percorso, pertanto, il potere di annullare l'atto e il potere esercitato con l'atto annullato non potrebbero identificarsi, perché si dovrebbe ugualmente concludere che i due atti producono conseguenze giuridiche totalmente diverse: il primo opererebbe su qualità giuridiche proprie dell'atto che ne è oggetto; il secondo opererebbe, invece, sul regime sostanziale dei suoi destinatari[28].

6. Esame dell'ipotesi per cui l'annullamento d'ufficio e l'atto annullato sarebbero accomunati da un'identità di funzione.

Per quanto fin qui sostenuto, è, a questo punto, possibile ipotizzare che, quando si è affermato (in ossequio al principio del *contrarius actus*) che i due poteri coinciderebbero, si sia inteso, in realtà, sostenere una cosa piuttosto diversa.

In effetti, la terminologia tecnica (negli studi amministrativistici, in particolare) non è sempre assistita da una fortunata omogeneità, il che rende, talvolta, difficoltoso il dialogo tra chi si occupa della disciplina. Questo, talvolta, rende necessario, come si è ritenuto opportuno operare anche nel presente studio, chiarire preliminarmente a che cosa ci si riferisca, quando si impiegano determinati concetti.

Se, dunque, pare lecito ammettere una sorta di contaminazione terminologica, allora non è azzardato valutare che, quando

[27] Si rinvia a F. Volpe, *Norme di relazione*, cit., 80 s., per un più compiuto sviluppo del ragionamento.

[28] La tesi dell'identità di potere sembra essere, tuttavia, stata ripresa, da ultimo, da A. Cassatella, *L'attività di secondo grado*, in *Trattato di diritto amministrativo*, *2- Attività*, a cura di F. Caringella, R. Chieppa e B.G. Mattarella, Milano, 2025, 1096, nota 26, il quale, pur non contestando che il potere di annullamento si atteggi in modo diverso dal potere esercitato con l'atto di primo grado, ritiene che la norma attributiva sia la stessa, dipendendo la diversa conformazione della forza dalle necessarie contingenze dovute all'intercorso passaggio del tempo (e dell'emanazione del primo atto). Se ben si è compreso, tuttavia, questa tesi si inserisce nel solco di quella più generale tendenza che collega la titolarità del potere alla cura di un dato interesse, sicché a identità di interesse deriva anche identità di potere.

si parla di identità tra l'annullamento e l'atto annullato, si voglia riferirsi più che al concetto proprio di potere, a quello, distinto eppure non troppo lontano, di *funzione*.

Vale a dire, allo scopo doveroso a cui quel potere è preordinato e che è definito dalla legge in forma ora del tutto rigida e predeterminata (quando il provvedimento sia integralmente vincolato), ora delegata (ma pur sempre non libera, quando l'atto debba essere preceduto da una qualche forma di discrezionalità, sia nella forma pura, sia nella forma tecnica, il cui risultato, attraverso la figura dell'autolimite, costituisce la funzione del caso concreto)[29].

Se si ammette questa ipotesi, il problema dell'identità tra i due provvedimenti si trasferisce dal piano del rispetto del principio di tipicità (che sottintende identità di poteri) a quello del rispetto del principio di nominatività (che sottintende, appunto, identità di funzione).

In questo senso, l'identità tra i due atti si tradurrebbe, altresì, nel considerare che gli stessi (doverosi) interessi affidati alla cura della pubblica amministrazione con il potere di emanare l'atto di primo grado si ripresenterebbero, per tornare a essere presi in considerazione, quando l'autorità amministrativa procedesse ad autoannullarlo.

Così come una espropriazione di pubblica utilità perseguirebbe, se legittima, la funzione di realizzare un'opera pubblica, allo stesso modo l'autoannullamento, eliminando l'espropriazione illegittima, perseguirebbe (in senso contrario) la stessa funzione e gli stessi interessi. In particolare, perseguirebbe lo scopo d'impedire la realizzazione di un'opera pubblica, quando essa non fosse sostenuta dai crismi della legalità e quindi non fosse normativamente giustificata.

Se, pertanto, si accettasse questa diversa prospettiva, sembrerebbero, allora, pertinenti le già riferite impostazioni che collegavano il potere di autoannullamento alla cura degli interessi affidati all'autorità amministrativa e, in un certo senso, anche quelle che riconducevano l'istituto nel fenomeno dell'autotutela.

Ma, vale ribadire, tale adesione viene qui protestata non senza le opportune specificazioni, perché entrambe le tesi contribuiscono a evidenziare *i motivi* dell'autoannullamento, ma non riescono a dimostrare che a identità di funzione debba corrispondere anche identità di potere esercitato.

7. Le tesi risalenti a favore del carattere vincolato dell'annullamento d'ufficio.

Tuttavia, anche questa conclusione, che sposta l'identità dal potere alla funzione, è forse meno certa di quel che, ad un primo scrutinio, potrebbe sembrare.

Secondo la tradizione, Enrico Guicciardi (il fondatore della scuola a cui ci s'ispira) sosteneva, nelle conversazioni con i suoi allievi diretti[30], che il primo e assorbente interesse, di cui l'autorità amministrativa avrebbe dovuto tenere conto in sede di

[29] Per non doversi ripetere quanto alla tesi qui esposta, ci si permette di rinviare ai propri precedenti studi: F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, 791 s.; F. Volpe, *Il principio di nominatività*, in *Studi sui principi del diritto Amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, 2012, 349 s.

[30] Ma, a ben vedere, non solo nelle conversazioni private: E. Guicciardi, *L'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali*, ora in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1968, 391.

annullamento d'ufficio, sarebbe stato quello del rispetto della legalità della propria azione. Pertanto, egli escludeva che l'autoannullamento potesse essere discrezionale. Se illegittimo, l'atto *avrebbe dovuto* essere autoannullato, senza tener conto di nessun altro rilievo.

La tesi, peraltro, non era affatto nuova, posto che era stata avanzata, per diretta conseguenza applicativa del principio di legalità, anche da Vincenzo Romanelli[31].

Nella medesima tesi, peraltro, non si deve ravvisare una semplice, e quasi retorica, esaltazione del normativismo. Ad essa sottostanno, forse, ragioni di garanzia indiretta dei privati. Per il momento, però, non si ritiene opportuno approfondire la questione, che verrà, invece, affrontata a breve, giacché essa concorrerà a formare le conclusioni a cui s'intende pervenire.

Per chi seguisse una tale concezione, in ogni caso, non sarebbe difficile affermare che vi sia identità di funzione tra l'atto annullato e l'atto di annullamento.

Poiché non è dato ingresso, al momento della assunzione del provvedimento di secondo grado, ad interessi esogeni rispetto a quelli da considerarsi in occasione dell'emanazione dell'atto di primo grado, le finalità perseguite con entrambi gli atti non potrebbero essere diverse.

Secondo la costruzione di Guicciardi e di Romanelli, non si potrebbe ipotizzare un atto che, ponendo rimedio a una illegittimità già compiuta, sia in grado di esorbitare dalla funzione assegnata all'autorità amministrativa. In effetti, il ripristino della legalità implica di per sé anche il rispetto della norma che detta la funzione del provvedimento e non è concepibile che l'amministrazione che, così intenda agire, se ne possa distaccare.

Per converso, il divieto di autoannullare un provvedimento legittimo sarebbe ugualmente coerente con una concezione identitaria della funzione tra i due atti, giacché, se il provvedimento di primo grado non fosse viziato, esso, per necessità, perseguirebbe correttamente la funzione amministrativa istituzionale, cosicché, a caducarlo, si finirebbe per impedire che la medesima venga correttamente perseguita.

8. Maggiore ampiezza della funzione esercitata in sede di annullamento d'ufficio rispetto a quella esercitata con l'atto amministrativo di primo grado. Carattere innominato dell'annullamento d'ufficio e impossibilità d'identificare la funzione del medesimo annullamento con la funzione a cui soggiace l'atto da annullare.

Già ai tempi in cui E. Guicciardi esponeva queste idee era, tuttavia, prevalente la tesi opposta, favorevole alla discrezionalità dell'autoannullamento[32].

[31] V. M. Romanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 262 s. Ne dà conto anche G. Manfredi, *Annullamento doveroso?*, in *P.A. – Persona e amministrazione*, 2017, 387, 391.

[32] Vi è chi, di recente, ha operato un'accurata ricostruzione storica del dibattito, sicché pare opportuno richiamare al già citato

Questa diversa opinione, oggi, non può più essere contestata, perché anch'essa è stata recepita dal diritto positivo il quale, all'art. 21-*nonies* della legge sul procedimento, stabilisce (come ben si sa) che l'autoannullamento può essere pronunciato solo «sussistendone le ragioni di interesse pubblico» e «tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati».

A circoscrivere il potere di annullare, compaiono, così, diversi interessi privati, potenzialmente contrapposti e, in particolare, quello del destinatario degli effetti favorevoli dell'atto (sì da doversi ravvisare una sorta di tutela dell'affidamento).

Compare, inoltre, un interesse pubblico, il quale non è necessariamente coincidente con l'interesse pubblico primario a cui sovrintende l'atto di primo grado.

Questo interesse, infatti, viene definito *pubblico* dalla legge perché esso è, genericamente, *di utilità* per l'autorità amministrativa e non perché esso coincida con la finalità a cui deve rispondere l'atto di primo grado[33].

Se diversamente fosse, invero, non vi sarebbe la necessità di prevederne la valutazione giacché essa, in un parametro di valutazione della legittimità generale dell'atto di primo grado, dovrebbe essere assunta *in re ipsa*: un annullamento che non ne tenesse conto sarebbe, infatti, esso stesso invalido per eccesso di potere.

Attraverso la necessità di tenere conto di questi interessi, privati e pubblici, si è, così, compiuta un'implementazione della funzione propria dell'atto di annullamento, che porta a considerare questa medesima funzione più estesa di quella a cui è consegnato il provvedimento di primo grado. Detta funzione, infatti, è il risultato di una valutazione discrezionale, la quale deve considerare una congerie di interessi di per sé non valutabili in primo grado.

Si potrebbe, anzi, rilevare che siffatta estensione della funzione perseguita con l'annullamento è forse fin troppo ampia. Non solo in quella parte in cui si rende necessario tenere conto dei, quasi sempre individuabili, interessi dei privati. Ma soprattutto per quel che attiene alla necessità di tenere conto di interessi pubblici i quali, per il modo generico con cui essi vengono normativamente descritti, potrebbero avere il contenuto più vario e indeterminato[34].

Di fatto, il potere di annullamento rischia di essere, quindi, un provvedimento che non risponde al principio di nominatività, perché i fini a cui esso sovrintende sono rappresentati da interessi pubblici non puntualmente predeterminati dalla legge o comunque non facilmente ricostruibili sulla sua scorta.

Per tutte queste ragioni, diventa difficile sostenere che, anche sotto il profilo funzionale, si possa parlare di identità tra l'atto di primo e l'atto di secondo grado.

In effetti, l'atto di primo grado potrebbe persino risultare vincolato sotto ogni pro-

studio di G. Manfredi, *Annullamento doveroso?*, cit., 386, c.

[33] L'idea di fondo, pertanto, è che l'autorità amministrativa possa tornare sui propri errori, ma solo *se serve a qualcosa*. Se non dovesse servire – a qualunque cosa dovesse servire – l'azione, benché illegittima, va lasciata così com'è.

[34] Spunti in questo senso si possono ricavare anche dallo studio di A. Cioffi, *Annullamento d'ufficio e libertà economiche*, 2016, a suo tempo riportato nel sito istituzionale AIPDA e in diritto-amministrativo.org: «Il secondo cambiamento è nella natura dell'interesse. In questo caso, l'interesse non è più l'interesse pubblico specifico dell'amministrazione. È un'entità diversa: è interesse generale (…). L'interesse generale è diverso, perché è un'esigenza che non appartiene all'amministrazione, ma assume il peso di un'esigenza imperativa e di carattere generale. È il "motivo imperativo di interesse generale". È tipico del diritto europeo e discende dal diritto civile francese».

filo, cosicché, perché la sua funzione sia correttamente perseguita, l'autorità amministrativa sarebbe tenuta a verificare solo l'esistenza dei presupposti di fatto rigidamente e obiettivamente dettati dalla legge.

Non di meno, nel secondo grado dell'azione amministrativa, l'azione muterebbe e da vincolata diventerebbe discrezionale. Non varrebbe più, dunque, l'ossequio dell'unico fine predeterminato in ogni suo aspetto dalla legge, ma s'imporrebbe una diversa funzione, data dal risultato di una valutazione comparativa tra questo medesimo fine e il generico *interesse pubblico* a cui l'art. 21-*nonies* si riferisce.

Pertanto, l'atto di primo grado totalmente vincolato, ove fosse emanato in difetto dei suoi presupposti di legge, potrebbe pur essere disfunzionale. Non di meno, se, in sede di riesame, dovesse prevalere il contrapposto e indeterminato *interesse pubblico*, esso non sarebbe annullato. Con il che, in definitiva, la stessa azione amministrativa nel suo complesso (quale risulterebbe dalla sommatoria dell'atto di primo grado e della decisione di non autoannullare) si rivelerebbe assunta in difformità dallo scopo per il quale la legge ha attribuito l'originario potere provvedimentale.

A non diverse conclusioni si dovrebbe, peraltro, pervenire quando pure l'atto di primo grado fosse, già in partenza, discrezionale. Ugualmente, in sede di riesame, assumerebbero rilievo interessi pubblici (e privati) *diversi* da quelli considerati dalla legge in occasione del suo primo intervento di amministrazione attiva, sì che, anche in tal caso, la funzione dell'atto di annullamento risulterebbe più ampia, e comunque distinta, da quella propria dell'atto da annullare.

Per quanto esposto, la funzione in concreto, viene, quindi, a mutare nel secondo grado dell'azione amministrativa.

Ivi, essa è il risultato, necessariamente, di una valutazione discrezionale in senso proprio (e quindi di una valutazione comparativa di interessi) ed è, per di più, il risultato di una valutazione discrezionale *diversa* da quella prevista ai fini dell'emanazione dell'atto di primo grado, come tale capace d'influenzare in modo altrettanto diverso gli scopi che l'amministrazione è chiamata in concreto a perseguire.

A causa di queste considerazioni, ci si dichiara, dunque, concordi con la sentenza della Corte costituzionale da cui ha preso spunto questo intervento anche per quanto concerne quel suo ulteriore passaggio in cui si dichiara che l'autoannullamento è assoggettato «a regole specifiche, quanto a presupposti, a disciplina procedimentale e a portata della discrezionalità di cui la funzione di autotutela è espressione».

9. L'annullamento d'ufficio come strumento di protezione di interessi privi di tutela giurisdizionale verso i vantaggi competitivi riconosciuti da un provvedimento amministrativo illegittimo per vizio della funzione. Rilievi sulla costituzionalità della disciplina legislativa dell'istituto.

Vi è, a questo punto, motivo per interrogarsi sulle ricadute della conclusione che ha portato a negare la non identità – sia di potere, sia di funzione – tra l'atto di annullamento e l'atto annullato.

A parere di chi scrive, dette conseguenze attengono al profilo delle tutele, perché è con esse (e con il sottostante principio di legalità) che si confronta l'introduzione di un provvedimento amministrativo sostanzialmente innominato, quale è oggi l'annullamento d'ufficio.

Le medesime conseguenze, tuttavia, non si colgono quando il provvedimento di primo grado abbia contenuto sfavorevole per il suo destinatario, per tale intendendosi il provvedimento che miri a demolire un preesistente diritto o, più generalmente, una preesistente situazione di vantaggio (quale è il caso, a cui è stato fatto più volte riferimento, di un provvedimento di esproprio).

In questa ipotesi, in effetti, l'ampliamento della funzione, che è propria dell'autoannullamento, non pregiudicherebbe in nessun modo le sorti di detto soggetto, ma solo per un motivo: perché a costui spetterebbe, comunque, la tutela giurisdizionale. Se, perciò, questa fosse invocata nel termine, l'atto viziato dovrebbe essere, in via di principio, annullato dal giudice in ragione della sua semplice illegittimità e senza tenere conto di emergenti, ulteriori e generici interessi pubblici o privati. L'annullamento giurisdizionale, infatti, non soffre, per sua natura, di alcun ampliamento di funzione.

A diverse conclusioni, invece, si deve pervenire quando il provvedimento di primo grado sia favorevole alle sorti del destinatario, senza che vi sia nessun altro soggetto leso in modo diretto dalla sua emanazione.

L'aspetto su cui s'intende richiamare l'attenzione attiene proprio al carattere diretto con cui un provvedimento favorevole è in grado di danneggiare i terzi.

Per meglio intendersi, il rilascio a favore di Tizio di una concessione di un bene pubblico o il provvedimento di aggiudicazione di un appalto ben potrebbe pregiudicare direttamente Caio, se questi ambisse a ottenere per sé i medesimi provvedimenti.

In questa circostanza, a Caio sarebbe ugualmente riconosciuta la tutela giurisdizionale (perché, non troppo diversamente dal caso dell'espropriazione[35], il provvedimento sarebbe per lui sfavorevole) e il rimedio che l'ordinamento riconoscerebbe non sarebbe confinato nella speranza di ottenere dalla pubblica amministrazione un autoannullamento del provvedimento illegittimo, ma risiederebbe, ancora una volta, nella possibilità di ottenere la caducazione dal giudice sulla base di stretti parametri di legittimità.

Anche in questa ipotesi, pertanto, l'ampliamento della funzione esercitata in occasione dell'atto di riesame non sembra in grado di pregiudicare l'esistenza di una protezione del terzo.

A diverse conclusioni, invece, si deve pervenire quando un provvedimento sia favorevole in termini assoluti; quando, cioè, esso non leda nessun altro soggetto in modo diretto, personale e attuale.

Si pensi, ad esempio, al permesso edilizio con cui si autorizzi la costruzione di un condominio senza che vi sia nessuno che, avanzando questioni di *vicinitas*, possa dolersene. Allo stesso modo, nel caso in cui

[35] Per il vero, una differenza sussiste. Mentre, nel caso dell'espropriazione, il carattere sfavorevole discende in via diretta dalla perdita del diritto preesistente, nel caso dell'aggiudicazione, il provvedimento si dimostra sfavorevole verso l'offerente postergato non perché questi subisca la perdita di un diritto, ma perché l'attribuzione di un vantaggio esclusivo ad altri gli preclude, indirettamente, la possibilità di ottenerlo per sé. Dal punto di vista del solo offerente postergato, l'aggiudicazione, dunque, non è troppo dissimile a un rifiuto di provvedimento favorevole, pertanto. Ma essa si distingue dal rifiuto in senso proprio, perché non si esaurisce nel negare un vantaggio, aggiungendo un effetto giuridico ulteriore a favore di terzi. Per questo motivo, il *rifiuto* (dell'aggiudicazione) verso il postergato è atto giuridico in senso proprio e, come tale, può essere, altrettanto propriamente annullato.

fosse rilasciata un'autorizzazione illegittima all'esportazione di un bene vincolato, non vi sarebbe nessun soggetto che, vantando una lesione diretta a un proprio bene della vita, possa contestarlo.

Più in generale, in tutte queste ipotesi (come in altre affini), non vi sarebbe nessuno che avrebbe titolo, interesse e legittimazione per impugnare il provvedimento di cui altri verrebbe a giovarsi. Pertanto, non vi sarebbe neppure nessuno che potrebbe ottenere l'annullamento giurisdizionale dell'atto sulla base di una rigida ed esclusiva applicazione del diritto.

Questo, tuttavia, non significa che dall'emanazione di quel provvedimento favorevole non possano ugualmente emergere delle lesioni a soggetti terzi.

Si tratta, tuttavia, di lesioni indirette e più sfuggenti, alle quali la legge, per ragioni di economia del sistema, non riconosce protezione giurisdizionale, quand'anche esse fossero generate *contra legem*.

Non di meno, queste lesioni esistono e non possono essere del tutto trascurate.

Come si è ritenuto di sostenere in un precedente studio[36] – salvi i casi degli esoneri (a proposito dei quali preesiste non già un divieto, ma un dovere di attivarsi positivamente) e quelli delle pseudoautorizzazioni (che, attribuendo al privato un potere civilistico a lui altrimenti non imputabile, non presuppongono un divieto, giacché non ha nessun senso vietare quel che neppure può essere posto in essere) – ogni provvedimento amministrativo favorevole presuppone un divieto generale stabilito dalla legge, rispetto al quale il medesimo provvedimento agisce *in deroga* e a favore di un singolo e individuato soggetto.

In tanto ha senso concepire un permesso di costruire, in quanto esista un preliminare divieto, stabilito con atto normativo generale, che impedisca a chiunque di edificare; in tanto ha senso autorizzare l'esportazione di un'opera d'arte, in quanto esista un divieto, altrettanto generale, di tenere tale condotta.

In assenza di questo preliminare divieto, non vi sarebbe, di contro, alcun bisogno di un provvedimento che intervenga autorizzando il singolo, perché l'attività sarebbe per tutti, *ab origine*, lecita.

Ma, se così è, si deve allora riconoscere che il rapporto tra il presupposto divieto legislativo e l'atto amministrativo capace di derogarvi è complesso e che il confine con la possibilità di suscitare posizioni di ingiustificato privilegio è presidiato solo dal rigido rispetto della funzione amministrativa che sottostà al provvedimento favorevole, sul postulato che la disciplina di legge che regola l'emanazione del medesimo provvedimento sia essa stessa giustificata e non irragionevole (art. 3 Cost.).

Se la deroga amministrativa fosse, dunque, assunta in modo legittimo e, soprattutto, in stretto ossequio alla funzione, essa sarebbe giustificata e il danno indiretto (se pure esistente) che subirebbero tutti coloro sui quali continuerebbe a gravare il divieto non potrebbe essere ritenuto meritevole di nessuna tutela, perché esso, per definizione, sarebbe avvenuto *secundum ius*.

Se, invece, così non fosse e se la deroga a favore del singolo fosse assunta in modo disfunzionale, allora essa si trasformerebbe in un ingiustificato *privilegio* a favore di quell'unico soggetto autorizzato rispetto a tutti gli altri che al medesimo, e presupposto, divieto generale continuano, invece, a soggiacere.

In questo rilievo, a ben vedere, riposa gran parte della differenza tra uno Stato di diritto e

[36] F. Volpe, *Ammissioni e autorizzazioni*, Torino, 2018, 11 s.

uno Stato assoluto. Il primo si fonda, a parità di condizioni e quindi di ragioni, su un'equivalenza di regime tra tutti i consociati; il secondo, invece, favorisce gli uni rispetto agli altri in ragione dell'arbitrio del principe.

Il privilegio ingiustificato a cui ora si fa cenno, peraltro, non si risolve solo in un'odiosa disparità di trattamento.

Quel soggetto che godesse di un'illegittima autorizzazione amministrativa (o di un altrettanto illegittimo titolo sostitutivo e di c.d. semplificazione) potrebbe, infatti, compiere quello che tutti gli altri soggetti non possono fare (in quanto a loro vietato).

E tutto questo si tradurrebbe, quanto meno, in un'alterazione dei *mercati*, o, se si preferisce, delle *prospettive* dei singoli.

In altri termini, quel soggetto illegittimamente autorizzato verrebbe a godere *contra legem* di un *vantaggio competitivo*, tale da consentirgli di prevalere, successivamente, su eventuali *concorrenti*, anche solo futuri o potenziali.

Chi abbia ottenuto illegittimamente il permesso edilizio che gli consentisse la costruzione di un condominio – senza che nessuno abbia titolo per impugnarlo giurisdizionalmente – potrà, con il ricavato della vendita delle varie unità immobiliari, consolidarsi sul mercato e far propri i mezzi, anche economici, per riuscire più facilmente a imporsi anche in successive operazioni immobiliari o commerciali, a scapito dei competitori che dovessero, in quel momento, entrare con lui in contatto.

La lesione verso la generalità (intesa come somma di singoli individui), che verrebbe in tal modo a delinearsi non potrebbe, tuttavia, trovare tutela giurisdizionale, perché essa sarebbe diffusa e indeterminata.

Ne segue che l'unica sede in cui detta protezione può trovare una sorta di, pur minimo, riconoscimento è proprio quella interna alla stessa pubblica amministrazione e nei poteri di riesame che a questa sono riconosciuti[37].

Si tratta di una tutela minima, se ne conviene, perché essa è affidata a una rivalutazione della medesima autorità amministrativa, tanto nel caso in cui questa agisca d'ufficio, tanto in quello in cui agisca su impulso di un privato[38].

Pure, questa è l'unica tutela che oggi sussiste, perché anche la prospettiva (peraltro discutibile) che il provvedimento favorevole sia disapplicabile in sede di sindacato del giudice penale è confinata dall'esistenza, nel caso concreto, di una fattispecie penalisticamente rilevante[39] e dai limiti in cui detta disapplicazione può trovare esplicazione, per lo più circoscritti a una sorta di fraudolenta collusione tra il beneficiato e gli amministratori.

Emerge così un ulteriore scopo – forse, effettivamente, lo scopo principale – a cui sovrintende il potere di annullamento d'ufficio.

Esso si pone, invero, come un, pur debole, presidio posto a tutela di quelle lesioni che sono prive di protezione giurisdizionale e che possono gravare sugli individui a causa degli ingiustificati vantaggi che il rilascio di un provvedimento, favorevole e illegittimo, in capo ad altri suscita. Vantaggi che, alterando le pari opportunità dei consociati,

[37] Il punto sembra essere stato, implicitamente, colto anche da M. Silvestri, *Potere pubblico*, cit., 29 s., quando l'A. osserva che il progressivo allargamento della legittimazione processuale ha comportato un arretramento dell'istituto dell'annullamento d'ufficio.

[38] M. Allena, *L'annullamento*, cit., 56 s.; N. Acquarelli, *Contro la doverosità dell'annullamento d'ufficio*, in *Dir. pubb.*, 2022, 371 s.

[39] Una tale prospettiva, invece, è esclusa quando la condotta assoggettata a titolo amministrativo sia, in sua assenza, sanzionata amministrativa, ai sensi della legge 24 novembre 1981, n. 689, stante che, in tale ipotesi, la sanzione è comminata direttamente, dall'autorità amministrativa, alla quale non po' essere riconosciuto il potere previsto dalla L.A.C. di disapplicare un provvedimento proprio o di altro ente pubblico.

finirebbero, in difetto anche di questa tutela, per creare ingiustificate, e del tutto irrimediabili, disparità di trattamento[40]. Come, peraltro, è già stato notato, l'annullamento d'ufficio, compromettendo l'atto di primo grado, incide sulla stabilità dei mercati: questo è indubbio[41]. Tuttavia, questa sua attitudine non implica che esso leda o, comunque, non protegga i mercati stessi, la cui stabilità è un *valore*, a modo suo, relativo, ove essa sia frutto di posizioni indebitamente raggiunte. Se mai, pertanto, l'annullamento d'ufficio può contribuire a proteggere i mercati dalle proprie stesse distonie.

Si devono, così, rivalutare le già riferite opinioni di Romanelli e di Guicciardi, riconoscendo a loro un più profondo valore.

Lo stretto rispetto della legittimità – e di null'altro – che queste impostazioni invocavano risultava posto a tutela, a ben vedere, non tanto di uno sterile formalismo, quanto di interessi che, diversamente, non riuscirebbero a trovare nessuna protezione.

In altri termini, il potere di autoannullamento non deve essere confrontato solo con un generico e multiforme interesse pubblico alla stabilità dell'azione amministrativa o con l'affidamento del destinatario dell'atto annullato, ma anche con le aspettative di tutela dell'indifferenziata generalità dagli ingiustificati vantaggi competitivi attribuiti a un singolo.

Tanto più tali aspettative, peraltro, meritano protezione, perché esse coincidono con la funzione a cui sottostà l'atto amministrativo favorevole, la quale potrebbe risultare tradita, quando esso fosse stato illegittimamente emanato.

Tanto premesso, le conclusioni a cui sembra di doversi pervenire sono, a questo punto, consequenziali.

Una volta ancorato il potere di annullamento d'ufficio a una così ampia valutazione discrezionale, non resta che ammettere che anche questa debole forma di tutela della generalità indifferenziata è sostanzialmente decaduta o che, per lo meno, essa risulta fortemente indebolita.

Il provvedimento di primo grado potrebbe risultare del tutto illegittimo e del tutto irragionevole, ma, se non si riuscisse a superare l'ostacolo dell'innominato interesse pubblico all'annullamento (o quello dei contrapposti interessi privati), il medesimo provvedimento permarrebbe in vita e persisterebbe anche la correlata disparità di trattamento che esso avrebbe suscitato.

Con questo, non si vuole negare che – a fronte di talune illegittimità *formali* che nel primo grado di amministrazione attiva non siano state in grado d'incidere sul risultato provvedimentale, comunque inevitabile – un annullamento d'ufficio potrebbe risultare incongruo.

---

[40] Si potrebbe opporre (e, in effetti, mi è stato opposto in una conversazione sul tema di questo studio) che esistono altri interessi non protetti pienamente, ma che pure verrebbero lesi dall'annullamento e che non sono ricollegabili all'interesse proprio di chi si sia avvantaggiato direttamente degli effetti dell'atto favorevole. Riprendendo l'esempio di chi abbia ottenuto un permesso di costruire illegittimo che consenta all'imprenditore di erigere un condominio illegittimo, se è vero che il vantaggio competitivo che costui acquista sul mercato non merita forse protezione, altrettanto potrebbe non dirsi per chi abbia acquistato le unità immobiliari che si vadano o siano state costruite. In altri termini, anche dagli effetti *contra ius* che taluno gode possono sorgere situazioni giuridiche dipendenti e, per così dire, sempre incolpevoli. Sicché, avendo riguardo a queste posizioni, potrebbe sembrare non infondata una limitazione del potere di autoannullamento. L'obiezione non è priva di valore, ma a parere di chi scrive essa deve essere superata a fronte del fatto che, da un lato, i titolari di queste situazioni dipendenti, talvolta, godono di altre protezioni giurisdizionali (quali ad esempio potrebbero essere date, sempre nell'esempio posto, dalla risoluzione del contratto o dalla tutela risarcitoria o *quanti minoris*); per altro verso, è capostipite di queste diverse situazioni dipendenti una loro genesi illegittima. Il che non si può ripetere per chi abbia a subire il danno della miglior posizione competitiva di cui altri goda. Dovendosi, dunque, confrontare le une con le altre, pare poziore quella che riconosce maggior evidenza a chi possa vantare una posizione *secundum legem*.

[41] M. Trimarchi, *Stabilità*, cit., *passim* e 356.

Da questo punto di vista, pertanto, l'estensione (art. 63, comma 1, d.l. 31 maggio 2021, n. 77) all'istituto dei limiti stabiliti dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. 7 agosto 1990, n. 241, è forse più giustificata di quanto non sia l'applicazione diretta dei medesimi limiti all'annullamento giurisdizionale[42].

Ma, almeno nelle ipotesi in cui la ragione d'illegittimità riposi sul vizio della funzione, l'atto di riesame dovrebbe risultare doveroso[43], per proteggere dalle lesioni indirette che l'atto di primo grado è in grado di cagionare sulla sommatoria dei singoli individui che compongono la generalità[44].

Alla luce di queste considerazioni, dunque, si deve forse riflettere sulla ragionevolezza della soluzione a cui lo stesso legislatore ha dato seguito nel 2005, con l'ampliamento, in tal modo introdotto, della funzione dell'atto di secondo grado.

Detta soluzione impedisce l'annullamento dell'atto viziato anche nei casi in cui il provvedimento di primo grado sia viziato dall'eccesso di potere.

Anzi, proprio perché nelle ipotesi dell'art. 21-*octies*, comma 2, cit. l'annullamento è precluso in via generale, gli ulteriori limiti all'annullamento previsti dall'art. 21-*nonies* sembrano riferirsi anche ai casi in cui il provvedimento di primo grado possa risultare viziato sotto il profilo funzionale. Quando, invece, una tale conclusione dovrebbe ritenersi esclusa, per le ragioni appena sostenute.

In definitiva, impedire l'autoannullamento di un provvedimento viziato da eccesso di potere consente all'autorità amministrativa di agire in difformità dalla sua funzione e di stabilizzare gli effetti della sua disfunzionale azione.

L'irragionevolezza che viene così a emergere porta, pertanto, a chiedersi se la disciplina dell'art. 21-*nonies*, creando il descritto *deficit* di tutela, sia, prima ancora che opportuna, del tutto conforme al dettato costituzionale.

Una tale evenienza, tuttavia, sembra essere stata esclusa dalla stessa sentenza della Corte da cui ha preso lo spunto questo studio, perché essa ha negato l'illegittimità dell'art. 21-*nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, sia pure sotto il ristretto, ma collegato, profilo dell'inderogabilità del termine entro cui agire in secondo grado.

[42] Anche in questo caso, si consenta, per brevità di argomentazione circa le proprie tesi, di rinviare al proprio precedente studio F. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 319.

[43] Una conclusione simile forse può leggersi anche nella tesi sostenuta da M. Allena, *L'annullamento*, cit., 141 s.: «In ogni caso, comunque, la discrezionalità dell'amministrazione non dovrebbe porsi in (addirittura, dichiarato) contrasto con le scelte legislative, ma dovrebbe essere sempre funzionale a una migliore attuazione di queste ultime, risolvendosi essa nel «potere di apprezzare in un margine determinato l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare. La valutazione discrezionale sarebbe, cioè, pur sempre operata sulla base degli interessi protetti dalle norme specificamente violate che attribuiscono il potere di primo grado o, comunque, ne regolano l'esercizio». Rispetto a questo A., tuttavia, la tesi qui avanzata muove da un presupposto diverso. Vale a dire sul fatto che l'interesse pubblico considerato dall'art. 21-*nonies* non coincida con la funzione dell'atto di primo grado.

[44] La conclusione potrebbe sembrare simile a quella proposta da M. Allena, *L'annullamento*, cit., 15, s, secondo cui vi sarebbe una sorta di necessità dell'annullamento d'ufficio, quando vi ricorrano ragioni di interesse pubblico, a sua volta da intendersi come l'interesse pubblico a cui soggiace l'atto di primo grado e, quindi, come distinto da un indifferenziato interesse pubblico, di qualsiasi tipo esso possa essere. In tal caso, infatti, secondo l'A. (152), i due presupposti per l'autoannullamento (dato dalla presenza dei vizi sostanziali di legittimità e dalla sussistenza dell'interesse, finirebbero per coincidere. Rispetto a quella tesi, tuttavia, vi sono alcune distinzioni e si ritiene di segnalarne ameno una. Essa è data dall'ipotesi in cui l'atto, originariamente viziato per eccesso di potere, riesca, per ragioni sopravvenute, a perseguire con i suoi effetti la finalità istituzionale in un momento successivo a quello della sua emanazione. Secondo quel che qui si sostiene, il provvedimento dovrebbe essere autoannullato e eventualmente potrebbe essere riemanato, con perdita tuttavia, degli effetti *retroattivi*. Secondo la tesi proposta dall'A., se ben si è inteso, all'autoannullamento non si dovrebbe dare corso.

Eppure, proprio le premesse da cui questa sentenza muove (circa la non identità di potere e funzione) forse avrebbero dovuto portare ad opposti risultati.

Su un piano più generale, invece, si ritiene che sia più aderente alla Costituzione un dettato normativo che renda doveroso l'annullamento d'ufficio nei casi in cui l'atto di primo grado sia viziato per eccesso di potere, quando pure vi si oppongano altri interessi, pubblici o privati.

Francesco Volpe

IV.
Contratti pubblici

1. Appalti pubblici e cybersicurezza

La disciplina speciale dell'acquisto di beni e servizi informatici nei settori sensibili dopo il DPCM 30 aprile 2025

Sommario: 1. Introduzione. – **2.** La disciplina generale codicistica sugli appalti pubblici dei beni e servizi informatici. – **3.** La disciplina speciale dettata dal DPCM 30 aprile 2025. – **3.1.** La collocazione degli appalti pubblici di beni e servizi informatici, disciplinati dal DPCM 30 aprile 2025, nell'ambito della sistematica della disciplina codicistica. – **3.2.** La partecipazione degli operatori economici extra-UE agli appalti pubblici di beni e servizi informatici disciplinati dal DPCM 30 aprile 2025, con particolare riferimento ai casi di tutela della sicurezza nazionale. – **4.** Osservazioni conclusive.

1. Introduzione.

Lo scorso 5 maggio 2025 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il DPCM 30 aprile 2025 recante "*Disciplina dei contratti di beni e servizi informatici impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici e della sicurezza nazionale*", il quale introduce una disciplina specifica per l'acquisto, da parte della p.a., di beni e servizi informatici essenziali in settori sensibili, prevedendo importanti misure di cybersicurezza[1].

Si tratta, in particolare, di contratti pubblici aventi ad oggetto tecnologie critiche – come infrastrutture di rete, software di sicurezza, sistemi di videosorveglianza e gestione dell'accesso, piattaforme cloud e storage, strumenti di identificazione e comunicazione – destinati ad essere utilizzati in ambiti di primaria rilevanza per la vita e la sicurezza dello Stato e delle sue articolazioni.

Tale intervento si colloca all'interno di un più ampio disegno istituzionale volto al rafforzamento della resilienza cibernetica dello Stato[2].

[1] Tra i primi commenti sul tema, riferiti al testo originario del DDL AC1717 e della legge 28 giugno 2024 n. 90 cui il DPCM 30 aprile 2025 dà attuazione, si vedano: L. Previti, *La nuova legge sulla cybersicurezza, un passo avanti e due indietro*, in *Giornale di diritto amministrativo*, I, 2025, 60 ss.; G. Fiorinelli e M. Giannelli (a cura di), *Il DDL Cybersicurezza (AC1717). Problemi e prospettive in vista del recepimento della NIS 2*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, I, 2024; L. Nannipieri, *Cybersicurezza e appalti pubblici: verso un nuovo (e incerto) quadro regolatorio*, in G. Fiorinelli e M. Giannelli (a cura di), *Il DDL Cybersicurezza (AC1717). Problemi e prospettive in vista del recepimento della NIS 2*, cit., 19 ss.

[2] Sul più ampio tema della regolamentazione della sicurezza cibernetica dello Stato e delle sue articolazioni, nell'ambito di una vasta letteratura si vedano *ex multis*: M. Macchia e G. Sferrazzo, *Sicurezza e rischio tecnologico. La funzione di cybersecurity*, in *Diritto amministrativo*, I, 2025, 109 ss.; L. Moroni, *La Governance della cybersicurezza a livello interno ed europeo: un quadro intricato*, in *Federalismi*, 2024, 179 ss.; M.A. Rizzi e F. Serini, *Una proposta di studio dei concetti di cybersicurezza e cyberresilienza in senso giuridico tra ordinamento europeo e italiano*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2024, 115 ss.; P.G. Chiara, *DDL Cybersicurezza: tra l'inasprimento della risposta penale del legislatore nazionale e il modello preventivo-amministrativo della*

Negli ultimi anni, infatti, non solo a livello nazionale, ma anche a livello europeo[3] e globale, si è progressivamente affermata la consapevolezza che la sicurezza nazionale non può più essere garantita esclusivamente con strumenti di difesa tradizionali, ma richiede anche un controllo attivo e consapevole degli strumenti tecnologici utilizzati dalla p.a.

Nell'ordinamento italiano, ad esempio, la creazione dell'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (ACN)[4], l'adozione della Strategia nazionale di cybersicurezza[5] 2022-2026, le misure normative in tema di Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica (PSNC)[6] e la recente legge in materia di raf-

direttiva NIS2, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2024, 31 ss.; S. Rossa, *Cybersicurezza e Pubblica Amministrazione*, Napoli, 2023; L. Previti, *Pubblici poteri e cybersicurezza: il lungo cammino verso un approccio collaborativo alla gestione del rischio informatico*, in *Federalismi*, 2022, 65 ss.; L. Previti, *La gestione del rischio informatico nella decisione amministrativa robotica*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2022, 67 ss.; F. Serini, *La nuova architettura di cybersicurezza nazionale: note a prima lettura del decreto-legge n. 82 del 2021*, in *Federalismi*, 2022, 241 ss.; B. Bruno, *Cybersecurity tra legislazioni, interessi nazionali e mercato: il complesso equilibrio tra velocità, competitività e diritti individuali*, in *Federalismi*, 2020, 11 ss.;

[3] Come è noto lo sviluppo e la regolamentazione della cybersicurezza in Italia si colloca, a sua volta, all'interno di una più grande strategia comunitaria volta a rinforzare e soprattutto coordinare le difese cibernetiche dei Paesi europei e dell'Unione europea.
A livello europeo, le principali tappe relative alla creazione di un quadro giuridico comune in materia di cybersicurezza sono rappresentate da: l'istituzione della European Network and Information Security Agency -ENISA- (con regolamento UE/2004/460) che costituisce l'agenzia europea destinata ad operare in materia di cybersicurezza con importanti compiti in punto di cooperazione e coordinamento dell'attività dei singoli Stati membri; la direttiva UE 2016/1148, c.d. direttiva NIS I ("Network and Information System") la quale, oltre ad istituire il sistema di governance europea in materia, *inter alia*, prevede che alcuni soggetti, quali gli "operatori dei servizi essenziali" indicati dalla direttiva (OES) e i "fornitori di servizi digitali" (FSD) che offrono servizi all'interno dell'UE, debbano adottare misure tecniche e organizzative per rendere sicure le proprie reti e i sistemi informatici e più in generale debbano garantire il rispetto di alti standard di cybersicurezza; il regolamento UE 2019/881 (c.d. Cybersecurity Act) che implementa i compiti e le funzioni dell'ENISA; la direttiva UE 2022/2555, c.d. direttiva NIS II, che abroga e sostituisce la precedente NIS I, la quale potenzia e rafforza le misure già introdotte con la precedente NIS I e conferma, tra le altre cose, l'istituzione delle autorità nazionali in materia di cybersicurezza (c.d. autorità nazionali competenti NIS).

[4] L'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale è stata istituita con d.l. 14 giugno 2021, n. 82, recante "Disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell'architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale" e costituisce l'autorità NIS di riferimento nell'ordinamento italiano.
Sull'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale si vedano, *ex multis*: L. Moroni, *La Governance della cybersicurezza a livello interno ed europeo: un quadro intricato,* cit.; G.G. Cusenza, *I poteri dell'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale: una nuova regolazione del mercato cibernetico*, in R. Ursi (a cura di), *La sicurezza nel cyberspazio*, Milano, 2023, 123 ss.; L. Parona, *L'istituzione dell'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, 709 e ss.

[5] Ci si riferisce al documento, di carattere programmatico e di indirizzo generale, adottato dall'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale, che illustra le principali sfide da affrontare in tema di cybersicurezza nel quadriennio di riferimento, gli obiettivi da raggiungere e le strategie da impiegare. In particolare, la citata Strategia nazionale di cybersicurezza persegue tre obiettivi fondamentali: i. Obiettivo protezione (ovverosia "*la protezione degli asset strategici nazionali, attraverso un approccio sistemico orientato alla gestione e mitigazione del rischio, formato sia da un quadro normativo che da misure, strumenti e controlli che possono abilitare una transizione digitale resiliente del Paese. Di particolare importanza è lo sviluppo di strategie e iniziative per la verifica e valutazione della sicurezza delle infrastrutture ICT, ivi inclusi gli aspetti di approvvigionamento e supply-chain a impatto nazionale*"); ii. Obiettivo risposta (ovverosia "*la risposta alle minacce, agli incidenti e alle crisi cyber nazionali, attraverso l'impiego di elevate capacità nazionali di monitoraggio, rilevamento, analisi e risposta e l'attivazione di processi che coinvolgano tutti gli attori facenti parte dell'ecosistema di cybersicurezza nazionale*"); iii. Obiettivo sviluppo (ovverosia "*lo sviluppo consapevole e sicuro delle tecnologie digitali, della ricerca e della competitività industriale, in grado di rispondere alle esigenze di mercato. La costellazione di centri di eccellenza e imprese che compongono, assieme all'accademia, il tessuto della ricerca e dello sviluppo è infatti un patrimonio essenziale per il nostro Paese con importanti potenzialità di espansione*"). Ai fini del presente articolo giova sottolineare che anche all'interno della Strategia nazionale di cybersicurezza, nell'ambito dell'obiettivo protezione, viene ribadito che costituisce un aspetto di particolare importanza il rafforzamento delle misure di cybersicurezza all'interno delle "*infrastrutture ICT, ivi inclusi gli aspetti di approvvigionamento e supply-chain a impatto nazionale*", una formulazione molto ampia, e che data proprio la sua ampiezza sembra ricomprendere appieno la fornitura e l'approvvigionamento di beni e servizi informatici (o comunque infrastrutture ICT in genere) anche da parte di soggetti pubblici.

[6] Il perimetro di sicurezza nazionale cibernetica è stato istituito con d.l. 21 settembre 2019, n. 105, il cui fine, a mente dell'art. 1, co.

forzamento della cybersicurezza nazionale e dei reati informatici (di cui alla legge 28 giugno 2024, n. 90) rappresentano le tappe principali di questo percorso.

In tale contesto, gli appalti pubblici di beni e servizi informatici nei settori "sensibili", qualificati tali per la presenza di interessi nazionali strategici e per esigenze di difesa nazionale, assumono un'importanza cruciale e una particolare complessità che portano ad elevare la sicurezza cibernetica dello Stato al rango di un vero e proprio principio generale[7] che, nella materia specifica, affianca i principi della *par condicio* e della massima partecipazione, che tradizionalmente governano le procedure di scelta del contraente.

Il DPCM 30 aprile 2025, emanato in attuazione dell'art. 14 della legge 28 giugno 2024 n. 90, come si vedrà meglio nel proseguo, si muove esattamente su questa linea: esso mira ad assicurare che alcuni beni e servizi informatici (di natura "essenziale" o "critica"), quando vengono acquistati dalla p.a. per essere utilizzati nei suddetti settori "sensibili" (qualificati tali per la presenza di interessi nazionali strategici e per esigenze di difesa nazionale), siano intrinsecamente sicuri e provengano da soggetti potenzialmente non ostili.

A tal fine, il citato DPCM, introduce per l'acquisto di tali tecnologie requisiti di sicurezza stringenti sia sotto il profilo tecnico, imponendo il rispetto di alti livelli di cybersicurezza, sia sotto il profilo soggettivo, garantendo che l'operatore economico, qualora appartenente a Stati extra-UE, provenga da Paesi ritenuti "affidabili" sulla scorta di considerazioni geopolitiche.

L'obiettivo, evidentemente, è duplice: da un lato, prevenire l'introduzione di vulnerabilità informatiche in settori pubblici altamente sensibili; dall'altro, evitare che fornitori sotto l'influenza di potenze estere non alleate accedano a dati sensibili dell'apparato statale.

Trattandosi pur sempre di contratti pubblici, la disciplina dettata dal DPCM deve comunque necessariamente coordinarsi con le disposizioni del codice dei contratti pubblici, la cui applicazione, all'apparenza scontata, risulta tuttavia problematica sotto diversi profili.

Il presente articolo si propone pertanto di esaminare il DPCM al fine di fornirne l'inquadramento sistematico nell'ambito della disciplina nazionale dei contratti di appalto pubblici ponendo attenzione anche alle concrete ricadute operative.

A tal fine, dopo aver inquadrato il DPCM nella cornice del vigente codice dei contratti pubblici, l'attenzione si focalizzerà su alcuni profili problematici di immediata evi-

---

1, del medesimo d.l., è quello di "*assicurare un livello elevato di sicurezza delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici delle amministrazioni pubbliche, degli enti e degli operatori pubblici e privati aventi una sede nel territorio nazionale, da cui dipende l'esercizio di una funzione essenziale dello Stato, ovvero la prestazione di un servizio essenziale per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato e dal cui malfunzionamento, interruzione, anche parziali, ovvero utilizzo improprio, possa derivare un pregiudizio per la sicurezza nazionale* […]." I soggetti ricompresi nel PSNC sono individuati con separato DPCM non soggetto a pubblicazione o istanze di accesso, con la conseguenza che solo i soggetti ivi ricompresi riceveranno comunicazione della relativa iscrizione all'interno del PSNC.
In generale sul PSNC si veda, fra tutti, S. Mele, *Il Perimento di sicurezza nazionale cibernetica e il nuovo "golden power"*, in G. Cassano e S. Previti (a cura di), *Il diritto di internet nell'era digitale*, Milano, 2020, 186 ss.

[7] Come evidenziato dalla dottrina, il concetto di cybersicurezza tenderebbe ormai a distinguersi e ad assumere una propria autonomia rispetto al concetto di sicurezza nazionale, pur rimanendo a questo strettamente connesso. Cfr. in ptc. M. Macchia e G. Sferrazzo, *Sicurezza e rischio tecnologico. La funzione di cybersecurity*, cit., 115 ss.
Sotto questo profilo la dottrina giunge anche ad affermare che la cybersicurezza potrebbe essere qualificata come vero e proprio bene pubblico. *Ex multis* si veda R. Brighi e P.G. Chiara, *La cybersecurity come bene pubblico: alcune riflessioni normative a partire dai recenti sviluppi nel diritto dell'Unione Europea*, in *Federalismi*, 2021, 18 ss.

denza, ravvisabili nel rapporto con in contratti esclusi o con i contratti della difesa e nel chiarimento del regime di partecipazione a tali gare da parte degli operatori economici extra-UE.

2. La disciplina generale codicistica per gli appalti di beni e servizi informatici.

Le direttive europee sugli appalti pubblici e sui contratti di concessione (Direttive 2014/23-24-25/UE) non contengono disposizioni specifiche riferite al settore degli appalti di beni e servizi informatici e alle relative misure di cybersicurezza[8].

Come è noto, in attuazione delle medesime direttive, il legislatore nazionale ha adottato due distinti codici. Mentre nel primo (d.lgs. 50/2016) non vi sono norme in materia di cybersicurezza, nel vigente codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 36/2023, sono state invece introdotte due disposizioni specifiche: l'art. 19, co. 5, e l'art. 108, co. 4[9].

L'art. 19, co. 5, del d.lgs. 36/2023, allo scopo di tutelare la sicurezza cibernetica delle gare pubbliche generalmente considerate impone a tale fine una serie di obblighi in capo sia alle stazioni appaltanti, sia agli operatori economici[10].

Da un lato, la norma stabilisce che le stazioni appaltanti e gli operatori economici che prendono parte alle procedure di evidenza pubblica – che, giova ricordare, devono svolgersi in forma digitalizzata – hanno l'obbligo di adottare misure tecniche e organizzative a presidio della sicurezza informatica e della protezione dei dati personali[11].

Dall'atro, rivolgendosi alle sole stazioni appaltanti, la norma stabilisce che queste ultime hanno l'ulteriore obbligo di assicurare e curare la formazione del personale addetto alle gare, garantendone anche il costante aggiornamento[12].

[8] Come è stato notato da S. Rossa, *Appalti pubblici e cybersecurity, fra (maggior) programmaticità e (minor) operatività nella disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, II/2024, 340, con specifico riferimento alla mancata regolamentazione della materia da parte del legislatore comunitario, "*le Direttive 2014/23-24-25/UE in materia di appalti e concessioni non contengono né una disciplina generale sugli appalti di cybersecurity né minime e particolari disposizioni. Questo aspetto, che di primo acchitto può essere giustificato con la riconduzione di questa materia all'ambito di stretto interesse nazionale "tradizionale" dei diversi Paesi membri (nonostante vi sia una precisa disciplina europea in materia di appalti nel settore della difesa), comporta che l'intervento in materia di appalti di cybersecurity sia demandato ai legislatori domestici*". Sebbene non sia presente nelle direttive europee in materia di appalti pubblici, la disciplina generale della cybersicurezza in ambito europeo si rinviene in altre fonti normative e, in particolare, nel c.d. Cybersecurity Act contenuto nel Regolamento 2019/881 e nelle altre fonti indicate *supra sub* nota 3.

[9] In generale, sulla disciplina recata dal codice dei contratti pubblici in materia di cybersicurezza si veda T. Cocchi, *La cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici: un tentativo di ricostruzione delle regole del gioco tra requisiti di partecipazione, criteri di aggiudicazione ed esigenze di certezza*, in *Munus*, I, 2024, 177 ss.

[10] Per un'analisi dettagliata della norma in esame si rinvia a G. Vesperini, *Commento all'articolo 19*, in A. Botto e S. Castrovinci Zenna (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, 200 ss.

[11] Cfr. G. Vesperini, *Commento all'articolo 19*, cit., 211, ove si sottolinea che "*La relazione del Consiglio di Stato giustifica così la norma: 'in attesa che le iniziative di regolazione dell'utilizzazione di strumenti e tecnologie digitali, anche per quanto concerne i profili di sicurezza, vengano portate a compimento e, soprattutto, concretamente attuate', le norme in esame 'sono funzionali anche a favorire la diffusione di misure, da parte delle amministrazioni, utili alla qualificazione e alla sicurezza, stimolando anche per tale via una uniformità di standard e una crescita complessiva della cultura della sicurezza informatica nella pubblica amministrazione e tra gli operatori economici*".

[12] Non deve essere sottovalutata l'importanza della norma sotto il profilo della formazione e del costante aggiornamento del

L'altra disposizione codicistica che viene in rilievo, come anticipato, è l'art. 108, co. 4, specificamente dedicato all'acquisto di beni e servizi informatici da parte della p.a.[13].

Nello specifico la norma prevede che, nelle procedure di evidenza pubblica aventi ad oggetto beni e servizi informatici, le stazioni appaltanti, al fine di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa, devono sempre tenere in considerazione gli elementi di cybersicurezza[14].

Ciò posto in via generale, quando l'acquisto delle predette tecnologie è connesso alla "*tutela degli interessi nazionali strategici*" l'amministrazione ha l'obbligo di attribuire alla componente della cybersicurezza una importanza ancora maggiore, o meglio uno "*specifico e peculiare rilievo*". In tali casi, infatti, le stazioni appaltanti devono limitare il peso dell'offerta economica entro il 10% del punteggio complessivo, attribuendo quindi alla componente tecnica dell'offerta (comprensiva delle misure di cybersicurezza cui deve essere dato "*specifico e peculiare rilievo*") un peso percentuale di almeno il 90% del punteggio complessivo[15].

Le disposizioni sopra esaminate esauriscono la disciplina dettata dall'attuale codice dei contratti pubblici in materia che quindi risulta contenuta essenzialmente in due soli articoli[16].

Il primo (art. 19, co. 5) non si riferisce direttamente agli appalti pubblici di beni e servizi informatici ma mira a tutelare la sicurezza cibernetica delle procedure di *procurement* in generale.

Il secondo (art. 108, co. 4), invece, si riferisce proprio a questa particolare tipologia di contratti pubblici ed è finalizzata a garantire, in ultima analisi, che le tecnologie acquistate dalla p.a. siano "sicure" ed abbiano idonee garanzie di cybersicurezza.

L'elemento della cybersicurezza, dunque, rappresenta il nucleo centrale della disciplina già recata dal codice in materia di contratti pubblici di beni e servizi informatici, il cui acquisto non può prescindere dalla

---

personale amministrativo. La materia della cybersicurezza, soprattutto nel settore delle gare pubbliche, si presenta particolarmente tecnica e – soprattutto, come avviene di consueto in ambito tecnologico – è una materia caratterizzata da una rapidissima evoluzione, il che implica che la formazione e l'aggiornamento del personale delle stazioni appaltanti costituisce un presupposto fondamentale per garantire la resilienza cibernetica della p.a.
Cfr. G. Vesperini, *Commento all'articolo 19*, cit., 212.

[13] Cfr. G. Macdonald, *Commento all'articolo 108*, in A. Botto e S. Castrovinci Zenna (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, 977 ss.

[14] Cfr. S. Rossa, *Appalti pubblici e cybersecurity, fra (maggior) programmaticità e (minor) operatività nella disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 341.

[15] Cfr. S. Rossa, *Appalti pubblici e cybersecurity, fra (maggior) programmaticità e (minor) operatività nella disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 341, ove l'A. in particolare specifica che "*L'art. 108, co. 4, del Codice, invece, al quarto periodo stabilisce che nelle procedure di approvvigionamento di forniture e servizi informatici per l'Amministrazione Pubblica le stazioni appaltanti, e le centrali di committenza, dovendo procedere con l'aggiudicazione sulla base del criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa, sono tenute a considerare gli elementi di cybersecurity nella valutazione dell'elemento qualitativo-tecnico dell'offerta; e qualora tali procedure siano riferibili a contesti rilevanti per gli interessi nazionali strategici, le stazioni appaltanti devono limitare la ponderazione della valutazione della componente economica dell'offerta a dieci punti percentuali del punteggio complessivo, in tal modo aumentando notevolmente "il peso" della componente tecnica dell'offerta.*"

[16] Parte della dottrina ha comunque evidenziato che l'introduzione di tali due nuove disposizioni nel d.lgs. 36/2023, sebbene abbia risvolti positivi poiché ha il merito di codificare importanti principi, d'altro lato ha comunque una "*portata limitata: vengono formalizzati due aspetti che, nella realtà dei fatti, erano presenti già prima dell'intervento normativo del 2023 – soprattutto in relazione a quelle Amministrazioni aggiudicatrici da sempre deputate agli appalti di tecnologia. Appare inesatto ritenere che, prima dell'entrata in vigore del recente Codice appalti, le stazioni appaltanti non considerassero l'elemento della cybersicurezza nella valutazione della componente tecnica dell'offerta in gare relative a forniture, servizi e processi informatici*", cfr. S. Rossa, *Appalti pubblici e cybersecurity, fra (maggior) programmaticità e (minor) operatività nella disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 341.

presenza di misure di sicurezza informatica, le quali dovranno essere sempre tenute in considerazione e, qualora impattino su settori connessi alla tutela di interessi nazionali strategici, dovranno essere valutate con specifico e peculiare rilievo.

Per quanto riguarda la formulazione dell'art. 108, co. 4, come visto, la norma risulta formulata in modo ampio e generico (i.e., non viene stabilito, a monte, quali sono gli elementi di cybersicurezza da tenere obbligatoriamente in considerazione oppure le modalità con cui valutare il loro impatto complessivo sull'offerta) con la conseguenza che spetterà alle singole stazioni appaltanti, nell'esercizio dei propri poteri discrezionali, il compito (assai delicato) di "tenere in considerazione" o di attribuire "specifico e peculiare rilievo" agli elementi di cybersicurezza dei prodotti o dei servizi informatici da acquistare.

Questo approccio, che lascia ampi spazi di discrezionalità alle stazioni appaltanti, da un lato, ha il pregio di valorizzare il soddisfacimento "su misura" oppure "*taylor made*" dei fabbisogni tecnologici del soggetto pubblico[17]; dall'altro, venendo a mancare standard uniformi – seppur minimi – di cybersicurezza risulta problematico sia perché rischia di non assicurare il medesimo livello di protezione alle diverse amministrazioni, sia perché lascia margini interpretativi per la definizione degli "interessi nazionali strategici" che farebbe scattare obblighi più stringenti sul versante della cybersicurezza, con conseguente mancanza di uniformità.

3. La disciplina speciale dettata dal DPCM 30 aprile 2025.

Il recente DPCM 30 aprile 2025, come anticipato, si inserisce da ultimo nell'ambito della strategia nazionale di rinforzo della sicurezza cibernetica delle tecnologie utilizzate dalla p.a. e reca una disciplina specifica per alcuni appalti pubblici di beni e servizi informatici, ritenuti "cruciali" per il corretto funzionamento dello Stato e delle sue articolazioni e dunque meritevoli di una maggior tutela sul versante cibernetico e informatico.

È opportuno chiarire fin da subito che il DPCM in oggetto non si applica indistintamente a tutti gli appalti pubblici aventi ad oggetto tecnologie. Esso si applica solamente agli appalti pubblici di beni e servizi informatici impiegati in due settori specifici, ovverosia: i) in contesti connessi alla tutela di interessi nazionali strategici[18]; ii) in contesti connessi alla tutela della sicurezza nazionale.

Ciascun contesto di riferimento, poi, è destinatario di una specifica disciplina *ad hoc* che mira a garantire che le tecnologie ivi impiegate rispettino elevati standard di cybersicurezza.

In merito al primo "contesto", relativo alla tutela di interessi nazionali strategici, il DPCM prevede, in sostanza, che le pubbli-

[17] Cfr. S. Rossa, *Appalti pubblici e cybersecurity, fra (maggior) programmaticità e (minor) operatività nella disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 341-342.

[18] Il DPCM in esame, tuttavia, non contiene una definizione positiva della nozione di "interessi nazionali strategici." Ciò, come già evidenziato dalla dottrina, l'assenza di un'esatta perimetrazione dell'ampio concetto di "interessi nazionali strategici" costituisce una prima (e notevole) criticità del DPCM ora in esame che ne potrebbe ostacolare la corretta applicazione e generare un notevole contenzioso in una materia già di per sé altamente tecnica e relativa a interessi o contesti – comunque denominati – sensibili.
Cfr. L. Nannipieri, *Cybersicurezza e appalti pubblici: verso un nuovo (e incerto) quadro regolatorio*, cit., 20-21.

che amministrazioni[19] e i soggetti privati inseriti nel PSNC, qualora intendano acquistare taluni beni e servizi informatici elencati nell'allegato 2 al DPCM, devono assicurarsi che tali tecnologie posseggano gli elementi essenziali di cybersicurezza indicati nell'allegato 1 al DPCM.

Il decreto in esame fa riferimento, più precisamente, a beni e servizi informatici[20] a forte impatto sul piano cibernetico e spesso interconnessi con altre infrastrutture critiche, quali, ad esempio, software di sicurezza, apparati di rete, piattaforme di gestione dei dati, sistemi di videosorveglianza, sistemi "cloud" e di "storage", dispositivi di autenticazione e strumenti di controllo degli accessi, la cui elencazione completa (e tassativa) è contenuta nell'allegato 2.

La natura di tali tecnologie, unitamente al loro impiego in contesti connessi alla tutela di interessi nazionali strategici rende necessaria e indispensabile la presenza di misure di cybersicurezza rafforzate.

Sotto quest'ultimo profilo il DPCM fa riferimento alla necessaria presenza di "elementi essenziali di cybersicurezza"[21], elencati nel dettaglio all'interno dell'allegato 1 al DPCM, i quali, in via esemplificativa, ricomprendono: la protezione da accessi non autorizzati; sistemi di autenticazione e gestione dell'identità; sistemi di protezione della riservatezza e dell'integrità di dati, personali o di altro tipo; caratteristiche tecniche e funzionali che mirano a prevenire vulnerabilità informatiche; la disponibilità di aggiornamenti di sicurezza tempestivi e certificati.

Anche se sul punto il DPCM è silente, la presenza dei citati "elementi essenziali di cybersicurezza" costituisce un primo filtro selettivo per la ricerca della contraente privato per la pubblica amministrazione, introducendo, più che una modalità di valutazione delle offerte, una condizione di ammissibilità delle medesime. Il DPCM, infatti, non stabilisce che i requisiti di cybersicurezza costituiscano elementi premiali, ma al contrario impone che le tecnologie che la pubblica amministrazione intenda acquistare debbano necessariamente e inderogabilmente possedere specifici requisiti tecnici.

In sede di gara, dunque, alla luce della normativa appena esaminata, deve ritenersi che possano essere valutate esclusivamente le offerte che dimostrino la piena conformità agli standard di cybersicurezza previsti. Ne consegue, *a contrario*, che un'offerta anche economicamente più vantaggiosa rispetto alle altre, ma che difetti dei richiamati requisiti di cybersicurezza, debba essere dichiarata inammissibile in quanto non strutturalmente conforme alla disciplina speciale di settore.

[19] L'art. 1, co. 1, lett. a), del DPCM 30 aprile 2025, nel delimitare l'ambito di applicazione soggettivo della normativa, fa riferimento ai soggetti di cui all'art. 2, co. 2, del codice dell'amministrazione digitale, di cui al d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, il quale a sua volta rimanda all'art. 1, co. 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. In buona sostanza, tramite i rinvii operati dal DPCM 30 aprile 2025, si arriva a coprire pressoché l'intera platea dei soggetti pubblici il che, tenuto conto delle finalità del DPCM in esame, potrebbe risultare sovrabbondante. Come sottolineato da L. Nannipieri, *Cybersicurezza e appalti pubblici: verso un nuovo (e incerto) quadro regolatorio*, cit., 21, (ove l'A. si riferisce segnatamente all'art. 10 del DDL 1717 ma la cui formulazione, sul punto, è rimasta pressoché inalterata nell'attuale art. 1, co. 1, lett. a) del DPCM 30 aprile 2025) l'elenco dei destinatari della norma "*appare decisamente ampio*" e "*Come osservato in sede istruttoria (cfr. audizione dell'ANCI), l'ambito di applicazione della disposizione dovrebbe essere meglio specificato, in quanto il rinvio* per relationem *all'art. 2, co. 2, d.lgs. 82/2005 condurrebbe ad una generalizzata efficacia applicativa della disposizione anche a soggetti che non svolgono attività di approvvigionamento di beni e servizi informatici legati alla tutela di interessi nazionali strategici. Si pensi, ad esempio, alla generalità delle società a controllo pubblico, ovvero agli istituti di istruzione ovvero, ancora, alla generalità indiscriminata degli enti locali*".

[20] DPCM 30 aprile 2025, art. 3, il quale rinvia all'allegato 2.

[21] DPCM 30 aprile 2025, art. 2, il quale rinvia all'allegato 1.

Per quanto riguarda il secondo ambito di applicazione del DPCM 30 aprile 2025, ovverosia quello relativo agli appalti pubblici di beni e servizi informatici ove vengono in rilievo esigenze di tutela della sicurezza nazionale, la disciplina ivi contenuta presenta un approccio diverso.

In primo luogo, viene delimitato con più precisione l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina.

Ai sensi dell'art. 4, co. 1, del DPCM, è espressamente previsto che i casi in cui vengono in rilievo esigenze di tutela della sicurezza nazionale sono quelli in cui le tecnologie di cybersicurezza sono destinate ad essere impiegate dai soggetti inclusi nel PNSC[22] e riguardano le reti, i sistemi informativi e i servizi informatici "*da cui dipende l'esercizio di una funzione essenziale dello Stato, ovvero la prestazione di un servizio essenziale per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato e dal cui malfunzionamento, interruzione, anche parziali, ovvero utilizzo improprio, possa derivare un pregiudizio per la sicurezza nazionale, è istituito il perimetro di sicurezza nazionale cibernetica*"[23], ovvero che sono funzionali alla loro protezione fisica e logica.

In tali casi si applicano criteri di premialità, in maniera paritaria ed uniforme, alle proposte o alle offerte che contemplino l'uso di tecnologie di cybersicurezza provenienti, oltre che dall'Italia, da Paesi ritenuti "affidabili" e segnatamente: da Paesi appartenenti all'Unione europea; da Paesi aderenti all'Alleanza atlantica (NATO); da Paesi terzi individuati nell'allegato 3 del DPCM[24].

Emerge in modo chiaro che, nel contesto della sicurezza nazionale, più che sul profilo oggettivo della fornitura, il DPCM in esame pone l'accento in modo particolare sul profilo soggettivo dei fornitori, e in particolare sulla loro affidabilità e sicurezza desunte sulla base di considerazioni essenzialmente geopolitiche e diplomatiche.

Il DPCM, tuttavia, non specifica ulteriormente il contenuto dei sopra richiamati criteri di premialità né le loro modalità di applicazione, così come non contiene una disciplina specifica attraverso cui valutare l'affidabilità e la sicurezza dei predetti operatori economici.

In assenza di una specifica regolamentazione sul punto, dovrebbe trovare applicazione la relativa disciplina contenuta nel codice dei contratti pubblici oppure, eventualmente, la disciplina contenuta negli accordi internazionali che vengono in rilievo.

Infine, deve essere notato che l'art. 4 del DPCM 30 aprile 2025, che esaurisce la disciplina in materia di contratti pubblici di tecnologie in casi in cui vengono in rilievo esigenze di tutela della sicurezza nazionale, non specifica nel dettaglio (come lo stesso DPCM fa a in merito agli appalti pubblici di tecnologie impiegate in contesti connessi alla tutela di interessi nazionali strategici) quali sono le tecnologie coinvolte e/o i relativi requisiti di cybersicurezza, né richiama espressamen-

[22] L'art. 4, co. 1, del DPCM 30 aprile 2025, si riferisce infatti ai soggetti di cui all'art. 1, co. 2-*bis*, del d.l. 105/2019, il quale, rinviando all'art. 1, co. 2, lett. a), fa riferimento a tutti i soggetti (amministrazioni pubbliche, enti e operatori pubblici e privati) inclusi nel Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica.

[23] L'art. 4, co. 1, del DPCM 30 aprile 2025, rimanda alle "reti, sistemi informativi e servizi informatici" di cui all'art. 1, co. 2, lett. b) del d.l. 105/2019, il quale a sua volta rimanda all'art. 1, co. 1, del medesimo d.l. 105/2019 sopra riportato.

[24] L'allegato 3 del DPCM 30 aprile 2025, fa riferimento ai Paesi terzi che sono parte di accordi di collaborazione sia con l'Unione europea sia con la NATO in materia di cybersicurezza, protezione delle informazioni classificate, ricerca e innovazione. Nello specifico, tali Paesi sono: Australia, Corea del Sud, Giappone, Israele, Nuova Zelanda e Svizzera.

te gli allegati 1 e 2. Esso si riferisce esclusivamente a "proposte" e "offerte che contemplino l'uso di tecnologie di cybersicurezza"[25], senza ulteriori specificazioni.

Non è quindi chiaro se, e in che misura, l'elenco dei beni e servizi contenuti nell'allegato 2, così come gli elementi essenziali di cybersicurezza contenuti nell'allegato 1 trovino applicazione anche in tale ambito. Il silenzio del legislatore su questo punto apre a diverse opzioni interpretative. Ad esempio, una interpretazione restrittiva (ma più giustificabile in punto di diritto e coerente sotto il profilo sistematico e testuale) potrebbe sostenere, senza troppo margine di errore, che in assenza di un richiamo esplicito gli allegati 1 e 2 del DPCM non si applichino in questo caso. Ne deriverebbe che le offerte "premiate" potrebbero riguardare anche tecnologie non tipizzate (non solo quelle indicate nell'allegato 2 del DPCM) e che i requisiti essenziali di cybersicurezza (indicati nell'allegato 1 del DPCM) non costituirebbero un requisito tecnico minimo dell'offerta. Si tratta, tuttavia, di una questione aperta, che potrà essere chiarita solo attraverso la prassi applicativa o eventuali interventi interpretativi del legislatore.

3.1. La collocazione degli appalti pubblici di beni e servizi informatici, disciplinati dal DPCM 30 aprile 2025, nell'ambito della sistematica della disciplina codicistica.

Una prima questione interpretativa di un certo rilievo concerne la qualificazione giuridica degli appalti pubblici disciplinati dal DPCM 30 aprile 2025.

Considerato che tali contratti sono sottoposti ad una disciplina speciale e si riferiscono ad un ambito caratterizzato dalla presenza di interessi nazionali strategici e da esigenze di sicurezza nazionale, i primi dubbi da sciogliere impongono di chiarire se tali contratti rientrino nell'ambito dei c.d. contratti esclusi dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici oppure se restino comunque all'interno del perimetro codicistico attratti nell'ambito della disciplina speciale dettata per gli appalti della difesa; ovvero se rientrino nella disciplina generale del codice pur se con le specialità recate dal DPCM.

Come è noto, il Codice contempla anche la categoria dei contratti c.d. esclusi, per tali intendendosi i contratti pubblici che, per espressa previsione legislativa, sono sottratti, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici[26].

La *ratio* alla base di tale esclusione, è altrettanto noto, si rinviene nella peculiare ed eterogenea natura degli interessi e delle ragioni sottese alla loro aggiudicazione, quali, ad esempio, il carattere *intuitu personae* del contratto, motivi di riservatezza o segretezza, la dimensione internazionale del mercato nonché il rispetto di delicati equilibri politico-diplomatici.

La rilevanza di tali interessi può giustificare che la disciplina di tali contratti sia

[25] DPCM 30 aprile 2025, art. 1, co. 1, lett. c).

[26] Nel vigente codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 36/2023 la norma di riferimento è contenuta nell'art. 13 del codice che prevede che "*le disposizioni del codice non si applicano ai contratti esclusi*".
Per quanto riguarda l'individuazione delle singole categorie di contratti esclusi, l'art. 56 individua i contratti esclusi nei settori ordinari, mentre gli artt. 141-152 recano l'elenco dei contratti esclusi nei settori speciali.
Per un'analisi approfondita dell'art. 13 del d.lgs. 36/2023, si veda S. Toschei, *Commento all'articolo 13*, in A. Botto e S. Castrovinci Zenna (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, 132 ss.

demandata a fonti normative autonome e settoriali, estranee al codice.

Come si è visto nei paragrafi che precedono, gli appalti pubblici di beni e servizi informatici regolati dal DPCM 30 aprile 2025 presentano effettivamente molte di queste caratteristiche: sono caratterizzati dalla presenza di rilevanti e sensibili interessi nazionali, si rivolgono ad una platea internazionale, coinvolgono delicate considerazioni di carattere politico-diplomatico e sono soggetti ad una disciplina specifica dettata ad hoc dallo stesso DPCM.

La compresenza di tutti questi elementi e considerazione potrebbe indurre a collocare tali contratti al di fuori della disciplina codicistica.

Tuttavia, né il codice dei contratti pubblici, né le direttive comunitarie cui esso dà attuazione, né il DPCM 30 aprile 2025, prevedono, espressamente o implicitamente, che tali contratti rientrino nell'ambito dei contratti esclusi e che debbano essere conseguentemente assoggettati ad una diversa disciplina extracodicistica.

Non potendosi prescindere da una espressa indicazione legislativa in tal senso, è quindi evidente che i contratti pubblici regolati dal DPCM in esame, sebbene posseggano spiccati elementi di specialità, rientrano nel perimetro della disciplina codicistica la cui inclusione, tra l'altro, è del tutto coerente con la disciplina speciale recata dallo stesso DPCM che non introduce, ad esempio, diverse modalità o procedure di aggiudicazione, ma insiste, essenzialmente, sui requisiti tecnici minimi delle offerte e sui requisiti soggettivi premiali da attribuire ad alcuni operatori economici.

Rimanendo nell'ambito della disciplina codicistica, è poi comunque da escludere che il richiamo fatto agli interessi nazionali strategici e alle esigenze di sicurezza nazionale valga a consentire la collocazione degli appalti disciplinati dal DPCM 30 aprile 2025 nella categoria degli appalti nel settore della difesa e della sicurezza regolati dall'art. 136 del d.lgs. 36/2023.

Sia l'espresso riferimento a "interessi strategici nazionali" ed a "esigenze di sicurezza nazionale", sia il fatto che molti beni e servizi informatici oggetto del DPCM potrebbero essere impiegati in contesti militari o "*dual use*", possono originare il dubbio che tali appalti rientrino nella disciplina del citato art. 136, il quale prevede che "*le disposizioni del codice si applicano ai contratti aggiudicati nei settori della difesa e della sicurezza*" ad eccezione dei contratti che: a) rientrano nell'ambito di applicazione del d.lgs. 15 novembre 2011 n. 208 (recante "Disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza, in attuazione della direttiva 2009/81/CE"); b) ai quali non si applica nemmeno il d.lgs. 208/2011, in virtù dell'art. 6 del medesimo.

Tuttavia, l'ambito oggettivo del DPCM appare più ampio e generale: non riguarda necessariamente beni o servizi tecnologici progettati in modo specifico per scopi militari, né si limita a forniture destinate al Ministero della Difesa o ad altri enti del comparto difensivo. Al contrario, il decreto si rivolge alla generalità delle amministrazioni pubbliche, nonché ai soggetti privati inseriti nel PSNC.

Non pare dunque che i contratti regolati dal DPCM 30 aprile 2025 possano essere di per sé ricompresi in quelli della difesa, salvo ovviamente il caso che l'oggetto della fornitura sia costituito da beni o servizi tecnologici espressamente progettati per fini difensivi.

In linea generale la disciplina prevista dal DPCM 30 aprile 2025 non è dunque riconducibile nel perimetro degli appalti della difesa almeno fintanto che riguardi spe-

cificamente forniture di natura militare in senso stretto.

I contratti d'appalto disciplinati dal DPCM 30 aprile 2025, quindi, pur se caratterizzati dalla presenza di interessi nazionali strategici e di esigenze di difesa nazionale non sono dunque riconducibili nell'ambito dei c.d. contratti esclusi, né in quello degli appalti nei settori della difesa e sicurezza atteso che l'ambito oggettivo del DPCM è più ampio.

Alla luce delle considerazioni svolte, dunque, a livello di inquadramento sistematico, gli appalti pubblici presi in considerazione dal DPCM 30 aprile 2025 rientrano nell'ambito della disciplina generale dettata dal codice dei contratti pubblici, con la conseguenza che, in linea di principio, le procedure di aggiudicazione di tali contratti saranno disciplinate dai principi e dalle norme ordinarie contenute nel d.lgs. 36/2023.

Si deve tuttavia considerare che il DPCM, per quanto sia una fonte secondaria, introduce elementi di specialità della disciplina con specifico riferimento all'introduzione di requisiti minimi di cybersicurezza in punto di presentazione delle offerte e di un maggior *favor* verso la partecipazione di operatori economici appartenenti a Paesi ritenuti sicuri sulla scorta di valutazioni diplomatiche e geopolitiche.

Non si può pertanto ignorare che sotto tale profilo le disposizioni del DPCM integrano con carattere di specialità la disciplina generalmente dettata dal codice dei contratti pubblici. Si può tuttavia ritenere che la disciplina in parte derogatoria introdotta dal DPCM si muova comunque nel rispetto del principio di legalità e della gerarchia del sistema delle fonti in quanto il decreto è stato emanato in attuazione di una specifica norma di legge, l'art. 14 della l. 90/2024, che sotto questo profilo offre idonea copertura legislativa.

3.2. La partecipazione degli operatori economici extra-UE agli appalti pubblici di beni e servizi informatici disciplinati dal DPCM 30 aprile 2025, con particolare riferimento ai casi di tutela della sicurezza nazionale.

Una seconda questione interpretativa di rilievo concerne l'individuazione delle condizioni di partecipazione delle imprese stabilite in Paesi extra-UE alle gare pubbliche per l'affidamento dei contratti disciplinati dal DPCM 30 aprile 2025, soprattutto in contesti connessi alla tutela della sicurezza nazionale ove il decreto in esame introduce un chiaro *favor* nei confronti di alcuni Paesi che possono anche non appartenere alla UE[27].

L'art. 4 del DPCM, come visto, introduce un sistema di premialità selettiva fondato sul Paese di origine delle tecnologie utilizzate nelle offerte. In base a tale disposizione, sono previsti criteri premiali per le proposte che contemplino l'uso di tecnologie di cybersicurezza provenienti da:

i) operatori economici stabiliti in Italia;

ii) operatori economici stabiliti in altri Stati membri dell'Unione europea;

iii) operatori economici stabiliti in Paesi aderenti alla NATO;

[27] In generale sul tema della partecipazione degli operatori economici extracomunitari alle procedure di evidenza pubblica bandite in Italia, seppur con riferimento alla normativa recata dal previgente codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016, sia consentito il rinvio a S. Francario, *La partecipazione alle gare d'appalto pubblico degli operatori economici extracomunitari*, in *Amministrativamente*, 2022, 145 ss.

iv) operatori economici stabiliti in Paesi terzi indicati nell'allegato 3 del DPCM.

Con riguardo ai punti i) e ii) non sorgono particolari problemi di sorta: è noto che in base al codice dei contratti pubblici, tanto gli operatori economici nazionali, quanto quelli comunitari, possono partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici in condizioni di parità[28].

Più problematica potrebbe risultare la partecipazione degli operatori economici appartenenti ai Paesi extra-UE richiamati dal DPCM che, nello specifico, fa riferimento a Stati Uniti e Canada (quali Paesi aderenti alla NATO e non facenti parte dell'Unione europea), nonché ad Australia, Corea del Sud, Giappone, Israele, Nuova Zelanda e Svizzera (quali Paesi elencati nell'allegato 3 del DPCM).

È altrettanto noto, infatti, che la partecipazione degli operatori economici extracomunitari, al contrario di quanto avviene con gli operatori economici stabiliti nell'Unione europea, non è "automatica": la *lex specialis*, infatti, potrebbe prevedere un generale divieto di partecipazione per tali operatori; potrebbe imporre condizioni di partecipazione più gravose; oppure, al ricorrere di determinate condizioni, potrebbe garantire loro la partecipazione in condizioni di parità con gli operatori nazionali e comunitari.

L'attuale codice dei contratti pubblici, all'art. 69, prevede che "*se sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) e dagli altri accordi internazionali cui l'Unione è vincolata, le stazioni appaltanti applicano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei Paesi terzi firmatari di tali accordi un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del codice*"[29].

In altre parole, l'art. 69 del d.lgs. 36/2023 stabilisce che gli operatori economici extracomunitari possono partecipare e gareggiare in condizioni di parità con gli operatori nazionali e comunitari solamente al ricorrere di uno dei seguenti requisiti: i) l'appalto in questione rientra nell'ambito del Government Procurement Agreement (GPA; detto anche accordo internazionale sugli appalti pubblici: AAP); oppure, ii) l'appalto in questione rientra nell'ambito di un altro accordo internazionale firmato dall'Unione europea.

Il GPA[30], richiamato dall'art. 69 del d.lgs. 36/2023, rappresenta una delle principali fonti normative sovranazionali che disciplinano la materia dei contratti pubblici e costituisce un accordo internazionale plurilaterale stipulato all'interno della World Trade Organization (WTO)[31]. Tuttavia, tale accordo non è vincolante nei confronti di tutti i membri della WTO, ma solamente nei confronti delle parti (ovverosia degli Stati) che lo hanno espressamente sottoscritto.

[28] Cfr. D.lgs. 36/2023, art. 65.

[29] L'art. 69 del d.lgs. 36/2023 riprende in maniera pressoché identica l'art. 49 del previgente d.lgs. 50/2016.
Sull'inquadramento generale e sulla disciplina recata dall'art. 49 del d.lgs. 50/2016 si rinvia a F. Fracchia, *Fonti internazionali*, in M.A. Sandulli e R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui Contratti Pubblici*, Milano, 2019, II, 84 ss. Sulla disciplina recata dall'art. 69 del d.lgs. 36/2023 si rinvia a M. Martinelli, *Commento all'articolo 69*, in A. Botto e S. Castrovinci Zenna (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, 706.

[30] Nell'ambito di una vastissima letteratura, sul GPA si rinvia per tutti a S. Arrowsmith e R.D. Anderson (edito da), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge, 2011, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

[31] Sulla struttura e sul funzionamento generale della WTO si vedano, *ex multis*: Van De Bossche e D. Prévost, *Essentials of WTO Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016; B.M. Hoekamn e P.C. Mavroidis, *World Trade Organization – Law, Economics and politics*, New York, 2016.

Ad oggi, come risulta anche dal database ufficiale della WTO, tale accordo risulta sottoscritto da 22 Paesi[32] tra cui, oltre all'Unione europea e i suoi Stati membri, si rinvengono anche Australia, Canada, Israele, Giappone, Corea del Sud, Nuova Zelanda, Svizzera e Stati Uniti.

Nel delimitare l'ambito oggettivo di applicazione dell'accordo occorre fare riferimento all'articolo 2 del GPA in base al quale è previsto che: i) l'accordo non si applica indistintamente a tutti gli appalti aggiudicati dagli Stati firmatari; ii) al contrario, l'accordo si applica solamente a quegli appalti specifici che ciascuno Stato firmatario, al momento della propria adesione, inserisce nell'Appendice I del GPA (c.d. "*covered procurement*").

L'Appendice I è suddivisa in più allegati ove gli Stati firmatari devono ulteriormente specificare l'ambito di applicazione oggettiva dell'accordo e, in particolare, devono indicare: i) le amministrazioni cui si applica il GPA e le relative soglie di rilevanza per l'acquisto di beni e servizi[33]; ii) i beni e i servizi ricompresi nell'ambito di applicazione del GPA[34]; iii) eventuali eccezioni all'applicazione del GPA.

Ebbene, in una gara pubblica bandita da uno dei Paesi sopra evidenziati, qualora detta gara rientri nell'ambito dei "*covered procurement*", troveranno applicazione, oltre alla normativa nazionale, anche le disposizioni contenute nel GPA, tra cui, in particolare, per quanto qui interessa, l'articolo 4.

L'articolo 4 del GPA, rubricato "*general principles*", costituisce una norma fondamentale dell'accordo in quanto reca i principi fondamentali che si applicano alle procedure di evidenza pubblica governate dal trattato.

Nello specifico, l'art. 4, ai commi 1 e 2[35], riporta due fondamentali regole del commercio internazionale, ovverosia: la *National treatment rule* (c.d. *Nt rule*), in base alla quale l'amministrazione deve concedere agli operatori economici degli Stati firmatari del GPA un trattamento non meno favorevole di quello che lo Stato banditore riserva alle proprie imprese e ai propri beni e servizi; e la *Most favoured nation rule* (c.d. *Mfn rule*) in base alla quale l'amministrazione non deve effettuare discriminazioni tra le imprese straniere provenienti da diversi Stati firmatari del GPA.

Quanto affermato dall'articolo 4, commi 1 e 2, del GPA si riflette (anche e soprattutto) in punto di partecipazione delle imprese extracomunitarie agli appalti aggiudicati da

[32] L'Unione europea e i suoi Stati membri contano come un'unica parte in quanto il GPA è stato sottoscritto direttamente dalla prima.

[33] Segnatamente, nell'Allegato 1 vengono indicate le amministrazioni centrali e le relative soglie di rilevanza per l'acquisto di beni e servizi; nell'Allegato 2 vengono indicate le amministrazioni sub-centrali e le relative soglie di rilevanza per l'acquisto di beni e servizi; nell'Allegato 3 vengono indicate tutte le altre amministrazioni e le relative soglie di rilevanza per l'acquisto di beni e servizi.

[34] Nell'Allegato 4 e nell'Allegato 5 vengono specificati, rispettivamente, i beni e i servizi rientranti nell'ambito di applicazione del GPA.

[35] Nello specifico, l'art. 4, co. 1, del GPA prevede che "*With respect to any measure regarding covered procurement, each Party, including its procuring entities, shall accord immediately and unconditionally to the goods and services of any other Party and to the suppliers of any other Party offering the goods or services of any Party, treatment no less favourable than the treatment the Party, including its procuring entities, accords to: a) domestic goods, services and suppliers; and b) goods, services and suppliers of any other Party*".
Mentre l'art. 4, co. 2, del GPA stabilisce che "*With respect to any measure regarding covered procurement, a Party, including its procuring entities, shall not: a) treat a locally established supplier less favourably than another locally established supplier on the basis of the degree of foreign affiliation or ownership; or b) discriminate against a locally established supplier on the basis that the goods or services offered by that supplier for a particular procurement are goods or services of any other Party*".

stazioni appaltanti italiane: in questo caso, infatti, se l'appalto bandito rientra tra i "*covered procurements*", allora, anche gli operatori economici extracomunitari potranno accedervi, in quanto destinatari di un trattamento non meno favorevole di quello riservato agli operatori economici nazionali.

Ricostruiti i tratti essenziali del quadro normativo di riferimento, a livello nazionale e internazionale, occorre a questo punto verificare se e in che modo i principi sopra richiamati si possano applicare agli operatori economici extra-UE, nei confronti dei quali il DPCM 30 aprile 2025 prevede l'applicazione di elementi premiali, nel caso in cui intendano partecipare agli appalti pubblici di beni e servizi informatici in settori connessi a esigenze di tutela della sicurezza nazionale.

Punto di partenza è l'art. 69 del d.lgs. 36/2023 il quale, in merito, rinvia al GPA.

In primo luogo, dunque, bisogna verificare se la commessa pubblica da aggiudicare rientri nell'ambito dei "*covered procurements*" del GPA, sia sotto il profilo soggettivo che sotto il profilo oggettivo.

In merito al rispetto dell'ambito soggettivo di applicazione del GPA non dovrebbero sorgere particolari problemi in quanto, si è visto, il GPA è stato sottoscritto anche da Australia, Canada, Israele, Giappone, Corea del Sud, Nuova Zelanda, Svizzera e Stati Uniti, ovverosia i Paesi ritenuti "più sicuri e affidabili" da parte del DPCM 30 aprile 2025.

Per quanto riguarda l'ambito oggettivo di applicazione del GPA, la questione non può essere risolta in via teorica in quanto occorre verificare, nel concreto, una serie di elementi fondamentali della commessa pubblica quali il valore della commessa (che deve rispettare le soglie di rilevanza indicate nell'Appendice 1), le tecnologie o i servizi richiesti (che devono coincidere con i beni e i servizi indicati nell'Appendice 1) e l'assenza di eventuali esclusioni.

Se entrambi questi profili risultano soddisfatti e l'appalto rientra nell'ambito dei "*covered procurements*" del GPA, allora nei confronti degli operatori economici extra-UE presi in considerazione dal DPCM 30 aprile 2025 troveranno applicazione, in punto di partecipazione alla procedura di evidenza pubblica, la *Mfn rule* e la *Nt rule* contenute nell'art. 4 del GPA, la cui applicazione, come visto, garantisce la partecipazione di tali operatori economici in condizioni di sostanziale parità con gli operatori economici nazionali ed UE.

Nel caso in cui non dovesse applicarsi il GPA e non dovessero trovare applicazione neanche eventuali altri accordi internazionali – stipulati tra gli Stati coinvolti nella predetta procedura di procurement ed aventi ad oggetto la reciproca apertura dei rispettivi mercati dei contratti pubblici – allora la partecipazione degli operatori economici extra-UE contemplati dal DPCM 30 aprile 2025 sarà rimessa alla discrezionalità delle singole stazioni appaltanti, le quali potranno decidere di vietarne la partecipazione, renderla più gravosa oppure consentirla in condizione di parità con gli operatori economici nazionali e comunitari.

4. Osservazioni conclusive.

Il DPCM 30 aprile 2025 si inserisce in una traiettoria normativa e strategica che riflette la crescente centralità degli interessi di sicurezza cibernetica nello spazio pubblico. Il provvedimento rappresenta un primo esempio concreto di disciplina attuativa in materia di appalti pubblici di tecnologie informatiche impiegate in contesti sensibili, e come tale costituisce un tassello essenziale

del nuovo assetto multilivello della sicurezza tecnologica nazionale.

Come emerso dall'analisi condotta, il DPCM delinea un doppio regime: da un lato, quello relativo ai contesti connessi alla tutela degli interessi nazionali strategici, per i quali vengono specificamente individuati beni e servizi informatici soggetti a obblighi stringenti in termini di cybersicurezza e affidabilità tecnica dell'offerta; dall'altro, quello afferente alla tutela della sicurezza nazionale, che introduce meccanismi premiali selettivi basati sull'origine geografica delle tecnologie impiegate, con chiaro riferimento alla loro provenienza da Stati ritenuti affidabili in chiave geopolitica.

È stato inoltre chiarito che, sebbene gli appalti disciplinati dal DPCM in oggetto siano caratterizzati de esigenze di tutela di interessi nazionali sensibili e di tutela della difesa nazionale, ciò non vale ad assoggettare tali contratti alla disciplina dei "contratti esclusi" o dei contratti "della difesa e sicurezza" (salvo, in quest'ultimo settore, casi particolari), ragion per cui rimangono assoggettati alle norme ordinarie dettate dal codice dei contratti pubblici integrato con la disciplina speciale prevista dal DPCM grazie alla copertura legislativa contenuta nell'art. 14 della l. 90/2024.

Non mancano, tuttavia, alcuni aspetti problematici che il DPCM 30 aprile 2025 lascia irrisolti. Tra questi, l'ampia discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti nella definizione del concetto di "interessi strategici nazionali", con il rischio di applicazioni disomogenee, e la mancata esplicita previsione, nel contesto della sicurezza nazionale, di requisiti tecnici minimi di cybersicurezza, che il DPCM sembra sostituire accontentandosi di una valutazione fondata unicamente sulla provenienza geopolitica dell'operatore economico. Lo stesso tema della partecipazione degli operatori economici extra-UE, rispetto al quale il DPCM introduce un sistema di premialità fondato su criteri geopolitici e diplomatici, rimane comunque denso di implicazioni problematiche. Tale partecipazione, alla luce dell'art. 69 del d.lgs. 36/2023 e della normativa contenuta nel GPA, può essere infatti garantita a condizione che l'appalto rientri tra i c.d. "*covered procurements*". In difetto di tale copertura, la partecipazione di tali operatori economici non è preclusa a monte, ma rimarrà soggetta alla valutazione discrezionale delle stazioni appaltanti.

Simone Francario

2. Appunti sparsi in tema di principio del risultato ed esecuzione del contratto

La fase dell'esecuzione del contratto, diversamente da quanto sovente avvenuto in passato, conosce oggi una nuova vita grazie all'avvento del d. lgs. n. 36/2023 ove, all'art. 1, campeggia il principio (*immanente*) del risultato.

Tradizionalmente, infatti, vi è sempre stato un "buco" tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, tanto che una buona parte delle controversie relative alla fase successiva all'aggiudicazione riguarda il versamento della cauzione e/o il suo incameramento "automatico" come atto dovuto e strettamente consequenziale al rifiuto di stipulare il contratto, considerato legittimo dalla giurisprudenza amministrativa anche dopo l'intervento, affatto in linea con tale orientamento, della Corte di Giustizia del 2024[1].

Sul punto, le Sezioni Unite sono state chiamate a dirimere intricate questioni sul versante della giurisdizione, risolte, in linea di principio, nei seguenti termini:

- anzitutto, se si tratta di questioni rientranti nella materia degli appalti pubblici, sussiste, in linea di principio, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, tranne che la controversia investa questioni appartenenti alla fase esecutiva del contratto, laddove la giurisdizione è del giudice ordinario;

[1] Di recente, Tar Lazio, Rm, 3.2.2025 n. 2329, secondo cui: "*In materia di gare di appalto e di contratti della P.A., deve ritenersi che, nonostante la pronuncia della recente sentenza C-403/23 del 26 settembre 2024 della Corte di Giustizia, che ha confermato la fondatezza dei dubbi interpretativi sollevati dal giudice italiano, chiarendo che l'incameramento automatico della cauzione, quale conseguenza automatica dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un appalto pubblico – indipendentemente dalla natura delle regolarizzazioni eventualmente operate dall'offerente negligente e, pertanto, in assenza di qualsiasi motivazione individuale – non appare compatibile con il diritto europeo, è legittimo il trattenimento automatico della garanzia fideiussoria prestata dal concorrente escluso (nella specie, per tardiva assunzione di lavoratori disabili e per violazione di obblighi informativi nei confronti della stazione appaltante) ove, per un verso, l'importo della cauzione provvisoria sia particolarmente esiguo e, per l'altro, sia comprovata la condotta negligente tenuta dall'operatore economico interessato, in forza della quale è stata disposta la esclusione. Il trattenimento automatico della garanzia fideiussoria prestata dall'operatore economico partecipante ad una gara pubblica, è conseguenza ed effetto legale del provvedimento di esclusione dalla gara stessa e non necessita, pertanto, di motivazione, venendo in rilievo un'attività vincolata dell'Amministrazione. Il comma 6 dell'art. 106, d.lgs. n. 36* del 2023, stabilisce che «la garanzia copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all'affidatario». Si tratta di una disposizione in parte innovativa rispetto alla disciplina contenuta nell'art. 93, co. 6, d.lgs. 50/2016, che delimitava l'ambito di operatività della garanzia al solo momento successivo all'aggiudicazione. La garanzia in esame persegue essenzialmente due finalità: quella di garantire il rispetto delle regole di gara e la serietà dell'offerta presentata (come sottolineato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 198 del 2022) e quella di liquidare in via anticipata e forfettaria il danno subito dall'amministrazione aggiudicatrice per qualunque fatto riconducibile all'impresa, che abbia impedito la stipula del contratto". Sul punto, Cons. Stato, V, 6.4.2023 n. 3571.

- conseguentemente, "*rientra nella giurisdizione del G.A. una controversia relativa all'incameramento della cauzione provvisoria che non attiene alla fase esecutiva del rapporto, mai sorto, con il concorrente, ma alla fase deliberativa dell'aggiudicazione, in cui si configurano poteri pubblicistici della stazione appaltante, relativi al bando e alla valutazione delle offerte e nella quale la sorte della cauzione è dipendente dalla adozione del provvedimento amministrativo di esclusione dalla gara, manifestazione di poteri autoritativi, che ne* è *il presupposto e alla cui legittimità occorre aver riguardo*"[2].

In questo contesto vi sta anche la scelta dell'amministrazione, con apposito atto discrezionale, di non procedere alla stipula del contratto e di revocare l'intera gara, anche questo fucina di diversi contenziosi e di complessi orientamenti della giurisprudenza.

Tra le questioni che si stimano più interessanti, significativa pare quella in cui vi sia una carenza originaria nel finanziamento o un sopravvenuto definanziamento della procedura.

La più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato consente la revoca solo in caso di "*carenza originaria o sopravvenuta della copertura finanziaria*"[3] e che quindi questa non possa disporsi che sulla scorta di dati obiettivi, diremmo "numerici", in grado di giustificare un atto "traumatico" – in quanto investe *ab imis* la procedura – quale è la revoca, evitando, nel contempo, di innescare conflitti con i partecipanti alla stessa, anche a carattere risarcitorio.

Sul punto, si stima utile proporre due osservazioni:

- **a** anzitutto, la revoca non può discendere – come pure accade sovente – dalla *paura* generata dal *rischio* di un definanziamento; il definanziamento deve essere effettivo ed oggettivamente accertato. Diversamente, l'atto di revoca non è giustificato ed esporrà la Stazione Appaltante a responsabilità risarcitorie;
- **b.** in secondo luogo, la revoca, in quanto legata ad un fatto obiettivo, può intervenire in qualsiasi fase della gara, anche dopo l'aggiudicazione in quanto "*la carenza originaria e sopravvenuta* giustifica *la revoca dell'affidamento di un appalto pubblico, anche all'indomani della stipula di quest'ultimo*" e persino allorché "*le procedure di gara … siano giunte all'aggiudicazione definitiva*". È "*la perdita* (definitiva *n.d.s.*) *della copertura finanziaria* a rappresentare *una circostanza che legittimamente può indurre l'amministrazione a rivalutare i motivi di interesse pubblico sottesi all'affidamento di un contratto … riconducibile alla principale ipotesi di revoca di provvedimenti amministrativi*"[4].
- **c.** Infine, si consideri che, se la carenza è *originaria,* di essa dovranno essere edotti tutti gli operatori economici, in modo da non creare aspettative e/o legittimo affidamento in capo ad alcuno; se, invece, la carenza è *sopravvenuta,* a prescindere dall'esistenza di apposite clausole di salvaguardia (ordinariamente inserite nella *lex specialis*), il venir meno del finanziamento impone all'Amministrazione di valutare se esistano ancora le condizioni per procedere all'aggiudicazione

[2] SS.UU., ord. 11.1.2019 n. 540.

[3] Cons. Stato, Sez. V, 13.9.2025 n. 7571.

[4] Cons. Stato, Sez. V, 13.7.2020 n. 4514.

o anche alla stipula del contratto (dopo la stipula le questioni si pongono in un'ottica differente, che, ordinariamente, esula dal campo pubblicistico). La revoca è atto "materialmente dovuto" laddove venga meno il finanziamento dell'opera, del servizio o della fornitura oggetto della gara, ancorché si tratti sempre di un atto discrezionale. E ciò perché, se da un lato, l'Amministrazione non può assumere obbligazioni senza apposito impegno di spesa – e, dunque, senza provvista – laddove questo si verifichi egualmente, si ingenererà un quadro da cui possono discendere responsabilità a vario titolo (tra l'altro, senza impegno di spesa, l'obbligazione si considera assunta dai soggetti singoli del rapporto contrattuale e dall'ente pubblico).

Le vicende contrattuali, in quanto confinate nell'alveo della giurisdizione del g.o., del resto, sono sempre state intese come non rilevanti rispetto al risultato e soprattutto, alla legittimità della procedura, misurata, ovviamente, sull'aggiudicazione. Tuttavia, in una visione complessiva della procedura, l'aspetto del risultato getta una nuova luce sui passaggi successivi alla aggiudicazione che sono stati sovente trascurati se non in un'orbita di legittimità inerente alla aggiudicazione stessa.

Ed invero, in un contesto proiettato al risultato, il bando può svolgere un ruolo fondamentale: la *lex specialis* – la cui congruità, razionalità e complessiva legittimità veniva solitamente esaminata in funzione della partecipazione alla gara – indubbiamente proietta la sua luce, grazie alla disciplina del d. lgs. n.36/2023, sulla fase esecutiva, in quanto è proprio il bando a porre le regole del gioco non solo nella fase pubblicistica, ma anche – salve le determinazioni ed i comportamenti delle parti – in quella definita "privatistica".

Anche su questo punto alcune osservazioni paiono necessarie:

- la questione del c.d. "bando escludente" – sulla quale la giurisprudenza si è interrogata ripetutamente e con esiti altalenanti[5] – null'altro è se non la denuncia della irrazionalità, illogicità e inutilità della procedura, non solo rispetto alla aggiudicazione, ma anche alla sua esecuzione. Il fatto che un operatore economico non sia in grado di presentare un'offerta convinta e seria, se proiettato nell'ottica del risultato – che, tuttavia, **"***non può essere utilizzato come un passepartout idoneo ad aprire, sempre e comunque, l'area della legalità ad atti e provvedimenti illegittimi*"[6] **–** evidenzia i

[5] Interessante una recente pronuncia del Tar Umbria, 19.7.2025 n. 621, secondo cui: "*In materia di contratti della P.A. e di gare appalto (nella specie, si trattava di una gara indetta dal Comune per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica), va dichiarato inammissibile, per difetto di interesse, il ricorso proposto innanzi al G.A., tendente ad ottenere l'annullamento in s.g. del bando di gara e/o la lex specialis, nel caso in cui: 1) a fondamento del ricorso sia stata posta, tra le altre, la censura di errata qualificazione dell'oggetto dell'affidamento, come concessione e non come appalto; 2) l'operatore economico ricorrente abbia omesso di dimostrare che che le previsioni della lex specialis siano tali da precludere la presentazione dell'offerta; 3) l'offerta di tale concorrente sia stata presentata e giudicata ammissibile. In tal caso, avendo parte ricorrente presentato domanda di partecipazione alla gara, l'interesse a dedurre la suddetta censura o doglianza potrebbe sorgere, semmai, soltanto in caso di esito per lei sfavorevole della procedura, e al solo fine di ottenerne l'integrale riedizione*".

[6] Interessanti osservazioni, in merito all'applicazione del principio del risultato nelle gare pubbliche, discendono da Tar Toscana, 20.5.2025 n. 900 secondo cui:
"*1. Gli atti di gara non possono validamente prevedere cause di esclusione diverse da quelle legislativamente previste e che la violazione di detta regola comporta la nullità delle (sole) clausole difformi della lex specialis, secondo il regime della nullità parziale di cui all'art. 1419, comma 2, c.c., espressione del principio generale di conservazione degli atti giuridici, secondo cui la clausola difforme vitiatur sed non vitiat, regola, oggi, espressamente codificata nell'art. 10, comma 2, seconda alinea, del d.lgs. n. 36/2023 secondo cui "… le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte". Sul versante processuale, nell'ambito delle procedure di*

possibili effetti sulla fase esecutiva delle carenze del bando stesso. Ciò è tanto vero che, in passato, a fronte di ribassi d'asta molto elevati o di basi d'asta calcolate in modo poco congruo, il risultato era il lievitare dei costi ed una revisione dei prezzi incontrollata, esattamente il contrario di quanto avviene attualmente;

- la redazione del bando è, quindi, un momento delicatissimo, perché è la prima fase di articolazione del procedimento, collegata al "progetto" e, se vogliamo, in tesi, ad una visione unitaria e dinamica della procedura stessa[7].

Se, però, le cose stanno in tal modo, non è fuori luogo avanzare una proposta eterodossa, che è quella di provare a superare la risalente distinzione tra fase pubblicistica e fase privatistica della procedura, che è ormai unica e unitaria dal progetto alla esecuzione ed è, infatti, misurata, rispetto ai

gara, la nullità di clausole escludenti può essere fatta valere in via d'azione o di eccezione, ovvero può essere rilevata d'ufficio dal giudice, secondo il meccanismo del temporalia ad agendum perpetua ad excipendium, così come previsto dall'art. 31 del c.p.a. e con le precisazioni interpretative offerte dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (1).

È affetta da nullità, per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare appalto, ex art. 10, comma 2, seconda alinea, del d.lgs. n. 36/2023, la clausola escludente del disciplinare di una gara, indetta per l'affidamento di un appalto integrato, di progettazione esecutiva ed esecuzione lavori, secondo cui incombe sugli operatori economici partecipanti alla procedura di gara l'onere di dichiarare espressamente nel DGUE il ricorso al subappalto necessario e secondo cui, in mancanza, la Commissione non può attivare il soccorso istruttorio per "sanare" eventuali omesse dichiarazioni ovvero dichiarazioni incomplete.

Il principio del risultato, *ex* art. 1, d.lgs. n. 36 del 2023non può essere utilizzato come un *passepartout* idoneo ad aprire, sempre e comunque, l'area della legalità ad atti e provvedimenti illegittimi; in sostanza, non può ritenersi che il legislatore abbia voluto codificare il perseguimento del risultato "ad ogni costo"; il risultato, prima di un principio, è una disposizione di legge, che va interpretata secondo i consueti canoni ermeneutici, come declinati nell'art. 12 delle preleggi, facendo, dunque, primario riferimento al senso "… fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse …". In detta prospettiva, l'art. 1, d.lgs. n. 36/2023dispone che le amministrazioni aggiudicatrici "perseguono il risultato", costituito dalla "massima tempestività" e dal "miglior rapporto qualità prezzo", nell'intero ciclo di vita della contrattualistica pubblica (dalla fase di affidamento sino alla fase di esecuzione) "nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.". Ai sensi del comma 4 del medesimo art. 1, "il principio del risultato costituisce il criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto". In detto contesto, non può predicarsi una dequotazione del principio di legalità in omaggio al perseguimento del risultato, anzi, il principio di legalità costituisce un espresso limite del principio del risultato e quest'ultimo costituisce il criterio orientativo primario dell'esercizio, pur sempre legittimo, della discrezionalità amministrativa. In altre parole, non è ammissibile un richiamo al principio del risultato come espressivo di una regola generale volta a "sanare" un esercizio illegittimo del potere amministrativo nella materia della contrattualistica pubblica, attraverso un approccio pan-sostanzialista che, di fatto, determina un effetto *abrogans* di tutte le regole formali previste".

[7] Sulla clausola escludente per violazione in quanto restrittiva della concorrenza, Tar Salerno, 23.5.2025 n. 948: "*In forza di quanto previsto dall'art. 100, commi 10, 11 e 12 e dall'art. 226 bis,* d.lgs. n. 36 del 2023, deve ritenersi che il vigente codice dei contratti pubblici, consente alle PP.AA. appaltanti di richiedere, quale requisito di capacità economica e finanziaria per l'ammissione alla procedura di affidamento di un servizio pubblico, un determinato fatturato globale, proporzionato al valore dell'appalto; tali norme devono essere interpretate nel senso, chiaramente corrispondente al tenore letterale, per cui l'unico requisito che può essere preteso dalla disciplina speciale di gara per la partecipazione alla procedura di affidamento di un servizio, al fine di dimostrare la capacità economica e finanziaria di un concorrente, deve fare riferimento al fatturato globale dell'impresa, non essendo desumibile la solidità economica e finanziaria di un'impresa da una parte soltanto del suo fatturato (c.d. fatturato specifico), quella specificamente avente ad oggetto gli stessi servizi che dovranno essere svolti nel caso di aggiudicazione della gara. Restringere irragionevolmente il fatturato che può essere preso in esame ad una parte soltanto delle attività economiche dell'impresa, quella esattamente corrispondente alle attività oggetto della gara, significa escludere arbitrariamente dalla competizione tutti quei concorrenti che, in base alla legge, potrebbero dimostrare una solidità economica e finanziaria adeguata, ma che hanno svolto, prevalentemente, la propria attività di impresa in settori diversi, seppure analoghi, ma non esattamente corrispondenti a quello oggetto della gara; è evidente che l'affidabilità economica di un'impresa è desumibile dall'esame del bilancio complessivo, senza la possibilità di stralciare una parte importante del bilancio, soltanto perché non riferita allo svolgimento di servizi coincidenti con quelli oggetto dell'appalto, in tal modo riducendo artificiosamente il volume d'affari effettivamente riconducibile all'impresa".

soggetti pubblici che vi orbitano della p.a., dal RuP (Responsabile Unico di Progetto) al Direttore dei lavori, al Direttore dell'esecuzione del contratto fino al coordinatore della salute e della sicurezza, al collaudatore ed all'apposito gestore dei processi digitali, ai fini del risultato e anche delle responsabilità.

La distinzione tra ramo pubblicistico e ramo privatistico dell'ordinamento, i cui confini sono mobili come noto, non può servire a parcellizzare procedimenti in cui è parte l'amministrazione le cui fasi sono tra loro funzionalmente collegate.

L'esecuzione, oggi più che mai, è in grado di determinare il risultato, come recita l'art. 1, inteso quale valutazione di legittimità in senso ampio (secondo gli insegnamenti di Lucio Iannotta), nel complesso dell'intero episodio amministrativo, il che mette in discussione l'idea tradizionale secondo cui la cesura tra le due fasi debba considerarsi netta e invalicabile.

L'errore concettuale, in questo caso, è quello di pensare che il potere si abbia solo quando incide autoritativamente sulle posizioni dei destinatari, ma così non è: anche in ambito contrattuale – come dimostra l'esecuzione delle procedure in tema di evidenza pubblica – la presenza della p.a. condiziona la parte pubblica come la parte privata; l'interesse pubblico consente poteri di intervento che il privato esercita in modo diverso, come risulta di palmare evidenza mettendo a confronto la disciplina posta dagli artt. 1665 e ss. del codice civile con quella del Codice dei contratti pubblici e delle stesse Direttive dell'Unione Europea (risalenti al 2004 ed al 2014) da cui sono germinati i Codici.

Vi è ancora di più.

La distinzione tra queste fasi finisce, in concreto di porre più problemi di quanti non ne risolva, dando luogo giocoforza ad una *koinè* di regole che potrebbe, in sé, non essere un fattore negativo a patto che ci si intenda su quale tavolo si voglia "giocare".

Si pensi, ad esempio, a cosa accade nella materia dei contributi e/o finanziamenti pubblici, laddove la distinzione tra fase pubblicistica (riconoscimento del finanziamento e rilascio *Ia tranche*) e fase privatistica (rendiconto e rilascio *IIa tranche*), determina, solitamente, contenziosi complessi, in cui la Sezione Quinta del Consiglio di Stato ha avuto talora da ridire rispetto all'orientamento consolidato da Adunanze Plenarie e Sezioni Unite, secondo cui, questa seconda fase va demandata al G.O., dimenticando che il provvedimento adottato in specie è una *revoca*, non un *recesso*, di cui non vi sono i presupposti[8].

[8] Di recente, in proposito, Tar Sicilia, Pa, 23.10.2025 n. 2316: "*Rientra nella giurisdizione del G.O. e non in quella del G.A. una controversia avente ad oggetto l'impugnazione del provvedimento con il quale la Regione ha revocato in autotutela un contributo pubblico concesso in precedenza, che sia motivato con riferimento al fatto che la società interessata ha omesso di rispettare le tempistiche di attuazione del progetto finanziato. La situazione giuridica soggettiva azionata è qualificabile in termini di diritto soggettivo, facendosi questione di atti con cui l'amministrazione, riscontrata l'inosservanza delle regole per la condotta tenuta dal concessionario, ha revocato l'agevolazione concessa, ponendo in essere un atto non idoneo ad influire sulla legittimità o sull'opportunità del provvedimento concessorio in origine assunto*"; sul punto, ancora Tar Sicilia, Pa, 7.3.2024 n. 884: " *Rientra nella giurisdizione del G.O. una controversia avente ad oggetto l'impugnazione in s.g. del provvedimento con il quale la Regione ha revocato nei confronti di un Comune un finanziamento concesso in precedenza (nella specie, per il progetto di una infrastruttura di connettività wireless, implementazione piattaforma digitale per erogazione dei servizi on-line ai cittadini, con installazione di un nuovo totem), nel caso in cui l'Amministrazione regionale abbia disposto: a) la* revoca in ragione della mancata osservanza degli obblighi condizionanti l'erogazione, scaturenti dal disciplinare che regola i rapporti tra le due parti pubbliche; b) la sostanziale decadenza del beneficiario dal contributo, per fatti accaduti posteriormente alla concessione della sovvenzione. La situazione giuridica soggettiva azionata è qualificabile in termini di diritto soggettivo, facendosi questione di atti con cui l'amministrazione, riscontrata la sopravvenuta carenza – rispetto al provvedimento di erogazione del contributo – di un requisito di ammissibilità

Il Codice del 2023, dalla prospettiva del risultato, della fiducia, dell'equilibrio contrattuale (e, si badi, anche dell'equo compenso[9]), sembra consapevole di questo, come risulta dalla disciplina dettata in tema di subappalto, recesso, risoluzione, dichiarazione di inefficacia del contratto per aggiudicazione illegittima.

Come è stato osservato in dottrina e come ritiene ormai la dottrina più accreditata, "motore" del risultato è il RUP, Responsabile Unico del Progetto, darwiniana evoluzione del Responsabile del procedimento ai sensi della legge n. 241/1990 (oggi, non a caso, citata residualmente nell'art. 15 del d. lgs. n. 36/2023) e dello stesso Responsabile Unico del Procedimento di cui ai decreti legislativi nn. 163/2006 e 50/2016.

Il RUP ha tali e tante facoltà, tali e tante responsabilità diremmo, che pare essere non più l'originario funzionario cui viene affidato un compito, di natura squisitamente esecutiva (ferme restando le prerogative del dirigente ai sensi dell'art. 6 c. 5 l.n.241/1990), ma un soggetto ormai dotato di specifica competenza, anche considerato che la giurisprudenza, nel tempo, gli ha riconosciuto sempre maggiori poteri rispetto allo svolgimento della gara (il RUP, in realtà, contribuisce alla redazione del bando, anche quando vi è una Centrale Unica di Committenza), all'accesso agli atti, all'impostazione dei corretti rapporti all'interno della procedura ad evidenza pubblica. Si fa sempre più strada, infatti, l'idea secondo la quale sarebbe bene istituire un ruolo apposito dei RUP (un po' come per i segretari comunali), in modo da garantire omogeneità delle prestazioni e certezza delle competenze che sempre sono state richieste, ma nel Codice del 2023 (v. all. I.2) sono ribadite con vigore.

Il quadro che emerge dalle superiori osservazioni è certamente ricco di spunti di riflessione e meritevole di ulteriori sviluppi ed approfondimenti, essendo evidente che la centralità che assume oggi il principio del risultato sia in grado di scardinare alcuni punti fermi, tra cui la distinzione tra la fase pubblicistica e quella privatistica (con conseguente riparto di giurisdizione tra g.a. e g.o.) nelle procedure ad evidenza pubblica, che appare sempre più incoerente con l'assiologia vigente.

Letterio Donato

imputabile alla condotta tenuta dal concessionario (che avrebbe indebitamente derogato all'obbligo di indire una gara pubblica), ha "revocato" l'agevolazione concessa, ponendo in essere un atto dal contenuto vincolato, non idoneo ad influire sulla legittimità o sull'opportunità del provvedimento concessorio in origine assunto".

[9] Cfr. art. 8 d. lgs. n. 36/2023.

3. Correttivo 2024 e collegio consultivo tecnico: prime osservazioni

Sommario: 1. Introduzione. – **2.** Il perimetro oggettivo e soggettivo del CCT. – **3.** Il CCT come arbitrato irrituale: profili di rafforzamento della indipendenza e imparzialità del collegio. – **4.** Precisazioni in punto di durata del CCT. – **5.** Il nuovo art. 216: un rafforzamento dell'obbligatorietà in senso forte del CCT e le criticità del testo legislativo. – **6.** Il problema della domanda di parte nella proposizione dei quesiti e della distinzione tra le diverse categorie di pronunciamenti del CCT. – **7.** Il rapporto con l'accordo bonario. – **8.** Il "nuovo" Allegato V.2. – **9.** La disciplina intertemporale. – **10.** Conclusioni.

1. Introduzione.

La disciplina del Collegio consultivo tecnico (CCT)[1] – artt. 215-219 e Allegato V.2 – è stata in non pochi punti modificata dal Correttivo (d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209).

La relazione illustrativa parla di necessità di affrontare, tramite il nuovo intervento legislativo, "*incertezze applicative relative al perimetro della sua attività, nonché sui relativi presupposti di istituzione, attivazione e modalità operative*", nonché di fornire chiarimenti

[1] Sul tema, in generale, A. Aniello, *Il collegio consultivo tecnico come arbitrato obbligatorio? Spunti di riflessione*, in *Riv. Arb.*, 2022, 517 ss.; F. Auletta, *Sulle conseguenze possibili e le implicazioni non necessarie dell'opzione in favore della «natura del lodo contrattuale»* per le determinazioni del Collegio consultivo tecnico, in *Riv. Arb*, 2022, 485 ss.; P. Carbone, *L'inopinata "resurrezione" del collegio consultivo tecnico*, in *Riv. Trim. App.*, 2019, 1135 ss.; P. Carbone, *La disciplina del collegio consultivo tecnico dopo il decreto del Mims 17 gennaio 2022 n. 12*, Santarcangelo di Romagna, 2022; L. Caruccio, *Collegio consultivo tecnico,* in *Commentario al Codice dei contratti pubblici,* a cura di R. Villata e M. Ramajoli, Pisa, 2024, 1002 ss.; A. Cianflone - G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano 2021, 2686 ss.; F. Francario, *La natura giuridica delle determinazioni del collegio consultivo tecnico*, in *L'amministrativista*, 2021; F. Francario, *Il Collegio consultivo tecnico. Misura di semplificazione e di efficienza o inutile aggravamento amministrativo?*, in *Giustizia insieme*, 2022; F. Francario, "*To be or not to be". Il collegio consultivo tecnico. Misura di semplificazione e di efficienza o inutile aggravamento amministrativo?*, in *L'amministrativista*, 2022; F. Francario, *Il Collegio consultivo tecnico, organismo atipico di mediazione e di conciliazione in ambito pubblicistico*, in *Giustizia insieme*, 2023; M. Frontoni, *Il collegio consultivo tecnico. Commento alle Linee Guida allegate al decreto M.i.m.s. 17 gennaio 2022, n. 12*, Santarcangelo di Romagna, 2022; F. Goisis, I*l collegio consultivo tecnico come strumento di conciliazione ed arbitrato nell'interesse della celere e esatta esecuzione del contratto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2024, 47 ss.; F. Goisis, I*l collegio consultivo tecnico nella sua veste arbitrale: profili sostanziali e di tutela giurisdizionale*, in *Giustizia insieme*, 2024; F. Goisis, *Il collegio consultivo tecnico come forma di arbitrato volontario*, in *Riv. Arb.* 2024, 559 ss.; I. Lombardini, *Spunti ricostruttivi sulla disciplina del Collegio Consultivo Tecnico nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023)*, in *Riv. Arb*, 2023, 991 ss.; I. Lombardini, *Riflessioni sul nuovo Collegio Consultivo Tecnico negli appalti pubblici*, in questa *Rivista*, 2020, 843 ss.; I. Lombardini, *Il difficile presente dell'arbitrato nei contratti pubblici e l'introduzione di altri nuovi rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale: il collegio consultivo tecnico (*ex *art. 1, commi 11-14 del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 coordinato con la legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55)*, in *Riv. Arb*, 2019 84 ss.; M. Macchia, *Alla ricerca di esperti... Rimedi alternativi ed esecuzione dell'appalto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 19 ss.; A. Maltoni, *I collegi consultivi tecnici,* in Liber amicorum *per Guido Greco,* a cura di F.G Scoca - M.P. Chiti e D.U. Galetta, Torino, 2024, 499 ss.; P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico. L'esperienza dei dispute boards e del collegio consultivo tecnico*, Napoli, 2023; C. Volpe, *Il Collegio consultivo tecnico. Un istituto ancora dagli incerti confini*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020.

"*in merito alla natura giuridica delle determinazioni del CCT in relazione alla possibile esperibilità del c.d. accordo bonario nonché ai i limiti temporali della sua operatività e alle modalità di calcolo e computo dei compensi spettanti ai componenti del collegio*".

Se molti interventi correttivi sono stati in realtà meramente formali, altri rivestono maggiore interesse pratico e sistematico.

2. Il perimetro oggettivo e soggettivo del CCT.

Soffermandosi sui profili di maggior interesse, e quindi partendo dal campo di applicazione oggettivo e soggettivo del CCT, l'obbligatorietà dei CCT è ora limitata ai contratti pubblici, inclusi quelli misti e realizzati tramite concessione e partenariato, con valore dei lavori superiori alla soglia di rilevanza comunitaria. Quanto ai contratti pubblici di forniture e servizi di qualsiasi valore, l'attivazione del CCT è ormai facoltativa, ossia rimessa alla volontà delle parti.

In effetti, i CCT nel settore delle forniture e dei servizi, introdotti solo nel 2023, non erano mai "decollati" e la relativa disciplina poneva diversi interrogativi: il quadro normativo del CCT è sempre stato pensato per lo specifico settore dei lavori, senza alcuna reale attenzione per le particolarità di servizi e forniture; la scelta, dunque, era tra un adattamento della disciplina anche a forniture o servizi, o la sostanziale soppressione del CCT per questi ultimi, e la seconda opzione ha prevalso.

Viene, d'altro canto, opportunamente esplicitata (nonostante qualche perplessità emersa in sede parlamentare[2]) l'estensione del CCT anche ai settori speciali. Si è infatti introdotto, nell'art. 141 (co. 3, lett. *i-bis*), un riferimento agli "*articoli da 215 a 219*", resi quindi indubbiamente (ed obbligatoriamente) operativi anche nei settori speciali per i lavori soprasoglia. Ciònonostante le resistenze finora incontrate nella prassi, ma in coerenza con un'opzione interpretativa già affermata dal Ministero delle Infrastrutture dei Trasporti ("MIT")[3].

Si noti che il neo-codificato accordo di collaborazione di cui all'art. 82-*bis* – le cui funzioni manutentive del rapporto contrattuale sono in parte sovrapponibili a quelle del CCT – è stato opportunamente "subordinato" funzionalmente al CCT: difatti, all'art. 4, co. 2 del nuovo Allegato II.6 (in tema di accordi di collaborazione), è espli-

[2] Senato della Repubblica, Parere della 8ª Commissione permanente del 17 dicembre 2024, in cui si osserva che : "*h) con riferimento all'articolo 39 dello schema in esame, considerato che gli appalti dei settori speciali si caratterizzano per un minore livello di contenzioso ed una notevole numerosità di appalti, sarebbe importante considerare queste caratteristiche al fine di rendere il meccanismo gestibile e applicato agli appalti maggiormente rilevanti, rivedendo l'estensione anche ai settori speciali della disciplina del collegio consultivo tecnico, rendendo l'applicazione dell'istituto facoltativa, alla luce della notevole complessità applicativa e operativa che tale applicazione comporta e della necessità di garantire tempistiche di mercato coerenti con la piena apertura concorrenziale dei settori in cui molte imprese pubbliche operano, o, in subordine al comma 1, lettera a), del suddetto articolo 39, dopo le parole: "gli articoli da 215 a 219." aggiungere le seguenti: "Per le imprese pubbliche e gli enti titolari di diritti speciali ed esclusivi le soglie per l'applicazione della disciplina del collegio consultivo tecnico sono fissate in 25 milioni di euro per i contratti di appalto di lavori e in 15 milioni di euro per i contratti di appalto di forniture e servizi.*" e Camera dei Deputati, Parere della VII Commissione del 17 dicembre 2024, in cui si osserva: "*gg) all'articolo 39, comma 1, lettera a), dello schema di decreto, valuti il Governo la possibilità di sopprimere il n. 3), che inserisce la lettera i-bis) all'articolo 141, comma 3, del codice, allo scopo di escludere le aziende operanti nei settori speciali dall'obbligo di istituire il collegio consultivo Tecnico (CCT)*".

[3] Parere 4 agosto 2023, n. 6962, che aveva tra l'altro valorizzato il "*tenore letterale della previsione di cui all'art. 215, comma l, del nuovo codice che si riferisce generalmente ai contratti, comprendendo, pertanto, ogni negozio che sia stato stipulato da una stazione appaltante o da un ente concedente (art. 2, comma l, lettera a), dell'Allegato 1.1. al Codice)*".

citato che "*In caso di costituzione di un collegio consultivo tecnico ai sensi degli articoli 215 o 218 del codice, le parti dell'accordo di collaborazione sono tenute ad osservare i pareri e le determinazioni del collegio, ove incidenti su aspetti da esso regolati*".

In tal modo, sembra assistersi anche ad un espresso ampiamento soggettivo dell'efficacia delle deliberazioni del CCT, estese a tutte le parti dell'accordo di collaborazione. Quest'ultimo, difatti, coinvolge non solo le parti dei contratti di appalto o di concessione, ma anche tutte le altre "*parti coinvolte in misura significativa nella fase di esecuzione di un contratto di lavori, servizi o forniture…*": ebbene, anch'esse sono "*sono tenute ad osservare i pareri e le determinazioni del collegio*".

Il che, a dire il vero, avrebbe suggerito di affrontare il tema (trascurato dal legislatore) su come coinvolgere le parti diverse da quelle del contratto principale nel procedimento di CCT, assicurando, anche a loro tutela, un minimo di contraddittorio. In ogni caso, pare da escludersi un'estensione soggettiva diretta della portata arbitrale delle determinazioni del CCT, atteso il necessario fondamento volontario dell'arbitrato, su cui ci soffermeremo.

3. Il CCT come arbitrato irrituale: profili di rafforzamento della indipendenza e imparzialità del collegio.

Degna di nota è anche la valorizzazione della natura arbitrale (irrituale) del CCT, ove chiamato ad emanare determinazioni su controversie contrattuali.

Più nel dettaglio, contribuendo a risolvere la discussione dottrinale in corso sulla natura del CCT nella sua veste "arbitrale", nel comma 1, primo periodo, dell'art. 215 è inserito un riferimento alla finalità di "*garantire l'indipendenza di giudizio e valutazione*" del CCT, così rispondendo alle critiche in punto di preteso difetto di terzietà del collegio (che, in tesi, avrebbe impedito di ritenerlo un vero arbitrato irrituale).

Nella stessa ottica di rafforzamento della indipendenza del collegio, all'art. 2, co. 4, dell'Allegato V.2, viene prevista la possibilità di proporre una istanza di ricusazione dei componenti del CCT al presidente del Tribunale ordinario ai sensi dell'art. 810 c.p.c. Tale istanza sarà però proponibile solo sulla base di asserite incompatibilità di un membro del collegio, quali dettagliate, senza particolari novità (salvo il loro carattere tassativo, in virtù dell'inserimento dell'avverbio "*esclusivamente*"[4]), dallo stesso art. 2.

Non sfugge, tuttavia, che *(i)* la ricusazione è prevista dal Codice di rito solo per l'arbitrato rituale, *(ii)* la giurisprudenza ne esclude l'estendibilità analogica all'arbitrato irrituale, in quanto la terzietà non costituirebbe, per quest'ultimo, principio di ordine pubblico[5] e, comunque, *(iii)* l'art. 815 c.p.c. prevede (per l'arbitrato rituale) un regime di incompatibilità molto più rigoroso di quello previsto per i membri del CCT; ad

[4] Inserimento espressamente suggerito sia Senato della Repubblica, Parere della 8ª Commissione permanente del 17 dicembre 2024: "*79) all'articolo 2, comma 3, dell'Allegato V.2 - Modalità di costituzione del Collegio consultivo tecnico, come sostituito dall'articolo 84 dello schema in esame, valuti il Governo di inserire dopo le parole: "membri del collegio" la seguente: "esclusivamente*" che dalla Camera dei Deputati, Parere della VII Commissione del 17 dicembre 2024 :"*xx) all'articolo 84 dello schema di decreto, che sostituisce l'Allegato V.2, recante modalità di costituzione del Collegio Consultivo Tecnico (CCT), valuti il Governo l'opportunità di inserire, all'articolo 2, comma 3, di tale allegato, dopo le parole: «membri del collegio» la parola: «esclusivamente»*".

[5] Tra le tante, CCa., Sez. II, 13 febbraio 2002, n. 8472; CCa, Sez. II, 25 giugno 2005, n. 13701; CCa., Sez. I, 17 novembre 2022, n. 33900.

esempio, mai un dipendente di una delle parti della controversia potrebbe essere nominato arbitro rituale, mentre tale possibilità è espressamente prevista nel caso del CCT, in relazione ai componenti "semplici" e quindi indubbiamente consentita.

Insomma, al di là delle enunciazioni di principio, la garanzia dell'indipendenza rimane essenzialmente riferita al presidente del CCT, visto che esclusivamente per esso vale l'incompatibilità per chi abbia "*svolto con riguardo ai lavori o servizi oggetto dell'affidamento, attività di collaborazione nel campo giuridico, amministrativo o economico per una delle parti*".

Il testo del Correttivo approvato in prima lettura dal Consiglio dei Ministri prevedeva, in realtà, una estensione di tale incisiva causa di incompatibilità a tutti i componenti. Esso è stato però modificato su richiesta di ANCE[6], recepita anche nel parere del Senato[7], la quale paventava ricadute negative per le imprese, che non avrebbero più potuto indicare come propri rappresentati nel CCT i professionisti di fiducia già coinvolti in una determinata commessa.

In ogni caso, operando il CCT a maggioranza, ed essendo i componenti semplici nominati da ciascuna parte, è proprio il presidente, di regola, ad avere l'ultima parola, così assicurando, in concreto, un adeguato livello di indipendenza/terzietà del collegio.

In sostanza, il legislatore sembra essersi ispirato alla tesi per cui, quale unica condizione davvero necessaria per la tenuta del procedimento arbitrale sul piano della imparzialità, le procedure di nomina degli arbitri debbano salvaguardare la parità delle parti: in altri termini, una nozione di imparzialità arbitrale dipendente non dalle eventuali relazioni tra gli arbitri e le parti del procedimento, ma affidata ad un principio di uguaglianza delle parti nella formazione del collegio arbitrale[8].

Semmai, in tale ottica appare discutibile la scelta del Correttivo di consentire sempre al MIT la nomina di un componente nei CCT nelle opere da quest'ultimo anche parzialmente finanziate (art. 1, co. 2, Allegato V.2: "*Nei casi in cui il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti partecipa al finanziamento della spesa nomina un componente del Collegio con le modalità di cui al presente comma*"). Se quel che si vuole dire è che tale membro di nomina ministeriale si aggiunge a quello di ordinaria nomina pubblica, si rischia così la creazione di un organo sbilanciato verso la parte pubblica e, con ciò, incapace di una credibile funzione conciliativa e arbitrale.

---

[6] ANCE, *Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Atto n. 226), Audizione presso le Commissioni Ambiente Camera e Senato*, 25: "*Non condivisibile è invece la modifica che estende a tutti i componenti del collegio, e non solo al presidente, la causa di incompatibilità relativa "all'aver svolto, con riguardo ai lavori o servizi oggetto dell'affidamento, attività di collaborazione nel campo giuridico, amministrativo o economico" per una delle parti. Anche in ragione della non esatta definizione dell'ambito di operatività della previsione, si corre il rischio di escludere da qualunque incarico di parte i professionisti che abbiano già in corso un rapporto di fiducia professionale con l'impresa ed abbiano, pertanto, maturato, rispetto a specifici appalti, una forma di esperienza. Sarebbe quindi opportuno confermare la normativa vigente, circoscrivendo tale causa di incompatibilità al solo presidente del Collegio, che assolutamente deve essere figura terza e imparziale*".

[7] Senato della Repubblica, Parere della 8ª Commissione permanente del 17 dicembre 2024, in cui si propone la seguente osservazione: "*80) all'articolo 2, comma 3, dell'Allegato V.2 - Modalità di costituzione del Collegio consultivo tecnico, come sostituito dall'articolo 84 dello schema in esame, valuti il Governo di inserire all'inizio della lettera c) le seguenti parole: "con riferimento al presidente del collegio*".

[8] Tra gli altri, C. Consolo, *La ricusazione dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1998, 17 ss. e L. Salvaneschi, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2004, 428 ss.

Sempre a presidio dell'indipendenza del CCT, si prevede la non revocabilità dei membri per opera delle parti. La previsione appare particolarmente incisiva, atteso che anche per gli arbitri irrituali è ammessa la revocabilità per giusta causa, *ex* art. 1726 c.c.[9].

Di nuovo, trattasi di profilo dal chiaro rilievo sistematico: una recente giurisprudenza aveva invero affermato la riconducibilità del CCT ad un rapporto fiduciario di mandato, con conseguente revocabilità del componente una volta venuto meno il rapporto fiduciario[10].

In sostanza, nel complesso, pare confermata (e rafforzata) la qualificazione del CCT come collegio arbitrale irrituale *sui generis,* in cui la terzietà/indipendenza del collegio (pur specificamente presidiata) risulta tuttavia (come peraltro usuale nel comune arbitrato irrituale) attenuata rispetto al modello dell'arbitrato rituale[11].

D'altra parte, i membri del CCT, a garanzia della funzionalità del collegio, non possono dimettersi se non per giusta causa o giustificato motivo (art. 5, co. 3 r 4, dell'Allegato V.2).

Tra le ragioni che giustificano le dimissioni dei componenti del CCT, debbono certamente enumerarsi il mancato puntuale pagamento di quanto dovuto al CCT (secondo parametri non derogabili *in pejus* dalle parti, nemmeno nell'esercizio di pretese potestà regolamentari, secondo quanto esplicitato dall'art. 1, co. 5, dell'Allegato V.2, secondo cui "*Il compenso è corrisposto a tutti i componenti del CCT indipendentemente dal rapporto intercorrente tra ciascun componente e le parti contrattuali ed è sottoposto esclusivamente ai limiti previsti dalla legge*"), nonché la mancata collaborazione delle parti, che debbono mettere il CCT in condizioni di operare in modo informato ed efficace, ad es. fornendo ad esso idonea documentazione e assistenza informativa.

Resta il fatto che non risultano risolti due dei problemi di fondo che possono indurre i componenti del CCT alle dimissioni: ossia (i) la mancata previsione (al di là dell'enunciazione di principio dell'art.1, co. 4, dell'Allegato V.2 che parla di compenso "*proporzionato al valore dell'opera, al numero, alla qualità e alla tempestività delle determinazioni assunte*") di un compenso realmente rapportato alla qualità e quantità dell'attività svolta, con la conseguenza che, dopo un numero anche limitato di determinazioni, può facilmente risultare esaurito il tetto massimo dei compensi del singolo componente, che l'art. 1, co. 5, ribadisce pari alla misura massima di un triplo della parte fissa e, allo stesso tempo, (ii) il divieto di partecipare contemporaneamente a più di cinque CCT e, nell'arco di due anni, di far parte di più di dieci CCT (art. 5, co. 1, dell'Allegato V.2; i limiti sono stati mantenuti, nonostante il diverso, motivato, avviso del Senato[12]), che può determinare la pena-

[9] CCa, Sez. I, 11 febbraio 2015, n. 2664.

[10] T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 11 novembre 2024, n. 1582.

[11] Sul tema sia consentito il rinvio a F. Goisis, I*l collegio consultivo tecnico nella sua veste arbitrale*, cit.

[12] Senato della Repubblica, Parere della 8ª Commissione permanente del 17 dicembre 2024, in cui si propone la seguente osservazione: "*81) all'articolo 5, comma 1, dell'Allegato V.2 - Modalità di costituzione del Collegio consultivo tecnico, come sostituito dall'articolo 84 dello schema in esame, valuti il Governo di sostituire il primo periodo con il seguente: "Ogni componente del Collegio Consultivo Tecnico non può ricoprire più di dieci incarichi contemporaneamente e, comunque, non può svolgere più di venti incarichi ogni due anni", in quanto la limitazione a cinque del numero massimo di incarichi che è possibile assumere contemporaneamente rende estremamente difficile l'individuazione e la designazione dei membri che devono possedere particolari competenze nella materia*".

lizzante (e di dubbia conformità al principio di proporzionalità) conseguenza della partecipazione a CCT infruttiferi e, allo stesso tempo, preclusivi di altri CCT retribuibili.

4. Precisazioni in punto di durata del CCT.

Anche in connessione al divieto di dimissione senza giusta causa o giustificato motivo, opportuno appare il chiarimento sul momento in cui l'esecuzione contrattuale è da intendersi conclusa e, con ciò, il CCT sciolto: ossia, ai sensi del nuovo comma 1-*bis* dell'art. 219, la "*data della sottoscrizione dell'atto di collaudo o regolare esecuzione, salvo che non sussistano riserve o altre richieste in merito al collaudo medesimo; in quest'ultimo caso, il collegio è sciolto con l'adozione della relativa pronuncia*".

La previsione non affronta però il problema, anch'esso di interesse pratico, della sorte del CCT in caso di eventi che portino alla inefficacia anticipata del rapporto contrattuale (ad esempio, recesso e risoluzione)[13].

A tal riguardo, la principale questione è se il CCT risulti automaticamente sciolto (dopo aver reso, nel caso della risoluzione, un parere obbligatorio preventivo), oppure possa/debba pronunciarsi sulle controversie nascenti da tali vicende, spesso non prive di significativi profili contenziosi.

Sul punto, pare utilmente ipotizzabile un'applicazione analogica della previsione dell'art. 219, co. 1-*bis*, per cui la sussistenza di riserve o altre richieste in merito all'atto conclusivo del rapporto contrattuale determina la persistente operatività del CCT.

5. Il nuovo art. 216: un rafforzamento dell'obbligatorietà in senso forte del CCT e le criticità del testo legislativo.

Venendo al profilo forse più rilevante per il CCT dell'intero Correttivo, risulta significativamente ampliato l'ambito dell'intervento obbligatorio del CCT, così opportunamente rafforzandone la funzione pubblicistica (e quindi indisponibile) di assicurare la pronta ed esatta realizzazione delle opere pubbliche, indipendente dalla volontà delle parti di adirlo.

Difatti, l'art. 216, co. 1, viene così modificato: "*Nei casi di iscrizione di riserve, di proposte di variante e in relazione ad ogni altra disputa tecnica o controversia che insorga durante l'esecuzione di un contratto di lavori di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, è obbligatoria l'acquisizione del parere o, su concorde richiesta delle parti, di una determinazione del collegio. Se le parti convengono altresì che le determinazioni del collegio assumono natura di lodo contrattuale ai sensi dell'articolo 808-ter del Codice di procedura civile, è preclusa l'esperibilità dell'accordo bonario per la decisione sulle riserve*".

In sostanza, la norma mira a rendere doverosa l'attivazione del CCT, a fronte di una controversia di qualsiasi genere (di caratte-

[13] Sul tema, vedi la Delibera ANAC 8 maggio 2024 n. 231, che sembra ritenere sciolto il CCT con la risoluzione per grave inadempimento, salva la possibilità di revoca in autotutela della delibera di risoluzione, con conseguente operatività del CCT.
In senso coerente Delibera ANAC, 7 luglio 2021, n. 532: "*Devono ritenersi insussistenti i presupposti per il ricorso al Collegio Consultivo Tecnico di cui agli artt. 5 e 6 del d.l. 76/2020, conv. in l.n. 120/2020, nel caso in cui il contratto d'appalto sia riferito ad un'opera ultimata, consegnata e già in esercizio, ancorché in attesa della conclusione del collaudo, nonché nel caso in cui sia in corso la risoluzione del contratto d'appalto per impossibilità sopravvenuta, con conseguente non realizzabilità dell'opera*".

re giuridico o tecnico, ed oggetto, o meno, di riserva), coerentemente chiarendo che la determinazione con natura arbitrale preclude altri rimedi di ADR (e in specie l'accordo bonario).

La previsione è da salutare con favore, nella misura in cui si muove nella direzione di una obbligatorietà in senso "forte" del CCT su lavori soprasoglia.

In questi casi, apparirebbe anzi ragionevole (anche se il legislatore non lo dice espressamente) che il Collegio possa/debba deliberare anche d'ufficio. Ciò è peraltro suggerito, sul piano letterale, dal fatto che l'art. 4, co. 1, dell'Allegato V.2 non commina alcuna nullità per il parere emesso senza domanda di parte[14] e, sul piano sostanziale, dall'osservazione che se il legislatore vuole che su un determinato profilo il CCT si pronunci, non si vede perché si dovrebbe impedirne tale (inderogabile) attività nelle (pur presumibilmente limitate) ipotesi in cui, al di fuori di un formale quesito, il Collegio venga a conoscenza di fatti che ne richiedono l'intervento.

Non mancano però profili francamente critici nel nuovo art. 216, co. 1. Come vedremo, essi rischiano addirittura di mettere in crisi la funzionalità dei CCT.

Non è ben chiaro, anzitutto, perché si sia prevista la necessità di una "*concorde richiesta delle parti*" per la determinazione.

Sul punto, si è presumibilmente seguito il rilievo del parere del Consiglio di Stato sulla versione preliminare del Correttivo[15]: ivi si proponeva di specificare "*al fine di fugare ogni dubbio in ordine alla compatibilità con il divieto costituzionale di arbitrato obbligatorio*", che "*il collegio consultivo tecnico interviene con "determinazione" solo ove vi sia una richiesta congiunta in tal senso delle parti, con l'ulteriore specificazione che tale determinazione avrà natura di lodo contrattuale ai sensi dell'articolo 808-ter del Codice di procedura civile a condizione che le parti medesime convengano ulteriormente espressamente di attribuirvi tale valore. Fuori di tale ipotesi la forma ordinaria di pronuncia obbligatoria del collegio consultivo tecnico resterebbe, invece, il parere (anche su istanza di una sola delle parti)*".

Tuttavia, a tal riguardo, va anzitutto notato come, ai sensi della disciplina generale (e, fino al Correttivo, unica) del CCT, la richiesta di determinazioni e pareri non richieda affatto una volontà concorde delle parti, inequivocabilmente bastando la richiesta anche di una sola delle parti: "*Il procedimento per l'espressione dei pareri o delle determinazioni del CCT può essere attivato da ciascuna delle parti o da entrambe congiuntamente*" (art. 4, co. 1 dell'Allegato V.2).

Non si comprende quindi perché dovrebbe essere altrimenti solo nelle – peraltro ormai del tutto pervasive – ipotesi di cui all'art. 216. Si così fosse, la regola generale diventerebbe, a ben vedere, quella della necessità di una richiesta congiunta nella quasi totalità dei casi.

D'altra parte, la regola di cui art. 4, co. 1 dell'Allegato V.2 (ossia quella della sufficienza di una sola richiesta) pare del tutto ragionevole e coerente con il sistema generale della tutela giurisdizionale e delle ADR. Sfugge dunque perché dovrebbe risultare derogata proprio quando è addirittura necessario un parere obbligatorio e, quindi, il legislatore sembra semmai manifestare l'i-

[14] Sul tema, M. Frontoni, *op. cit.*, 90, ove, nel trattare nella identica previsione di cui al par. 4.1.3 delle Linee Guida 2022, osserva che: "*La sanzione colpisce, dunque, le sole determinazioni, per cui dovrebbe ritenersi che eventuali "pareri" emessi in assenza di quesito delle parti rientrino, invece, nei poteri del CCT*".

[15] Parere 01463/2024, reso nell'Adunanza della Commissione speciale del 27 novembre 2024 e pubblicato il 2 dicembre 2024.

dea della particolare utilità (e anzi essenzialità) dell'intervento del CCT. Non è chiaro, allora, perché, proprio in tali circostanze, il CCT dovrebbe essere depotenziato nella portata delle sue pronunce, in mancanza di una richiesta congiunta.

Passiamo ora alla necessità della richiesta congiunta per la determinazione arbitrale (peraltro, si noti, a dimostrazione di una certa approssimazione del testo legislativo, subito smentita dallo stesso art. 216, co. 4, ove in tema di parere obbligatorio sulle sospensioni per gravi ragioni tecniche, riemerge la regola originaria per cui "*In tal caso la pronuncia assume l'efficacia di lodo contrattuale solo se tale possibilità non sia stata espressamente esclusa ai sensi di quanto disposto dall'articolo 217*").

Qui il vero problema (ed equivoco) è che un conto è la obbligatorietà del CCT per i lavori soprasoglia (che riflette la sua funzione pubblicistica, ossia la sua preordinazione alla realizzazione del principio del risultato nella fase esecutiva); altro è la questione della volontarietà dell'arbitrato: quest'ultima è pienamente assicurata (come nella comune esperienza delle clausole arbitrali) ove la opzione arbitrale sia manifestata congiuntamente e liberamente *ab origine*, in sede di costituzione del CCT. Salvo voler (impropriamente) assimilare i due profili, nessun bisogno, dunque, di ulteriori, congiunte, manifestazioni di volontà, ogni qual volta sorga una concreta controversia da portare all'attenzione del collegio nella sua veste arbitrale[16].

Tanto più che l'art. 3, c. 3, dell'Allegato V.2, nel disciplinare l'insediamento del CCT, stabilisce che "*Nel verbale della seduta d'insediamento, …, se le parti non si siano avvalse della facoltà di escludere che le determinazioni del Collegio assumano natura di lodo contrattuale, sono precisati termini e modalità di svolgimento del contraddittorio, specificando il dies a quo della decorrenza del termine di quindici giorni per la pronuncia del lodo*".

Se ne desume allora che – come del resto esplicitato nelle Linee Guida 2022 (par. 3.2.2: "*il CCT può operare come collegio arbitrale ai sensi e per gli effetti dell'art. 808 ter c.p.c. solo se il consenso in tal senso sia stato ritualmente prestato dalle parti ai sensi dell'art. 6, comma 3, quarto periodo*") – contenuto necessario della prima riunione di insediamento sia proprio, tra l'altro, la scelta se attribuire o meno valore arbitrale alle determinazioni del CCT (perché da ciò derivano conseguenze quanto alle regole di funzionamento del CCT, da determinare in tale sede). La relativa scelta è dunque, in realtà, tutt'altro che implicita (ossia per silenzio assenso), ma finisce per (dover) essere dichiarata a verbale, assumendo quindi una forma addirittura solenne.

Non convince, quindi, il problema (sollevato dal Consiglio di Stato e da alcune voci dottrinali[17] e presumibilmente alla base del testo del nuovo art. 216) del preteso carattere non totalmente volontario dell'arbitrato.

Anche in questo caso, d'altro canto, la disciplina è quantomeno poco coordinata, visto che l'art. 217, co. 1, primo periodo, in tema di pareri e determinazioni facoltative, esplicitamente ancora afferma la sufficienza della scelta *ab origine* sulla natura arbitrale delle determinazioni, senza alcun bisogno di successive manifestazioni di volontà, tantomeno congiunte ("*Quando l'acquisizio-*

[16] Sul tema, rimando, se si vuole, a F. Goisis, *Il collegio consultivo tecnico come forma*, cit.

[17] Per tutte, A. Aniello, *op. cit.*

ne del parere o della determinazione non è obbligatoria, le determinazioni del collegio consultivo tecnico assumono natura di lodo contrattuale ai sensi dell'articolo 808-ter del codice di procedura civile se le parti, successivamente alla nomina del Presidente e non oltre il momento dell'insediamento del collegio, non abbiano diversamente disposto") e, coerentemente, l'art. 3. co. 2, secondo periodo, dell'Allegato V.2, di nuovo menziona, in termini generali, la circostanza che nella "*seduta d'insediamento del Collegio*" i legali rappresentanti delle parti siano "*tenuti a rendere a verbale dichiarazione in merito alla eventuale volontà di non attribuire alle pronunce del Collegio valore di lodo contrattuale ai sensi dell'articolo 808-ter del codice di procedura civile*".

Ora, se si trattasse davvero di un problema costituzionale, non si comprenderebbe perché esso dovrebbe porsi solo per le pronunce obbligatorie (diverse da quelle sulle sospensioni per gravi ragioni tecniche) e non invece per quelle facoltative. Ciò salvo immaginare, come già osservato, una (tutt'altro che persuasiva) sovrapposizione tra carattere obbligatorio della pronuncia del CCT e, invece, pretesa obbligatorietà dell'arbitrato.

6. Il problema della domanda di parte nella proposizione dei quesiti e della distinzione tra le diverse categorie di pronunciamenti del CCT.

Va, infine, segnalato un ulteriore difetto di coordinamento tra art. 216 e art. 4, co. 1, dell'Allegato V.2, che continua a prevedere (come già il par. 4.1.3 delle Linee Guida 2022) che "*In nessun caso il CCT può pronunciare in assenza dei quesiti di parte; l'inosservanza di tale divieto comporta la nullità delle determinazioni eventualmente assunte. Se l'appaltatore, al fine di non incorrere in decadenze, iscriva riserve senza formulare anche il relativo quesito al CCT, il quesito deve essere formulato dal responsabile del procedimento se la riserva è tale da incidere sulla regolare esecuzione dei lavori*".

Ora, se ormai ogni riserva comporta (almeno) un parere obbligatorio, sfugge perché mai il dovere per il RUP di sollevare d'ufficio il quesito su una riserva dovrebbe essere subordinato ad una valutazione di incidenza sulla regolare esecuzione dei lavori. Evidentemente tale dovere sussiste sempre, essendo il RUP chiamato a garantire la legittimità della fase d'esecuzione, e quindi a richiedere d'ufficio pronunce obbligatorie.

Per coordinare l'art. 216, co. 1 e l'art. 4, co. 1, dell'Allegato V.2, bisognerebbe allora ritenere che quest'ultima previsione si riferisca solo a delle determinazioni "in senso stretto", intese come deliberazioni del CCT, di natura arbitrale o meno, diverse dai pareri obbligatori.

In tal senso potrebbe essere valorizzato il dato letterale l'art. 4, co. 1, terzo periodo, dell'Allegato V.2 laddove si parla di "*determinazioni*", peraltro con specifico ed esclusivo riferimento alla nullità in caso di pronuncia senza richiesta di parte.

Tuttavia, anche in tale prospettiva, non sarebbe facile convincersi della razionalità sistematica della previsione. Ed invero, venendo ad un ulteriore punto delicato, tra un parere obbligatorio su una riserva/controversia e una determinazione collegiale priva di valore arbitrale non dovrebbe esservi una reale differenza di regime, contenuto ed efficacia.

A ben vedere, il parere obbligatorio sulla riserva non può (così come la determinazione) che vertere, appunto, sulla fondatezza della riserva, ossia sul merito delle reciproche posizioni delle parti della controversia e, soprattutto, l'art. 215, co. 3, non pare fare alcuna differenza tra pareri *ex* art. 215 e, rispettivamente, *ex* art. 216, prevedendo espressamente che "*L'inosservanza dei pareri o delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali*".

Vero che la esclusione della responsabilità per danno erariale è letteralmente riferita, dall'art. 215, co. 3, alle sole determinazioni ("*L'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità per danno erariale, salva l'ipotesi di condotta dolosa*"), ma questo appare, con tutta probabilità, un mero refuso, visto che sarebbe irragionevole che il parere, ove non seguito, comportasse (come reso esplicito dall'art. 215, co. 3), in negativo, un "*grave inadempimento degli obblighi contrattuali*" e una ragione di possibile "*responsabilità del soggetto agente per danno erariale*", ed invece non incidesse, in positivo, sulla responsabilità erariale, determinando un'esenzione[18].

Non a caso, le originarie scelte legislative di cui all'art. 6, co. 3, secondo periodo, del D.L 16 luglio 2020, n. 76 parlavano solo di determinazioni[19], senza alcun riferimento ai pareri, e dalla qualità di determinazione (anche non arbitrale) derivava il carattere semi-vincolante, con i noti incentivi a conformarsi sia di tipo negativo (responsabilità) che positivo (esenzione da responsabilità erariale): era insomma indubbio che il fatto di conformarsi ad una pronuncia non vincolante sulle riserve o altre controversie esimesse dalla responsabilità contabile.

In effetti, l'unica distinzione utile sul piano del contenuto tra le diverse pronunce del CCT sembrerebbe quella tra determinazioni aventi ad oggetto una controversia ed invece meri pareri, estranei alla risoluzione di una controversia, o, in ogni caso, essenzialmente attinenti all'esercizio della funzione di cura della esecuzione e prosecuzione del contratto da parte della Stazione appaltante e quindi solo collegati all'esecuzione contrattuale, senza però investirne direttamente le controversie "paritarie" (si pensi a quelli, obbligatori, sulle sospensioni e sulle proroghe, previsti dall'art. 121, co. 3 e 8, nonché a quelli su risoluzione e modalità di prosecuzione dei lavori, di cui all'art. 217, co. 1).

Non a caso, alcuni di questi pareri sono anche espressamente esclusi dalla possibilità di valere come lodi arbitrali. Il che si comprende proprio perché (e nella misura in cui) non attengono (almeno di per sé) a controversie, o, quantomeno, a controversie paritarie: è il caso dei pareri sulla risoluzione, sulla sospensione coattiva o sulle modalità di prosecuzione dei lavori (comprese scelte di chiaro tenore autoritativo, ossia quella relative alla selezione del soggetto con cui continuare i lavori), per i quali, *ex* art. 217, co. 1, è appunto preclusa l'arbitrabilità.

[18] In questo senso anche L. Caruccio, *Collegio*, cit., 1008.

[19] "*L'inosservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico viene valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali; l'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo*".

Su tali profili non certo del tutto nitidi della disciplina, il Correttivo avrebbe potuto e dovuto fare chiarezza.

Al contrario, esso, all'art. 216, co. 1, ossia solo in relazione alle pronunce obbligatorie del CCT (peraltro destinate a diventare la massima parte), (i) sembra implicare una pretesa distinzione quanto ai presupposti procedurali e presumibilmente, ai contenuti e agli effetti, tra pareri "in senso stretto" e determinazioni non arbitrali e, ancora, (ii) mette in discussione la scelta per cui la opzione per il carattere arbitrale o meno delle future determinazioni debba essere compiuta *ab origine*.

Quanto sopra finisce per creare una disciplina francamente contraddittoria e poco funzionale proprio rispetto al profilo all'evidenza più rilevante del CCT: ossia quello funzionale, delle pronunce che il collegio può e deve deliberare e dei relativi presupposti di iniziativa procedurale. Non sfugge, allora, il rischio di comportamenti opportunistici delle parti, che potrebbero, di volta in volta, negare il loro consenso ad una pronuncia con pienezza di efficacia, presumibilmente sulla base di una valutazione prognostica in ordine al relativo esito. Un po' come se in un giudizio già in corso ciascuna delle parti potesse impedire al giudicante di decidere la lite, sulla base di una propria valutazione del rischio di soccombenza.

7. Il rapporto con l'accordo bonario.

Problemi applicativi possono nascere anche dalla previsione dell'art. 216, co. 1, secondo periodo, per cui solo in caso di opzione arbitrale, "*…è preclusa l'esperibilità dell'accordo bonario per la decisione sulle riserve*".

Ora, se è certamente condivisibile (e a ben vedere ovvio) che in caso di scelta per determinazioni arbitrali non vi possa essere alcuno spazio per procedure di accordo bonario, sfugge, parimenti, che utile ruolo possa svolgere questa procedura a fronte di pareri (o determinazioni non arbitrali, sempre che abbia senso la distinzione) del CCT, già resi o da rendere in tempi velocissimi: al parere del CCT rischierebbe solo di sovrapporsi una diversa proposta di accordo bonario.

Tuttavia, anche pareri/determinazioni non arbitrali del CCT, lo sappiamo, sono semi-vincolanti, nel senso di obbligare le parti a conformarvisi, salvo, altrimenti, in negativo, il rischio di responsabilità erariale e/o contrattuale e, in positivo, l'impossibilità di godere di un'esenzione da responsabilità erariale.

Quindi, al di là della oggettiva confusione che sarebbe creata dalla ipotetica presenza di pareri non coerenti, non è chiaro perché la Stazione appaltante dovrebbe decidere di seguire la proposta di accordo bonario, in alternativa alla (difforme) deliberazione del CCT. Tra un parere semi-vincolante, quello del CCT, e una proposta in alcun modo vincolante, quella di accordo bonario, la prevalenza dovrebbe sempre spettare, anche in una logica strettamente ordinamentale, al primo.

Insomma, i due sistemi di ADR dovrebbero ritenersi sempre (ossia anche ove il CCT non abbia veste arbitrale) alternativi, per intuibili ragioni di economia procedimentale e coerenza generale del sistema delle ADR negli appalti pubblici.

8. Il "nuovo" Allegato V.2.

Il Correttivo ha poi proceduto ad una sostituzione integrale dell'Allegato V.2.

Al di là di quanto già riferito, tuttavia, le modifiche rispetto al precedente complesso normativo (Allegato V.2 più Linee Guida del Consiglio superiore dei lavori pubblici approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili del 17 gennaio 2022) non sono particolarmente significative: in buona sostanza, sono state incorporate nell'Allegato, con alcuni adattamenti, alcune delle previsioni delle Linee Guida 2022, oltre che le disposizioni relative ai tetti sui compensi disciplinate dall'articolo 6, comma 7-bis, del decreto-legge n. 76 del 2020. Ciò al condivisibile fine di mettere a disposizione degli operatori un unico testo normativo, finalmente di rango legislativo ordinario e quindi di indubbia adeguatezza nel sistema delle fonti.

Peraltro, il rilievo delle Linee Guida 2022 non è, ad oggi, certo venuto completamente meno.

Difatti, l'art. 1, co. 6, dell'Allegato V.2 continua a rinviare a queste ultime per la determinazione del compenso, nelle more dell'approvazione di un apposito decreto ministeriale contenente nuove linee guida. Con il che la disciplina di dettaglio del CCT appare ancora parzialmente incerta e comunque divisa tra più fonti, visto che, almeno per "*la parte relativa alla determinazione dei compensi*" continuano, dichiaratamente, a trovare applicazione sia l'art. 1 dell'Allegato V.2 che, in via residuale, le Linee Guida 2022.

D'altra parte, profili tutt'altro che marginali, quali ad es. i presupposti e le tempistiche del diritto al compenso, rimangono, ad oggi, esclusivamente disciplinati dalle Linee Guida 2022. Quest'ultime paiono quindi destinate a continuare a svolgere un ruolo che va, in realtà, al di là del profilo della mera determinazione dei compensi.

Invero, il nuovo complesso normativo non risolve alcuni profili interpretativi rilevanti, emergenti dalla stessa attività di consulenza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ("MIT").

Ad esempio, il MIT ha recentemente chiarito che per la determinazione dei compensi si debba guardare alla base d'asta, non al valore del contratto dopo il ribasso d'asta[20]. Diverso avviso ha invece espresso il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici[21]. Il che dà un'idea della incertezza su punti non secondari della materia.

In sostanza, se gran parte delle questioni interpretative hanno in concreto riguardato il problema dei compensi, proprio su di ciò si è omesso di fare chiarezza, rinviando a future linee guida.

9. La disciplina intertemporale.

La Relazione governativa ricorda che "*per assicurare certezza nei rapporti giuridici, è stata colmata una lacuna in merito alla mancata definizione del regime transitorio applicabile, anche in ordine alle disposizioni dell'Allegato V.2*".

In effetti, se con l'entrata in vigore del Codice del 2023, l'art. 224, co. 1 prevedeva che le disposizioni di cui agli articoli da 215 a 219 si applicassero anche ai collegi già costituiti ed operanti, senza quindi richiamare espressamente anche l'Allegato V.2, a cui peraltro già rinviava e rinvia l'art. 215,

[20] Parere 6 dicembre 2024, n. 43081: "*per il valore dell'appalto si intende l'importo a base di gara ed i costi della sicurezza. Tuttavia, ove vengano esercitate le opzioni, vanno considerati gli incrementi ai fini del compenso dei componenti CCT*".

[21] Parere 7 giugno 2024, n. 30: "*l'importo da prendere a base di calcolo per la determinazione dei compensi del collegio consultivo tecnico è quello risultante dal contratto, che deve essere aggiornato, come previsto al punto 7.2.2. delle sopra citate linee guida, in caso di varianti contrattuali*".

co. 1, il regime transitorio, stabilito dal nuovo art. 225-*bis*, co. 3, menziona direttamente anche l'Allegato V.2.

Ma al di là di questo (probabilmente superfluo) chiarimento, le novità non sono finite.

Il nuovo regime transitorio è caratterizzato anche da un approccio meno impositivo: per gli i lavori, le novità del Correttivo in tema di CCT trovano subito applicazione (ossia anche ai CCT in corso, fin dal 31 dicembre 2024), "*in assenza di una espressa volontà contraria delle parti*".

Dunque, in caso di silenzio delle parti prevale la nuova disciplina.

La mancanza di un termine entro cui eventualmente manifestare la scelta per la precedente normativa rende peraltro la previsione di incerta applicazione, atteso che non è stabilito da quando il silenzio possa dirsi "significativo".

Sul punto si può ipotizzare che le parti abbiano l'onere di dichiarare la loro volontà contraria all'applicazione della nuova disciplina non oltre la prima riunione utile del CCT successiva al 31 dicembre 2024, ovvero anche prima, laddove, pur essendo già sorte ipotesi di intervento obbligatorio del CCT ai sensi del nuovo art. 216, co. 1, nondimeno non intendano sottoporre il quesito al CCT sulla base della non obbligatorietà dell'adempimento ai sensi della precedente normativa.

Venendo ad altri profili del regime transitorio di non immediata interpretazione, non è chiarito se per la permanenza della precedente disciplina sia richiesta la volontà di entrambe le parti, o basti la volontà espressa anche di una di esse.

L'uso del plurale ("*le parti*") sembra alludere ad una volontà di tutte le parti, perché altrimenti il legislatore avrebbe usato il singolare.

Una tale lettura appare peraltro anche coerente con la funzione primariamente pubblicistica del CCT: quest'ultima mal si attaglia ad una facoltà delle parti di decisione in ordine all'applicazione di misure di razionalizzazione/rafforzamento dell'istituto e quindi induce, almeno, a neutralizzare la portata della volontà di una singola parte, magari semplicemente diretta a depotenziare un CCT in corso, impedendogli di svolgere appieno il suo ruolo pubblicistico di attuazione del principio del risultato.

Ed ancora, è da chiedersi se le parti siano da intendersi esclusivamente come le parti del contratto pubblico, o, al contrario, anche i membri del CCT (in quanto parti del relativo procedimento e rapporto contrattuale di ADR) possano, ove ritengano la nuova disciplina penalizzante (ad esempio sotto il profilo delle riduzioni dei compensi per gli appalti di valore elevatissimo[22] o della perdita della libertà di dimettersi), obiettare alla sua applicazione, e, se sì, con quali effetti.

In sostanza, più che al chiarimento sul regime transitorio promesso nella Relazione governativa, si assiste ad una disciplina potenzialmente foriera di nuovi dubbi[23].

[22] L'art. 1, co. 4, dell'Allegato V.2 prevede difatti dei nuovi limiti percentuali per gli appalti di massimo valore, ossia superiori a 1 miliardo di euro: "*a) in caso di collegio consultivo tecnico composto da tre componenti, l'importo pari allo 0,02 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 1000 milioni di euro; b) in caso di collegio consultivo tecnico composto da cinque componenti, l'importo pari allo 0,03 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 1000 milioni di euro*".

[23] Critico, sul punto, E.A. Apicella, *Il Collegio Consultivo Tecnico (CCT) dopo il correttivo al Codice Appalti*, in *www.lavoripubblici.it/*.

10. Conclusioni.

Come si è tentato di mostrare, il Correttivo è sicuramente apprezzabile laddove cerca di chiarire alcuni punti incerti e, soprattutto, sviluppa coerentemente la funzione pubblicistica del CCT, imponendo dunque, laddove il CCT sia obbligatorio, che esso si pronunci su tutte le principali questioni che interessano l'esecuzione dell'appalto, e, quindi, in particolare, su tutte le controversie.

Ho avuto già avuto modo di notarlo: ha poco senso un sistema obbligatorio di prevenzione e risoluzione rapida del contenzioso preordinato (anche) all'interesse (pubblico) "*alla scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte*" (art. 215, co. 2), se poi le parti sono libere di non coinvolgere affatto il collegio[24].

Tuttavia, il Correttivo ha introdotto, nel nuovo art. 216, alcune apparenti distinzioni tra pareri e determinazioni non arbitrali prive di utilità sostanziale ed anzi foriere di incertezze e complicazioni operative.

Infelice è inoltre la introduzione (sempre nell'art. 216, co. 1) di una necessità di richiesta congiunta delle parti perché si possa avere una risposta di valore arbitrale sulle singole controversie già manifestatesi: sfugge il senso della prescrizione (si noti, rimasta intatta agli artt. 216, co. 4, 217, co. 1 e, infine, 3, co. 2 e 3, dell'Allegato V.2) per cui la opzione arbitrale deve essere espressa in sede di costituzione del collegio, se poi la stessa volontà deve essere confermata ogni qual volta sorga una controversia. Se la scelta arbitrale deve essere sempre "ribadita", tanto varrebbe, anche per evitare condotte opportunistiche delle parti, dire con chiarezza che nessuna scelta per l'arbitrato (o meno) è assunta *ab origine*.

Insomma, nessun dubbio che debbono essere rispettati noti principi costituzionali di assoluta e sostanziale volontarietà del ricorso all'arbitrato e quindi di sua ammissibilità solo ove libera manifestazione in senso negativo del diritto di azione avanti ai giudici statuali, ma non si comprende quale sia il problema nel momento in cui si chiede alle parti di prendere posizione sulla via arbitrale (senza costrizioni nemmeno indirette) in sede di costituzione del collegio, in relazione a tutte le future controversie esecutive. Se una simile soluzione fosse davvero in contrasto con lo statuto costituzionale dell'arbitrato, allora, per assurdo, lo sarebbe ogni clausola arbitrale (come contrapposta al compromesso in arbitri).

Sempre l'art. 216 contiene un coordinamento tra CCT e accordo bonario, che pare ammetterne la coesistenza in caso di determinazioni non arbitrali: è da dubitarsi della razionalità di una tale soluzione, visto che, al di là delle incertezze ed imbarazzi che possono nascere da una molteplicità (e difformità) di pareri, anche le determinazioni non arbitrali sono (e rimangono) semi-vincolanti, sicché il sistema rischia di avviarsi verso torsioni logico-giuridiche, della cui desiderabilità è lecito dubitare.

Francesco Goisis

[24] F. Goisis, I*l collegio consultivo tecnico nella sua veste arbitrale*, cit.

4. Il rapporto tra ricorso al mercato e affidamento *in house*

Un'interpretazione degli artt. 14 e 17 del Testo Unico dei Servizi Pubblici Locali, decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 (nota a sentenza Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche, sez. I, sentenza n. 230 del 2025)

Sommario: 1. Introduzione. – **2.** Servizi pubblici locali e *in house providing*: il TAR Marche ribadisce la preferenza per il ricorso al mercato. – **3.** Gerarchia tra i modelli di gestione: la rigorosa posizione dell'AGCM. – **4.** Conclusioni.

1. Introduzione.

L'evoluzione della disciplina in materia di affidamento dei servizi pubblici locali continua a sollevare questioni non solo tecniche, ma anche di organicità del diritto positivo, specialmente con riferimento al modello dell'*in house providing*, oggetto della pronuncia del TAR Marche in commento. Il caso affrontato – l'annullamento della delibera con cui l'ATA ATO 2 di Ancona aveva optato per l'affidamento diretto del servizio di gestione dei rifiuti – si colloca in un contesto di persistente tensione tra autonomia organizzativa degli enti locali, principi concorrenziali e vincoli procedurali[1].

All'interno di tale quadro, merita attenzione l'art. 17 del TUSPL[2], che introduce un

[1] Per una ricostruzione organica del quadro teorico e normativo, *ex pluribus*: S. Del Gatto, *Le società pubbliche tra obiettivi di razionalizzazione e prospettive di rilancio,* in *Giornale di diritto amministrativo,* 5, 2024, 584-593; V. Battistelli, *L'affidamento "in house": luci ed ombre del nuovo principio di autorganizzazione amministrativa,* in *Rivista della Corte dei Conti,* 6, 2024, 104-113; L. M. Fera, *L'in-house providing nel nuovo codice dei contratti pubblici: tra libertà di auto-organizzazione amministrativa e tutela della concorrenza e del mercato,* in *federalismi.it,* 28, 20 novembre 2024, 33-52; B.G. Mattarella, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house,* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico,* 4, 1 dicembre 2023, 1283 ss.; R. Camponi, *Tensioni e contrapposizioni dell'in house providing: fra servizi e contratti pubblici,* in *italiappalti,* 13 febbraio 2023, 1-12; M. Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria,* in P. Benazzo - M. Cera - S. Patriarca, *Il diritto delle società oggi – Innovazioni e persistenze,* Torino, 2011, 471-514; D. Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni,* in F. Trimarchi (a cura di), *Le società miste per i servizi locali,* Milano, 1999,135 ss.; S. Cassese *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione,* Milano, 1962.

[2] D.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, recante "Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica", adottato in attuazione dell'art. 8 della legge delega 5 agosto 2022, n. 118. Il decreto ha sostituito integralmente la previgente disciplina di

onere motivazionale rafforzato con riguardo ai soli affidamenti *in house* sopra soglia. La scelta legislativa ha suscitato riflessioni in dottrina[3], nella misura in cui sembra presupporre che l'esigenza di un controllo più penetrante sulla deroga al mercato si manifesti unicamente oltre determinate soglie economiche, mentre il principio generale di tutela della concorrenza sembrerebbe suggerire una più ampia considerazione delle motivazioni che giustificano l'affidamento diretto del servizio. L'individuazione di una possibile *ratio* di tale delimitazione normativa appare, pertanto, un terreno particolarmente interessante per la riflessione esegetica.

La sentenza in commento contribuisce ad arricchire il dibattito, poiché valorizza il ruolo centrale della fase preliminare del procedimento di affidamento, disciplinata dall'art. 14 del d.lgs. n. 201/2022 (TUSPL). È in questo momento che si colloca la scelta del modello di gestione, in cui la relazione istruttoria è chiamata a verificare in termini concreti la rispondenza della soluzione organizzativa all'interesse generale. L'obbligo motivazionale sancito dall'art. 14 assume così una funzione essenziale, ponendosi quale snodo logico attraverso cui valutare la coerenza e la trasparenza dell'azione amministrativa.

La pronuncia offre quindi l'occasione per interrogarsi sul rapporto tra gli oneri motivazionali di cui all'art. 14 e quello ulteriore previsto dall'art. 17, consentendo di ipotizzare un'interpretazione sistematica degli articoli appena menzionati. In quest'ottica, la valutazione comparativa imposta dall'art. 14 potrebbe contribuire a rendere meno netta la distinzione tra affidamenti sopra e sotto soglia, suggerendo la potenziale estensione della giustificazione del mancato ricorso al mercato anche agli affidamenti *in house* di minore valore economico. La riflessione avviata dalla decisione del TAR Marche sembra dunque porsi in linea con tale possibile ricomposizione sistematica.

In tale prospettiva, l'analisi dell'interpretazione coordinata che deriva dal combinato disposto degli artt. 14 e 17 sembra suggerire una possibile configurazione del modello *in house*, indipendentemente dalla consistenza economica, come soluzione caratterizzata da un controllo motivazionale di maggiore intensità rispetto ad altre forme di gestione del servizio pubblico locale. L'esame della normativa vigente e delle più recenti tendenze giurisprudenziali, unitamente al ruolo attivo dell'AGCM[4], mo-

settore, incidendo in modo rilevante su modalità di affidamento, controllo e concorrenza nei servizi pubblici locali.

[3] *Ex multis,* U. Izzo e P. Longoni, *Per l'in house occorre sempre motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato*, in *Azienditalia*, 2020, 1955; L. Di Martino, *L'onere di motivazione negli affidamenti in house, in Contratti Stato e enti pubbl.*, 2021, 2, 21 I. Genuessi, *L'onere motivazionale in caso di affidamento in house alla luce della più recente normativa e giurisprudenza*, in *AmbienteDiritto.it*, 2023, n. 1; A. Maltoni, *Oneri motivazionali differenziati richiesti per l'affidamento a società in house di attività aventi rilevanza economica e affidamenti in house "convenzionali"*, in *federalismi.it,* 29, 13 dicembre 2023, 43 e 49; H. Bonura, *Il PNRR, il diritto dell'emergenza e l'in house senza controllo analogo: incrociare le rette parallele o intraprendere una retta via ?*, in *Diritto e Pratica amministrativa*, n. 6/2022, spec. 53; D. Anselmi - F. Smerchinich, *Affidamento in house ed obbligo di motivazione, tra orientamenti giurisprudenziali, nuove Linee Guida ANAC e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Associazione avvocati amministrativi liguri "Carlo Raggi"*, 9 (*http://www.unioneamministrativisti.it/wp-content/uploads/2021/05/Affidamento-in-house-ed- obbligo-di-motivazione-tra-orientamenti-giurisprudenziali-nuove-Linee-Guida-ANAC-e-il-Piano-Nazionale-di-Ripresa-e-Resilienza.pdf*, 13 ottobre 2023).

[4] L'approfondimento che segue analizza il ruolo esercitato dall'AGCM nella verifica dell'effettiva conformità degli affidamenti *in house* ai requisiti di motivazione previsti dagli artt. 14 e 17 del d.lgs. n. 201/2022. In particolare, si evidenziano le principali criticità riscontrate dall'Autorità, tra cui la tendenza delle amministrazioni a ricorrere a motivazioni standardizzate, valutazioni astratte e strumenti analitici inadeguati, come l'uso meccanico della matrice SWOT, privi di un reale confronto tra alternative gestionali. L'azione dell'AGCM si configura, in tale

stra come l'attenzione nei confronti della giustificazione della scelta *in house* si stia progressivamente consolidando, lasciando emergere un orientamento che merita di essere ulteriormente approfondito anche alla luce della decisione del TAR Marche.

L'analisi consente, inoltre, di valorizzare il rilievo che assume il principio di concorrenza nell'assetto attuale dei servizi pubblici locali[5]: viene riaffermata la necessità di una istruttoria comparativa effettiva, concreta e trasparente, idonea a dimostrare la rispondenza della scelta all'interesse pubblico e a prevenire approcci motivazionali puramente formali o stereotipati. Nel solco di queste direttrici, la presente nota si propone di offrire una lettura critica della pronuncia, al fine di mettere in luce le principali implicazioni sistemiche e applicative che essa può determinare per il diritto amministrativo dei servizi pubblici locali.

2. Servizi pubblici locali e *in house providing*: il TAR Marche e il rapporto tra art. 14 e art. 17 TUSPL.

Con la sentenza in commento, il TAR Marche ha annullato la delibera n. 16/2024 con cui l'ATA ATO 2 – Ancona aveva disposto l'affidamento *in house* del servizio integrato di gestione dei rifiuti urbani, accogliendo il primo motivo del ricorso proposto da una società mista operante nei settori idrico, ambientale e della distribuzione del gas, che aveva interesse a prendere parte a una even-

prospettiva, come un presidio sostanziale contro prassi elusive del principio di concorrenza.

[5] Per una puntuale disamina sulla più recente riforma relativa ai servizi pubblici locali si vedano, A. Lucarelli, *Il nuovo Statuto giuridico dei servizi pubblici locali: tra concorrenza e mito del "privato" si consuma l'eccesso di delega. Considerazioni a margine del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ai sensi dell'art. 8 della legge delega del 5 agosto 2022, n. 118*, in *federalismi.it*, 9, 2024, 161-181; E. Zampetti, *Concorrenza e sussidiarietà orizzontale nella recente disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica,* in *Diritto e società*, 3, 2024, 511-538; F. Marone, *Servizi pubblici locali e società pubbliche nel quadro della costituzione economica,* in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1, 2024, 935-972; S. Sileoni, *Dalla teoria alla pratica: i principi della riforma dei servizi pubblici locali e le regole sulle forme di sostegno agli utenti,* in *Munus* 2/2024, 425-459; G.F. Pulizzi, *Un convegno sulla riforma dei servizi pubblici locali,* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2024, 281-282; A. Moliterni, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2023, 478-498; P. Morigi, *La riforma dei servizi pubblici locali: prime valutazioni*, in *Finanza e tributi locali*, 3, 2023, 15-21. Sul tema, v. E. Picozza e A. Di Giovanni (a cura di), *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica,* Torino, 2025; N. Aicardi - G. Caia - M. Calcagnile - P. Acri, *La gestione dei servizi pubblici locali dopo il d.lgs. 23 dicembre 2022, N. 201*, Napoli, 2024; R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali. Aggiornato al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, Torino, 2023; L. Pergolizzi, *I servizi pubblici locali tra tutela della concorrenza e funzione sociale*, Napoli, 2024; S. Vinci, *Dall'impresa-organo alla società in house: istituzioni, economia e aziende nell'evoluzione dei modelli di organizzazione dei servizi pubblici locali*, Torino, 2023.
Per approfondimenti sulla disciplina generale E. Scotti, *I principi informatori dei servizi pubblici locali*, in H. Bonura - M. Cassano (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica,* Torino, 2011, 3-49; F. Merusi, *La tormentata vita della concorrenza nei servizi pubblici locali,* in *Munus,* 2011, 413-426; F. Liguori, *I servizi pubblici locali,* Torino, 2007; F. Lucarini, *I servizi pubblici locali e il modello di municipalizzazione nel dibattito italiano del primo '900,* in V. Termini (a cura di), *Dai municipi all'Europa. La trasformazione dei servizi pubblici locali,* Bologna, 2004, 151 ss.; L. Perfetti, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. 448 del 2001 ed i possibili profili evolutivi,* in *Dir. Amm.,* 2002, 575 ss.; L. Ammanati, *Servizi pubblici locali, società per azioni a partecipazione pubblica e concorrenza,* in L. Ammanati - M.A. Cabiddu - P. De Carli (a cura di), *Servizi. Concorrenza. Diritti,* Milano, 2001, 59-97; R. Cavallo Perin, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale,* Torino, 1998; M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi,* in *Dir. Pub.,* 1998, 181-200; G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici,* in L. Mazzaroli - G. Pericu - A. Romano - F.A. Roversi Monaco - F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo,* I, 1993, Pianoro, 735 ss. (ed. del 2005, II, 131-177); U. Pototschnig, *I pubblici servizi,* Padova, 1964; A. De Valles, *I servizi pubblici,* in V.E Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano,* Vol. VI, I, Milano, 1930.

tuale procedura di gara. La doglianza, pur formalmente riferita alla violazione dell'art. 17, comma 2, del d.lgs. n. 201/2022, è stata riqualificata dal giudice alla luce dell'art. 14, comma 3, che disciplina la fase preliminare di individuazione della forma gestionale del servizio[6]. Tale disposizione prevede la stesura, da parte dell'ente competente, di una relazione istruttoria preventiva, completa e comparativa tra le diverse modalità astrattamente percorribili (gara, società mista, *in house*), dalla quale devono emergere in concreto le ragioni della scelta effettuata.

Nel caso di specie, il TAR ha rilevato l'assenza di una valutazione effettiva delle alternative, osservando come la relazione si limitasse a valorizzare l'esperienza dell'attuale gestore (società *in house*) senza un confronto sostanziale con modelli differenti[7]. In quest'ottica, sono state ritenute non sufficienti anche le argomentazioni legate a sinergie operative o effetti occupazionali, in quanto prive di un supporto analitico e documentale[8]. È stato inoltre ribadito che l'utilizzo di *format* standard predisposti da ANAC non può sostituire l'obbligo motivazionale imposto dal legislatore[9].

Nel complesso, la pronuncia riafferma la centralità della fase preliminare di individuazione del modello gestionale, evidenziando come, indipendentemente dal modello poi prescelto, l'amministrazione sia vincolata a un'istruttoria reale e comparativa, condizione indefettibile di legittimità dell'azione amministrativa ai sensi dell'art. 14 TUSPL.

La decisione fonda, dunque, il proprio *dictum* sulla violazione dell'art. 14, comma 3, del d.lgs. n. 201/2022, che regola la fase di individuazione della forma di gestione del servizio, e non sull'art. 17, comma 2, relativo alla fase dell'affidamento *in house* sopra soglia. Tale lettura consente di approfondire il presunto carattere duale dell'one-

[6] L'art. 14, comma 3, del d.lgs. n. 201/2022 impone che, prima di ogni affidamento, l'ente rediga una relazione comparativa tra le modalità di gestione, fondata su parametri oggettivi (costi, qualità del servizio, investimenti, impatto sulla finanza pubblica). La relazione deve precedere l'avvio della procedura e ha natura vincolante: la sua assenza o carenza determina l'illegittimità dell'affidamento.

[7] Secondo il TAR, il mero richiamo all'esperienza positiva del gestore uscente non soddisfa il requisito comparativo: manca ogni analisi sostanziale dei costi o benefici delle alternative (gara, doppio oggetto), come invece richiesto dall'art. 14. In questo modo, l'amministrazione non dimostra l'effettiva funzionalità della scelta rispetto all'interesse pubblico.

[8] Le sinergie organizzative e gli effetti sull'occupazione possono concorrere alla motivazione, ma solo se supportati da dati verificabili. Nella sentenza si evidenzia come la relazione fosse priva di stime, indicatori o scenari economici concreti, riducendosi a enunciazioni generiche.

[9] Il giudice amministrativo ritiene che l'uso dei modelli e schemi tipo resi disponibili da ANAC, a suffragio di una corretta realizzazione, fra le altre, della relazione ai sensi dell'art. 14 (come le matrici SWOT o i *template standard*) non sia vietato, ma non possa sostituire l'analisi richiesta dalla legge. L'istruttoria deve essere cucita sul caso concreto, con documentazione puntuale e coerente con la realtà del servizio da affidare. Ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) cura la gestione della Piattaforma unica "Trasparenza dei servizi pubblici locali di rilevanza economica – Trasparenza SPL", nella quale rende disponibili strumenti di supporto per l'adempimento degli obblighi di pubblicità e trasparenza previsti dagli articoli 14 e 17 del medesimo decreto. In particolare, sono pubblicati: lo "Schema di relazione illustrativa della scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale (art. 14, comma 3)"; lo schema per la motivazione qualificata *ex* art. 17, comma 2 (affidamenti diretti *in house* sopra soglia). I predetti *format*, reperibili sul sito istituzionale ANAC nella sezione Trasparenza SPL (*https://www.anticorruzione.it/-/trasparenza-spl*), hanno valore meramente orientativo e non sostitutivo dell'istruttoria analitica richiesta dalla normativa. Si evidenzia altresì che anche le autorità di regolazione settoriali possono adottare propri schemi-tipo nei rispettivi ambiti: ad esempio, l'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART), con Delibera n. 64/2024, ha approvato lo Schema-tipo di "Relazione di Affidamento – *in house*" per il trasporto pubblico locale. Tali strumenti, pur non provenendo da ANAC, si collocano nel medesimo quadro di supporto non vincolante all'attività istruttoria e motivazionale delle amministrazioni. In argomento, S. Vernile, *L'affidamento in house*, in G.M. Caruso - D. D'Alessandro e D. Pappano (a cura di), *Contratti delle pubbliche amministrazioni. Questioni attuali*, Torino, 2024, 177-203; L.M. Fera, *L'in-house providing nel nuovo codice dei contratti pubblici: tra libertà di auto-organizzazione amministrativa e tutela della concorrenza e del mercato,* cit., 38.

re motivazionale delineato dal TUSPL, articolato su due livelli: il primo, comune a tutte le modalità di gestione, centrato sulla relazione comparativa *ex* art. 14[10]; il secondo, specifico per gli affidamenti *in house* sopra soglia, disciplinato dall'art. 17[11].

La sentenza offre così lo spunto per chiarire la portata sistematica dell'art. 14, applicabile a tutte le forme di gestione e idoneo a proiettare anche sugli affidamenti sotto soglia le logiche motivazionali proprie del diritto eurounitario[12]. La norma impone, infatti, un'analisi comparativa fondata su parametri oggettivi e verificabili, includendo l'individuazione degli obblighi di servizio e dei meccanismi di compensazione economica. Un'istruttoria così rigorosa, prevista per tutte le modalità di gestione, potrebbe indurre a ritenere che il legislatore abbia voluto collocarle su un piano di effettiva equivalenza. Tale equivalenza, tuttavia, è solo apparente[13]: proprio l'estensione della verifica comparativa *ex* art. 14 a tutte le soluzioni organizzative determina un innalzamento generalizzato del livello di motivazione richiesto, che finisce per incidere in modo più marcato sull'*in house*.

La scelta di fondare l'annullamento sull'art. 14 e non sull'art. 17 segna, quindi, il punto interpretativo decisivo. Così facendo, il giudice non neutralizza l'onere motivazionale rafforzato previsto per l'*in house*[14], ma lo anticipa nella fase di scelta del modello gestionale, rendendolo di fatto applicabile anche agli affidamenti sotto soglia. Ne risulta che quella che appare come una parificazione tra modelli gestionali si traduce, in realtà, in una dinamica asimmetrica: il peso della giustificazione richiesta – dimostrare la convenienza del mancato ricorso al mercato – grava esclusivamente sull'*in house*, mentre le forme che ricorrono al mercato ne sono per definizione esentate. In questo modo, l'art. 14 diventa il veicolo attraverso cui l'onere *ex* art. 17 si espande oltre i suoi confini originari, trasformando la relazione istruttoria in un presidio di controllo penetrante che condiziona la praticabilità del modello e ne rafforza la subordinazione strutturale.

Particolarmente significativa, in questa prospettiva, è la constatazione per cui l'art. 14 diventa il mezzo attraverso cui le prescrizioni specifiche dell'art. 17 si rendono applicabili anche agli affidamenti *in house* sotto soglia[15], non già in ragione dell'assen-

[10] La relazione *ex* art. 14 è uno strumento obbligatorio per tutti i modelli di gestione: impone una comparazione ragionata tra opzioni, con indicatori misurabili (costi, qualità, investimenti, obblighi di servizio). È il fulcro logico dell'intera istruttoria amministrativa, anche per gli affidamenti sotto soglia.

[11] L'art. 17 si applica solo agli affidamenti *in house* sopra soglia UE e impone un onere motivazionale "rafforzato": una seconda delibera che confermi la scelta come la più efficiente ed efficace. La sua funzione è quella di rafforzare i presidi di trasparenza e giustificazione economica dell'autoproduzione.

[12] Anche se gli affidamenti sotto soglia non ricadono nella disciplina comunitaria vincolante, l'art. 14 impone un'istruttoria comparativa che riflette i criteri euro-unitari (trasparenza, proporzionalità, parità di trattamento), promuovendone l'applicazione estesa nell'ordinamento interno.

[13] Sull'apparente regime paritario dei modelli gestionali previsti e sull'effettiva subordinazione del modello *in house* si veda R. Camponi, *Tensioni e contrapposizioni dell'in house providing: fra servizi e contratti pubblici,* cit., 2.

[14] La Corte di giustizia dell'Unione europea ha chiarito che gli Stati membri hanno facoltà di subordinare il ricorso a un'operazione interna per la fornitura di servizi "all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna", Corte di Giustizia UE, sez. IX, 6 febbraio 2020, nelle cause riunite C-89/19, C-90/19 e C-91/19, in eur-lex.europa.eu.

[15] In mancanza di disciplina specifica, si è affermato in dottrina e giurisprudenza che anche per affidamenti *in house* sotto soglia l'art. 14 costituisce parametro di legalità: la scelta gestionale deve comunque risultare motivata in modo trasparente, concreto e documentato. Cfr. L.M. Fera, *L'in-house providing nel nuovo codice dei contratti pubblici: tra libertà di auto organizzazione amministrativa e tutela della concorrenza e del mercato*, cit.; C.L. Appio e D. De Filippis, *L'in house providing nei servizi pubblici di rilevanza economica: la prospettiva del diritto dell'economia*

za di una disciplina motivazionale ad essi specificamente dedicata, ma perché la struttura stessa dell'art. 14 ricomprende e anticipa le verifiche richieste dall'art. 17 per gli affidamenti sopra soglia. Ne deriva che le logiche di giustificazione proprie del diritto euro-unitario si proiettano fisiologicamente anche sugli affidamenti sotto soglia.

La relazione olistica tra l'art. 14 e l'art. 17 emerge con particolare evidenza se si considera l'orientamento giurisprudenziale che ammette la possibilità di assolvere l'onere motivazionale previsto dall'art. 17 mediante rinvio *per relationem* alla relazione istruttoria redatta ai sensi dell'art. 14[16]. Tale soluzione interpretativa è possibile solo perché l'art. 14, nella sua struttura e nei suoi contenuti, già ricomprende, in via generale, le verifiche richieste dall'art. 17 per gli affidamenti sopra soglia. Ne costituisce ulteriore conferma anche il piano economico-finanziario, richiesto tanto dall'art. 14, comma 4, quanto dall'art. 17, comma 4, quale strumento comune di verifica della sostenibilità economica: un elemento che accentua la convergenza tra i due livelli istruttori e rafforza l'idea di una sostanziale continenza dell'art. 17 nell'art. 14. Quest'ultimo, peraltro, non si limita ad assorbire le verifiche specifiche del 17: include contenuti ulteriori – come l'individuazione degli obblighi di servizio pubblico e dei criteri di compensazione economica – che lo qualificano come fulcro istruttorio dell'intero procedimento[17]. In questo quadro, la clausola di *standstill* prevista dall'art. 17, comma 3 – applicabile soltanto agli affidamenti sopra soglia – appare scarsamente giustificata[18], soprattutto considerando che anche la relazione *ex* art. 14 deve essere pubblicata ed è suscettibile di controllo da parte di ANAC, AGCM e operatori economici[19].

In definitiva, la pronuncia evidenzia che nell'attuale assetto normativo, il fulcro mo-

a qualche anno dal riordino, in *Dirittobancario.it*, 14 marzo 2025. La giurisprudenza rilevante: sent. TAR Marche n. 367 del 28 maggio 2019; Corte dei conti, Sez. reg. controllo Lombardia, delib. n. 115/2024/PASP, 27 maggio 2024: afferma che la "qualificata motivazione" dell'art. 17 è prevista per gli affidamenti sopra soglia, ma il principio di motivazione analitica costituisce "canone generale" (rilevante anche sottosoglia) in coerenza con l'art. 5 TUSP, dunque l'ente deve comunque motivare la scelta; TAR Lazio – Roma, Sez. II-bis, 19 marzo 2024, n. 5452, nel sindacare la scelta del modello gestionale (gara/società mista/*in house*), il TAR richiama il perimetro del TUSPL e la necessità della delibera e relazione motivata *ex* art. 14 quale base legale della scelta, distinguendola dall'eventuale onere "rafforzato" dell'art. 17 per i casi sopra soglia; Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351 (precedente "di principio", pre-TUSPL ma spesso richiamato). Afferma l'esigenza di un onere motivazionale incisivo quando si deroga al mercato con l'*in house* (convenienza, efficienza, qualità): orientamento che la prassi ha riletto come regola generale anche nel sistema TUSPL, a prescindere dalla soglia economica, con gli oneri rafforzati tipizzati solo per gli affidamenti sopra soglia.

[16] La giurisprudenza ha ammesso che la delibera *ex* art. 17 possa richiamare *per relationem* la relazione *ex* art. 14, purché quest'ultima sia esaustiva e verificabile. Questo evita la duplicazione documentale, ma non esonera l'amministrazione dal predisporre un'istruttoria solida a monte. Si veda sul punto, con riferimento all'articolato precedente, Cons. giust. amm., Sicilia, sez. giurisd., 13 dicembre 2022, n. 1258 e Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2021, n. 1596, in giustiziaamministrativa.it.

[17] A differenza dell'art. 17, la relazione *ex* art. 14 contiene anche elementi economici e giuridici aggiuntivi: obblighi di servizio pubblico, compensazioni, criteri per evitarne la sovracompensazione. Questi elementi sono centrali nella logica dell'equilibrio economico-finanziario dei servizi pubblici locali.

[18] La clausola di *standstill* (60 giorni prima della stipula del contratto) si applica solo alla delibera *ex* art. 17, ma non alla relazione *ex* art. 14. Questa disparità appare incoerente, specie se si considera che anche la relazione *ex* art. 14 è soggetta a pubblicazione e può avere effetti sostanziali sull'accesso al mercato. Sul punto, v. M. Clarich - A. Moliterni, *Scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale*, in R. Chieppa - G. Bruzzone - A. Moliterni (a cura di*), La riforma dei servizi pubblici locali. Commento al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, e analisi sistematica delle regole vigenti nei singoli settori*, Milano, 2023, 244; G. Fares - V. Lopilato, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali, in La riforma dei servizi pubblici locali. Commento al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, e analisi sistematica delle regole vigenti nei singoli settori*, ivi, 311 ss.

[19] A. Maltoni, *Oneri motivazionali differenziati richiesti per l'affidamento a società in house di attività aventi rilevanza economica e affidamenti in house "convenzionali"*, in *federalismi.it*, 29, 13 dicembre 2023, 51.

tivazionale risiede nella relazione *ex* art. 14, attorno alla quale ruota l'intero sistema di legittimità dell'azione amministrativa. L'art. 17, pur previsto come ulteriore presidio, rischia di ridursi a un adempimento formale, con una disciplina che, seppur orientata alla trasparenza, finisce per proiettare il proprio contenuto all'interno della relazione *ex* art. 14, determinando un aggravio procedurale che incide in via quasi esclusiva sul modello *in house*, anche sotto soglia, e che tende a comprimere in misura sensibile l'autonomia decisionale degli enti locali.

3. Gerarchia tra i modelli di gestione: la rigorosa posizione dell'AGCM.

Pur essendo incentrata sulla violazione dell'art. 14 del d.lgs. n. 201/2022 – norma comune a tutte le modalità di gestione – la sentenza in commento sembra iscriversi, seppur indirettamente, in quella linea giurisprudenziale che riconosce una posizione tendenzialmente subordinata del modello *in house* rispetto alle alternative di mercato[20]. Questa percezione di subordinazione risulta ora ancor più coerente se letta alla luce della dinamica interpretativa emersa nel paragrafo precedente: l'anticipazione dell'onere motivazionale rafforzato dell'art. 17 all'interno della relazione *ex* art. 14, e la sua conseguente applicazione anche agli affidamenti sotto soglia, accentuano la pressione istruttoria proprio sul modello *in house*, anche quando non ricorrono i presupposti formali per l'attivazione dell'art. 17 stesso.

Tale impostazione non è esplicitata in modo diretto dal TAR, ma traspare, innanzitutto, dal richiamo, operato in limine alla motivazione, all'"onere motivazionale rafforzato" che grava sull'amministrazione in caso di affidamento diretto, e che impone un "penetrante controllo della scelta effettuata (...) anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche"[21] e, in secondo luogo, anche dall'inedita portata applicativa dell'interpretazione estensiva dell'onere motivazionale ai sensi dell'art. 14.

In questo contesto, il modello *in house*, pur formalmente equiparato ad altre forme gestionali, continua a essere percepito come una soluzione derogatoria, soggetta a condizioni più stringenti e a un grado di giustificazione particolarmente elevato[22]. La sentenza in commento non si pone, quindi, in linea di continuità con le più recenti interpretazioni del nuovo Codice dei Contratti pubblici, che valorizzano una lettura meno gravosa dell'affidamento *in house* sulla base del principio di autorganizzazione amministrativa sancito dall'art. 7 e nel solco dell'abrogazione del contenuto dispositivo dell'art. 192 della disciplina previgente, che imponeva, esplicitamente, di motivare

[20] In dottrina e giurisprudenza si è consolidata la tesi per cui il modello *in house*, pur astrattamente equivalente agli altri, è soggetto a condizioni più restrittive. La sua adozione richiede una motivazione rafforzata e una dimostrazione stringente di efficienza ed economicità, come ribadito dal Consiglio di Stato (Cons. St., sez. V, n. 702/2021).

[21] La citazione proviene testualmente dalla motivazione del TAR Marche, che richiama l'onere motivazionale "rafforzato" a carico dell'amministrazione. Questa formulazione deriva da orientamenti consolidati che considerano l'*in house* una "eccezione" da giustificare con particolare attenzione all'efficienza e al buon uso delle risorse pubbliche.

[22] Il vincolo è doppio: da un lato l'ente deve dimostrare la convenienza dell'*in house* rispetto al mercato; dall'altro, la società affidataria deve rispettare rigorosi requisiti strutturali (assenza di attività di mercato, controllo analogo, struttura proprietaria pubblica). L'inosservanza anche solo di uno di questi elementi determina l'illegittimità dell'affidamento.

il mancato ricorso al mercato[23]. L'equiparazione solo apparente tra le scelte di gestione trova conferma anche nel ruolo assunto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la cui prassi si è caratterizzata per un'attività di vigilanza particolarmente rigorosa nei confronti degli affidamenti diretti[24].

L'AGCM ha più volte sollevato rilievi critici in relazione all'inadeguatezza delle motivazioni addotte a supporto della scelta *in house*[25], evidenziando, tra le principali criticità: l'uso di schemi argomentativi standardizzati (come le matrici SWOT[26]), l'assenza di dati attendibili sulla gestione pregressa, la mancata certificazione dei piani economico-finanziari e, soprattutto, la tendenza a fondare la presunta convenienza dell'autoproduzione sul solo presupposto dell'assenza di utile[27].

Da ultimo, in riferimento al caso di specie, l'AGCM, su richiesta dell'Assemblea Territoriale d'Ambito ATO 2 di Ancona, ha precisato che la scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale deve essere sorretta da una motivazione analitica, corredata – in caso di affidamenti *in house* sopra soglia – da piano economico-finanziario asseverato, con puntuale riferimento a qualità, costi, investimenti ed esiti gestionali pregressi, non potendo giustificarsi con il solo richiamo all'equilibrio di bilancio; ha altresì ribadito che le società *in house*, quali *longa manus* dell'amministrazione, sono tenute al rispetto del Codice dei contratti pubblici per i sub-affidamenti, con conseguente inammissibilità delle soluzioni prospettate di partenariato pubblico-pubblico o di titoli partecipativi, essendo consentite

[23] Il riferimento è al nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, entrato in vigore il 1° luglio 2023, che ha sostituito il previgente d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Nella disciplina antecedente alla riforma, l'art. 192, comma 2, prevedeva espressamente un onere motivazionale in caso di affidamento in house, imponendo alle stazioni appaltanti di "*dare conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato*", nell'ambito di una più ampia valutazione sulla congruità economica dell'offerta del soggetto in house, nonché sui benefici per la collettività della forma di gestione prescelta. Tale contenuto dispositivo non è stato riprodotto nel nuovo art. 192, con la conseguenza che il Codice del 2023 non contempla più un obbligo esplicito di giustificazione del mancato ricorso al mercato, in coerenza con il principio di autorganizzazione amministrativa sancito dall'art. 7.

[24] L'AGCM ha più volte agito formalmente, anche tramite ricorsi giurisdizionali, per contrastare affidamenti *in house* carenti di adeguata istruttoria. Le sue valutazioni insistono sul rispetto sostanziale dei principi di concorrenza, trasparenza e parità di accesso, e sulla necessità di motivazioni fondate su dati concreti.

[25] Sul punto, si vedano, tra i numerosi interventi critici dell'AGCM in materia di affidamenti *in house*: AGCM, Parere AS2055 del 6 novembre 2024 – Ambito Territoriale Ottimale Avellino – Gestione integrata dei rifiuti urbani, in Bollettino AGCM, n. 5 del 10 febbraio 2025; AGCM, Parere AS1915 del 25 luglio 2023 – Consorzio di Bacino Alessandrino – Affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, in Bollettino AGCM, n. 39 del 16 ottobre 2023; AGCM, Parere AS1939 del 23 novembre 2023 – Ambito distrettuale di Caserta – Affidamento del servizio idrico integrato, in Bollettino AGCM, n. 8 del 26 febbraio 2024; AGCM, Parere AS1918 del 14 giugno 2023 – ATO Avellino – Costituzione di una nuova società *in house* per l'affidamento della gestione dei rifiuti, in Bollettino AGCM, n. 40 del 23 ottobre 2023; AGCM, Parere AS2072 del 27 gennaio 2025 – ATO Avellino – Servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, in Bollettino AGCM, n. 14 del 14 aprile 2025.

[26] Cfr. Corte dei Conti, Sezione di controllo per la Regione siciliana, deliberazione 26 settembre 2023, n. 315, ove si precisa che la SWOT Analysis è concepita dal legislatore come strumento di pianificazione strategica, da utilizzare per comparare le diverse opzioni disponibili attraverso l'individuazione di punti di forza, debolezza, opportunità e minacce.

[27] Tra le criticità ricorrenti segnalate dall'AGCM vi sono l'uso di argomentazioni stereotipate, come i presunti vantaggi economici o sinergie generiche, la mancanza di indicatori economici puntuali (ad esempio, l'assenza o la non validazione del piano economico-finanziario), l'insufficiente comparazione tra le diverse opzioni gestionali e l'utilizzo meccanico di strumenti analitici come la matrice SWOT, impiegati senza alcuna contestualizzazione. L'Autorità ha inoltre evidenziato che l'assunto secondo cui l'internalizzazione del servizio comporterebbe automaticamente un risparmio, per via dell'assenza di utile, è economicamente infondato: anche il capitale pubblico impiegato deve essere adeguatamente remunerato per garantire la sostenibilità dell'intero sistema di gestione.

unicamente gara, gara a doppio oggetto o affidamento diretto *in house*[28].

Tali osservazioni rivelano come, al di là della formale neutralità dell'articolazione normativa, l'*in house* resti una modalità di gestione soggetta a un più stringente obbligo di motivazione, il cui mancato rispetto può determinare effetti distorsivi sul piano concorrenziale. La sentenza del TAR Marche, pur non fondando l'annullamento sull'art. 17, conferma l'importanza di un'istruttoria completa e sostanziale quale presupposto necessario di legittimità, lasciando trasparire, tra le righe, una persistente difficoltà del modello *in house* ad affermarsi come opzione effettivamente paritaria.

4. Conclusioni.

La sentenza del TAR Marche rappresenta un momento di svolta nell'interpretazione dei presupposti motivazionali alla base della scelta della modalità di gestione dei servizi pubblici locali, con particolare riferimento all'affidamento *in house providing*. Il vero elemento innovativo non risiede tanto nella riaffermazione del carattere eccezionale di tale modello, già pacificamente accolto, come evidenziato dalla giurisprudenza e dalla prassi richiamate nei paragrafi precedenti, quanto nell'enfasi posta sulla relazione *ex* art. 14, comma 3, del d.lgs. 201/2022, riconosciuta come fulcro logico-giuridico del procedimento decisionale.

Il giudice amministrativo distingue con nettezza la fase della scelta dell'affidamento da quella della sua attuazione, attribuendo alla relazione *ex* art. 14 un ruolo centrale e sostanziale: non mero adempimento formale, ma strumento funzionale a garantire la razionalità, l'imparzialità e l'efficienza dell'azione amministrativa. Ciò che, tuttavia, merita particolare attenzione è l'effetto pratico derivante da questa impostazione: la traslazione dell'onere motivazionale rafforzato dell'art. 17 nella relazione *ex* art. 14 comporta la sua applicazione generalizzata anche agli affidamenti sotto soglia, incidendo quasi esclusivamente sul modello *in house*.

In questo modo, lungi dal creare un piano di parità tra modelli, l'interpretazione adottata rafforza la tradizionale asimmetria, sottoponendo l'*in house* a un controllo più gravoso e anticipato, che ne condiziona le possibilità di impiego e rischia di limitarne la funzione come strumento legittimo e flessibile di organizzazione dei servizi pubblici locali. La sentenza restituisce così alla motivazione amministrativa la sua funzione più nobile: rendere intellegibile, verificabile e fondata la decisione pubblica, ma al contempo mostra come la scelta del baricentro procedimentale possa produrre effetti sistemici rilevanti, ridefinendo in modo significativo i rapporti di forza tra modelli gestionali e incidendo, forse in maniera non del tutto voluta, sulla libertà di scelta organizzativa degli enti locali.

Lorenzo Ferretti

[28] AGCM, Parere del 29 luglio 2025, in *Bollettino AGCM*, n. 35 dell'8 settembre 2025, 22.

5. L'impiego dell'intelligenza artificiale nel giudizio di anomalia dell'offerta

Impiego di intelligenza artificiale in sede di offerta tecnica nell'ambito di una gara pubblica di appalto: ammissibilità, giudizio sull'anomalia dell'offerta e relativo sindacato giurisdizionale (nota a TAR Lazio, Sez. II, 3 marzo 2025, n. 4546)

Sommario: 1. Il caso di specie. – **2.** La decisione nel quadro normativo e giurisprudenziale concernente l'utilizzo dell'I.A. nei contratti pubblici. – **3.** L'anomalia dell'offerta e l'impiego di sistemi di I.A. – **4.** La valutazione discrezionale dell'offerta tecnica (che include impiego di sistemi di I.A.) e il perimetro di estensione del sindacato giurisdizionale. – **5.** I.A. nei contratti pubblici: approdi e prospettive. – **6.** Alcune considerazioni conclusive.

1. Il caso di specie.

La concreta fattispecie oggetto della presente disamina concerne una gara indetta da Consip S.p.A. per la stipula di un accordo-quadro, ai sensi dell'art. 59, comma 4, lett. a) del d.lgs. n.36/2023, avente ad oggetto i servizi di pulizia e sanificazione per gli enti del Servizio Sanitario Nazionale ubicati nella Regione Umbria.

In particolare, la società Romeo Gestioni S.p.A., collocatasi in terza posizione (la prima non utile ai fini dell'aggiudicazione) nella graduatoria stilata all'esito della suddetta gara pubblica, impugnava l'aggiudicazione del lotto n. 2 della procedura in favore di Dussmann Service S.r.l. (prima classificata) e del raggruppamento temporaneo d'imprese tra Samsic Italia S.p.A. e Gestione Servizi Integrati S.r.l. (seconda classificata), così come tutti gli atti di gara, rilevandone l'illegittimità in ragione di una "*asserita macroscopica anomalia delle offerte*" presentate dalle aggiudicatarie.

Nel dettaglio, la ricorrente, con specifico riguardo all'offerta presentata dall'operatore economico aggiudicatario Dussmann, rilevava come il medesimo avesse operato una "*sottostima delle attività remunerate a canone (aventi marginalità ridotta)*" e sovrastimato servizi più remunerativi in base a proprie ipotesi interne non riscontrate da criteri oggettivi.

Inoltre, in sede di ricorso, lamentava la mancata quantificazione di specifiche voci di costo, evidenziando come Dussmann non avesse stimato il costo della manodopera relativo a 22 delle 45 voci dei fogli

ARP_PT e ARNP_PT (attività a richiesta programmabili e non programmabili), di fatto non compilando le relative caselle e così compromettendo l'equilibrio complessivo dell'offerta.

Ancora, contestava in atti la "*totale inadeguatezza della figura offerta da Dussmann ad assumere il ruolo – centrale nell'economia dell'appalto – del gestore operativo*", così come, segnalava una "*illegittima modifica postuma dell'offerta*" nella misura in cui Dussmann, dopo aver dichiarato nell'offerta tecnica di impiegare addetti con almeno tre anni di esperienza, avesse poi precisato nei giustificativi che molte attività sarebbero state eseguite da apprendisti.

Aspetto poi di particolare rilievo, oltre che inedito e, in quanto tale, anche censura formulata che si ritiene maggiormente significativa, pare quello concernente l'impiego di intelligenza artificiale (in particolare, ChatGPT-4 OpenAI) in sede di offerta tecnica ad opera della società risultata aggiudicataria e conseguente – asserita – irragionevolezza dell'offerta della medesima.

Sotto tale profilo, la società ricorrente contestava nello specifico i singoli punteggi "*molto elevati*" (nella fattispecie 16) assegnati all'offerta di Dussmann in ragione delle intelligenze artificiali di cui l'aggiudicataria aveva dichiarato di volersi avvalere in relazione a specifici criteri di valutazione tecnica di cui al Capitolato d'oneri (B1, C1, C2, C3 e D1).

In tal senso la ricorrente censurava l'"*illogicità dell'operato della Stazione appaltante*" per aver la medesima "*accolto positivamente, senza alcun approfondimento istruttorio, l'utilizzabilità dell'IA nell'ambito del servizio di cui si discute*". In tal modo, infatti, si poneva in evidenza come il contenuto dell'offerta scontasse "*un problema di indeterminatezza e di genericità, perché – dietro l'uso di un linguaggio estremamente tecnico, talvolta perfino criptico – si nasconde la descrizione di modelli astratti la cui funzionalità in concreto è tutta da dimostrare*".

Sempre in relazione allo specifico profilo concernente l'impiego di intelligenza artificiale in sede di offerta tecnica, la società ricorrente lamentava altresì la sostanziale esiguità dell'importo esposto dall'aggiudicataria per "*altri costi*", ritenendo che l'importo di € 1.630.000,00 indicato da Dussmann per tale voce fosse modesto e che i costi aggiuntivi reali sarebbero stati molto superiori (€ 4.500.000,00), includendo quelli relativi alla "*sofisticatissima rete di sensori necessaria per il funzionamento dell'IA*".

In definitiva, la Romeo Gestioni S.p.A. chiedeva l'annullamento di tutti gli atti impugnati e la conseguente riformulazione della graduatoria, con aggiudicazione della procedura pubblica di cui trattasi in suo favore.

2. La decisione nel quadro normativo e giurisprudenziale concernente l'utilizzo dell'I.A. nei contratti pubblici.

La sentenza in commento rappresenta, di fatto, una prima apertura esplicita del giudice amministrativo italiano rispetto all'uso dell'I.A. nell'ambito della contrattualistica pubblica[1].

[1] In dottrina si v. sul tema, tra i numerosissimi contributi: M. Durante, voce *Intelligenza artificiale (applicazioni giuridiche)*, in *Digesto*, Milano, 2007; G.M. Racca, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica,* in *DPCE online*, 4, 2020, 4678; Id., *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 4,

Questione centrale che emerge dalla pronuncia si ritiene poi non tanto quella relativa alla possibilità di impiego dell'intelligenza artificiale nel settore in questione, ma piuttosto come e a quali condizioni, tale uso sia legittimo: sotto tale profilo i giudici nella sentenza *de qua* paiono approdare alla dichiarazione di principio per cui l'I.A. sarebbe impiegabile nella misura in cui rimanga strumento di ausilio, trasparente, controllato e verificabile.

Nel merito, il T.a.r., pronunciandosi sulla specifica questione, rileva come l'aggiudicataria abbia previsto un impiego dell'I.A. "*mirato e specifico (…) solo come ulteriore strumento di supporto matematico/statistico e di elaborazione dati, migliorando l'efficienza e la qualità dei servizi offerti*" (non generico o indefinito) come supporto alle attività di elaborazione dati per migliorare efficacia ed efficienza del servizio.

La pronuncia in esame, pertanto, si ritiene si collochi a pieno titolo nell'ambito di un processo – in divenire – circa il sempre maggiore impiego di strumenti e tecniche di intelligenza artificiale, anche nell'ambito della contrattualistica pubblica[2].

Ebbene, in senso generale, considerando le scarse risorse, sia umane sia materiali, in capo alle pubbliche amministrazioni, oltre che le sempre rinnovate funzioni attribuite alle medesime, anche in relazione ai rapidi mutamenti e alle istanze che provengono dalla società sul fronte tecnologico, con tutta evidenza si colgono aspetti positivi legati all'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nell'ambito delle stesse gare pubbliche, tra i quali: la riduzione di rischi di disparità di trattamento e di eventuali errori umani; la prevenzione e riduzione di fenomeni corruttivi; l'espletamento di una completa istruttoria; la potenziale prevedibilità delle decisioni, anche in ottica di certezza giuridica[3].

In tal senso, come noto, occorre rammentare come il legislatore si sia peraltro orientato verso una decisa digitalizzazione dei contratti pubblici già con il previgente Codice contratti, d.lgs. n. 50/2016, il quale all'art. 44 prevedeva l'adozione di un regolamento per la definizione delle modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici "*anche attraverso l'interconnessione per l'interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni*"; regolamento di seguito effettivamente adottato mediante il d.m. n. 148/2021, il cui art. 21 era specificamente dedicato all'aspetto della valutazione delle offerte tecniche[4].

2023, 723 e ss.; M. Corradino, *Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: sfide concrete e prospettive future*, 2021; E. Guernaccia, *Il processo di digitalizzazione delle gare d'appalto: dal DM n. 148/2021 al Codice dei Contratti Pubblici 2023*, in *Ceridap*, 1, 2022; R. Conforti, *Digitalizzazione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Diritto di Internet*, 2, 2023, 399; G. Carullo, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2023; D.U. Galetta, *Digitalizzazione, intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *www.federalismi.it*, 12, 2023; G.F. Licata, *Intelligenza artificiale e contratti pubblici: problemi e prospettive*, in *Ceridap*, 2, 2024, 30 ss.

[2] Sulla questione si v., tra i contributi più recenti, M. Ippolito, *L'implementazione delle tecnologie emergenti nel processo di automazione del ciclo di vita dei contratti pubblici. Alcune riflessioni a margine del d.lgs. n. 36/2023*, in P.*A. Persona e Amministrazione*, vol. 14, n.1/2024; M. Pani - C. Sanna, *Procedure di gara e intelligenza artificiale*, in *Lexitalia.it*, 2024.

[3] V. in argomento F. Risso, *La valutazione dell'offerta tecnica e la digitalizzazione*, in R. Cavallo Perin - M. Lipari - G. Racca, *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Napoli, 2022, p. 110. In senso generale, rispetto all'impiego di intelligenza artificiale ad opera dell'amministrazione pubblica, si v. i recenti volumi di A. Di Martino, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, 2023; D.U. Galetta, *Artificial Intelligence and Public Administration*, Napoli, 2025.

[4] Su cui cfr. in dottrina D. Villa, *Digitalizzazione delle procedure e operatori economici*, in M. Corradino - S. Sticchi Damiani (a cura di), *I nuovi appalti pubblici: commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Milano, 2017, 170 ss. e R. Cavallo Perin; D.U. Galetta

Sempre rispetto alla delicata fase della valutazione delle offerte, peraltro – come noto – oggetto di nutrito contezioso avanti al giudice amministrativo, lo stesso d.d.l. delega n. 2330-A, recante delega al Governo in relazione alla materia dei contratti pubblici, nell'ambito dei principi e criteri direttivi, menzionava espressamente anche l'individuazione delle ipotesi nelle quali le stazioni appaltanti potessero ricorrere ad automatismi in sede di valutazione delle offerte.

In tal senso, anche in dottrina, si è dunque posto in luce come già la menzionata legge delega suddetta abbia di fatto lanciato la sfida, sul fronte giuridico e normativo, oltre che tecnico-culturale, circa l'impiego della tecnologia, anche algoritmica, rispetto all'attività di valutazione delle offerte tecniche in sede di procedure ad evidenza pubblica[5].

Del resto, l'utilizzo di strumenti informatici e telematici è, ormai, ritenuto un dovere per le tutte le pubbliche amministrazioni nell'ambito del nostro sistema giuridico, con l'evidente obiettivo di rendere l'attività amministrativa maggiormente efficiente, così come si evince oggi dal dettato dell'art. 3-*bis* della l. 241/1990, inserito a seguito della novella del 2005, il quale dispone che le amministrazioni incentivano l'uso della telematica anche nei rapporti con i privati al fine di conseguire maggiore efficienza nella loro attività. Prima ancora l'accento sulla rilevanza del dato digitale si ravvisava evidentemente nel Testo unico sulla documentazione amministrativa (d.P.R. n. 445/2000), oltre che nel Codice dell'Amministrazione Digitale (d.lgs. n. 82/2005).

Nel quadro normativo interno una consacrazione della digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici si è ottenuta poi, con evidenza, mediante l'entrata in vigore del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici, di revisione della previgente disciplina di cui al d.lgs. 50/2016, così come emerge in particolare agli artt. 20, 27 e 28 del predetto Codice, circa l'impiego di strumenti telematici nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica[6].

Con l'approvazione di tale compendio normativo, infatti, si è assistito all'introduzione di istituti e principi concernenti l'azione delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, tra i quali spiccano specifiche previsioni con riferimento all'impiego di strumenti informatici e telematici. L'idea del legislatore in tal senso è quella della implementazione di una piattaforma on-line di *e-procurement* e di strumenti di comunicazione digitali (firma digitale e PEC), volti a rendere l'iter più efficiente, veloce, sicuro e trasparente rispetto a quello tradizionale, fondato essenzialmente sull'invio cartaceo della documentazione e delle offerte, in una logica complessiva di gestione, tramite piattaforme, dell'intero ciclo di vita del contratto, dalla programmazione all'esecuzione[7].

In tal senso, evidentemente, nell'ambito delle disposizioni di cui alla Parte II del Libro I del Codice, in particolar modo rileva, ai fini della presente trattazione, il dettato di cui all'art. 30 del Codice, rubricato "*Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici*", previsione di fatto inno-

(a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, 2020.

[5] Cfr. in partic. F. Risso, *La valutazione dell'offerta tecnica e la digitalizzazione*, cit., p. 112 ss.

[6] V. in argomento A. Corrado, I *nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, in *Federalismi.it*, 2023.

[7] Tale dato di evidenza sul fronte normativo è richiamato anche nella recente sentenza del Consiglio di Stato resa in argomento, del 4 giugno 2025, n. 4857.

vativa nell'ordinamento nazionale, finalizzata all'individuazione dei principi da rispettare in caso di utilizzo di procedure automatizzate, sebbene dalla portata evidentemente settoriale, rilevando la stessa unicamente per il settore dei contratti pubblici[8].

Alla luce dell'art. 30, in dettaglio, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, allo scopo di migliorare l'efficienza, "*provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia*"[9]. Ebbene, per "*disposizioni in materia*" si ritiene debbano intendersi le previsioni generali di cui alla normativa eurounitaria in merito all'impiego dell'intelligenza artificiale, oltre che la successiva recente normativa interna sul punto[10], bensì anche i principi di conoscibilità, comprensibilità, non esclusività e non discriminazione algoritmica, codificati nell'ambito dell'art. 30 in parola, peraltro anche sulla base degli approdi della giurisprudenza amministrativa in argomento[11].

Così, in dettaglio, per conoscibilità e comprensibilità si intende anzitutto il diritto per ciascun operatore economico di conoscere e comprendere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino, oltre che di ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata. Quest'ultimo principio, del resto, pare cruciale ai fini della stessa trasparenza algoritmica, in particolar modo con riferimento a sistemi di I.A. detti "*black box*" e *machine learning*, i quali, evidentemente, rendono particolarmente complessa una effettiva comprensibilità *ex post* nel dettaglio della stessa logica utilizzata. Da questo punto di vista, la trasparenza nel contesto in questione, andando oltre la mera pubblicità, deve intendersi quale intellegibilità dell'azione amministrativa, in particolar modo laddove la stessa implichi l'impiego di algoritmi.

In merito, il Consiglio di Stato, in seno alla relazione sullo schema definitivo di Codice contratti, ha chiarito come nell'ambito delle procedure di gara siano ad oggi perlo-

---

[8] Sul tema v., tra gli altri, P. Clarizia, *La digitalizzazione*, in Aa.Vv., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, 2023; C. Volpe, *Intelligenza artificiale e appalti pubblici tra capacità predittiva e discrezionalità amministrativa*, in *www.giustizia-amministrativa.it*., 2024.

[9] Per un commento alla specifica previsione normativa si v.: V. Campanile, *Commento all'art. 30*, in C. Contessa - P. Del Vecchio, *Codice dei contratti pubblici*, 2023; A. Iannotti della Valle, *Commento all'art. 30*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato - d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, 2023; C. Pepe, *Commento sub art. 30 (Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici)*, in S. Cimini - A. Giordano, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2025, 269 ss.

[10] In tal senso, si fa riferimento anzitutto al c.d. *AI Act,* Regolamento (UE) 2024/1689 sull'Intelligenza artificiale, pubblicato in GU dell'Unione Europea il 12 luglio 2024 ed entrato in vigore il 2 agosto 2024, oltre che alla recente Legge 23 settembre 2025, n. 132, *recante Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale,* la quale all'art. 14 detta precisazioni specifiche circa l'"*Uso dell'intelligenza artificiale nella pubblica amministrazione*". Mette conto precisare, peraltro, come al comma 2 del suddetto art. 14 il legislatore chiarisca che l'"*utilizzo dell'intelligenza artificiale avviene in funzione strumentale e di supporto all'attività provvedimentale, nel rispetto dell'autonomia e del potere decisionale della persona che resta l'unica responsabile dei provvedimenti e dei procedimenti in cui sia stata utilizzata l'intelligenza artificiale*". A livello nazionale, inoltre, il nostro Paese ha elaborato il *Programma Strategico Intelligenza Artificiale 2022-2024*, volto a stabilire obiettivi e settori prioritari per gli investimenti e l'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID), in particolare, ha pubblicato le "*Linee Guida per l'adozione dell'IA nella Pubblica Amministrazione*", finalizzate a promuovere un uso trasparente, sicuro e conforme dell'IA, con attenzione alla gestione del rischio, alla tutela dei diritti fondamentali e alla qualità dei dati.

[11] In particolare, si v. già Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4050; TAR Lazio, 22 marzo 2017 n. 3769; TAR Lazio, Sez. III-*bis*, 13 settembre 2019, nn. 10964-10963; TAR Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 18 dicembre 2020, n. 13692, e Id. nn. 7370/2020 e 7526/2020; con specifico riguardo alla materia contratti pubblici cfr. invece, tra le altre, Cons. Stato, sez. III, 2 luglio 2014, n. 3329; sez. V, 29 dicembre 2014, n. 6416; TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 8 ottobre 2019, n. 765.

più impiegati algoritmi c.d. semplici o "condizionali" (e non di apprendimento), che concretamente rispondono allo schema "*if …, then…*" e vengono pertanto utilizzati per il confronto automatico di taluni parametri caratterizzanti le offerte e conoscibili. Con la conseguenza per cui, maggiori timori e problematiche anche applicative paiono sorgere rispetto all'utilizzo di sistemi di IA c.d. *machine learning*, ossia in grado di elaborare un modello matematico-numerico che, sulla base dell'allenamento svolto su vecchi set di dati, sia in grado, ove sia presentato un nuovo set, di effettuare una previsione con un certo grado di accuratezza[12].

La stessa dottrina che recentemente si è occupata del tema, del resto, ha posto in evidenza le stesse implicazioni pratiche e le criticità legate ai predetti concetti di conoscibilità e comprensibilità, specialmente con riferimento al codice sorgente: così, ci si è chiesti in proposito quanto davvero sia indispensabile conoscere il codice sorgente al fine di disporre di una decisione pienamente comprensibile sia per l'interessato, sia per il giudice eventualmente investito della questione e in che misura possa altresì configurarsi un rischio di sacrificare inutilmente diritti di proprietà intellettuale che vengono in rilievo in relazione all'applicazione di tale tecnologia[13].

Il codice sorgente, in particolare, occorre sia esplicitato nell'ambito di procedure automatizzate al fine di comprendere la decisione e, dunque, in ottica di trasparenza dell'iter procedurale, ma tale codice per essere davvero intellegibile richiede evidentemente il possesso di competenze tecniche e informatiche altamente specialistiche e, nell'ipotesi di impiego di algoritmi di apprendimento, il processo decisionale seguito risulterebbe ad ogni modo – come anticipato – molto difficile da comprendere a posteriori.

In questo senso la stessa normativa di riferimento, ossia in particolare i commi 2 e 3 dell'art. 30 CCP fanno riferimento alla necessità per la stazione appaltante di garantire la disponibilità del predetto codice sorgente, bensì anche di ogni elemento utile a comprendere le "*logiche di funzionamento*" e dunque la complessiva "logica utilizzata".

Ancora, in applicazione del principio di non esclusività della decisione algoritmica, occorre sussista nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare, ovvero smentire, la decisione automatizzata. In merito, anche nell'ambito della nutrita dottrina che sino ad oggi si è occupata del tema, si è parlato di "riserva di umanità"[14], quale necessità di assicurare ad ogni modo una supervisione umana, così come, conseguentemente e da ultimo, garantire la stessa legittimità delle decisioni amministrative implicanti l'impiego di sistemi di I.A.

---

[12] V. in argomento, P. Otranto, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *Federalismi.it*, 7, 2021.

[13] A. Corrado, *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione": quale futuro?*, in F. Francario e M.A. Sandulli (a cura di), *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione*, Napoli, 2023. In particolare, ci si chiesti rispetto all'esistenza di diritti di proprietà intellettuale, nel momento in cui un *software* è utilizzato nell'ambito di una procedura di gara, se non sia ammessa segretezza in ordine al suo funzionamento. In merito, infatti, occorre rilevare come in giurisprudenza si sia in larga parte concessa l'ostensione dando prevalenza a quest'ultima rispetto alla riservatezza e ai paventati rischi di decriptazione e gestione dati personali, ovvero di violazione del *know-how* in relazione al *software*.

[14] Su cui cfr., tra gli altri, B. Marchetti, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione algoritmica amministrativa*, in *BioLaw Journal*, 2, 2021, 367 ss.; G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Milano, 2023.

Infine, in ragione del principio di non discriminazione algoritmica, il titolare è chiamato ad attuare precise e concrete misure tecniche e organizzative, al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici. In tal senso, in particolare, il rischio di c.d. *bias* cognitivi determinati dalla stessa formula algoritmica ha dato vita a concrete preoccupazioni, così come peraltro posto in evidenza nell'ambito di ormai note fattispecie prese in esame dallo stesso giudice amministrativo in relazione a discriminazioni perpetrate in sede di procedure di assunzione del personale docente[15].

In particolar modo dal 2019 si è assistito, infatti, sul fronte della giurisprudenza amministrativa nel solco della suddetta normativa approvata sull'argomento, ad una rilevante produzione di pronunce, anche e soprattutto al fine di indirizzare l'azione delle pubbliche amministrazioni in particolar modo sul tema delle procedure di concorso, ovvero di gara in relazione alla digitalizzazione, quest'ultima anche intesa in senso ampio quale impiego di tecnologie di intelligenza artificiale nell'ambito di procedure pubbliche[16].

3. L'anomalia dell'offerta e l'impiego di sistemi di I.A.

Nella fattispecie in esame, con il primo motivo di ricorso, si lamenta anzitutto la manifesta anomalia delle offerte formulate da entrambe le controinteressate. In buona sostanza, il T.a.r. nella sentenza, rispetto alla specifica questione, rileva come il ricorrente non abbia dimostrato che le offerte delle due aggiudicatarie fossero talmente irragionevoli o prive di sostenibilità da richiedere l'annullamento dell'aggiudicazione e segnala come che i chiarimenti forniti dalle società aggiudicatarie siano di contro stati ritenuti idonei a giustificare la congruità delle relative offerte.

In proposito, si precisa nella sentenza come il RUP nel caso di specie, stilata la graduatoria e accertato il carattere anormalmente basso delle offerte presentate dalle prime due graduate, avesse inviato a queste ultime una prima richiesta di giustificativi; gli operatori in questione davano seguito alla suddetta richiesta fornendo un riscontro. Di seguito, tuttavia, Commissione e RUP, non ritenendo soddisfacenti le prime giustificazioni, presentavano richiesta di ulteriori spiegazioni alle suddette società già interpellate alla quale le stesse parimenti rispondevano. La Commissione, sulla base di tali risultanze, giudicava da ultimo congrue le offerte formulate.

Da tale angolo visuale, questione centrale oggetto della pronuncia in commento concerne, come accennato, la legittimità dell'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale nell'ambito delle offerte tecniche, ma soprattutto, in particolare, la rilevanza di tale strumento rispetto alla congruità delle offerte, ovvero se l'impiego delle predette tecnologie possa costituire un elemento di anomalia e, dunque, di violazione dei principi di trasparenza e parità di trattamento.

In questo senso, nella sentenza in esame si è approdati alla conclusione per cui l'im-

[15] V. specialmente Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019 n. 2270 e Id., 13 dicembre 2019 n. 8472, a titolo esemplificativo, su provvedimenti di trasferimento ed assegnazione di sedi a docenti a mezzo di un algoritmo; nell'ambito delle suddette pronunce si colgono gli aspetti positivi legati all'impiego di AI nell'ambito di procedure pubbliche, ma si considera altresì l'aspetto della necessaria tutela degli interessi dei singoli e/o delle imprese coinvolti.

[16] Si v. in merito, tra le altre, le menzionate Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019 n. 2270 e 13 dicembre 2019 n. 8472, oltre a Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881; Cons. Stato, sez. III, 11 novembre 2021, n. 7507 con riguardo al "rischio tecnologico" in sede di gare telematiche; Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2021, n. 5792, a proposito dell'impiego di piattaforme telematiche e T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 7 maggio 2021, n. 1147 sulla presentazione di offerta tecnica e lettura del file inviato.

piego di strumenti di intelligenza artificiale non integrerebbe in quanto tale un elemento di anomalia, quale strumento tecnico di supporto matematico/statistico e di elaborazione di dati finalizzato al potenziamento dell'efficienza e della qualità dei servizi resi, oltre che non in contrasto con le previsioni di cui alla *lex specialis*.

Così, dalla sentenza sembrerebbe emergere un ulteriore aspetto per cui la valutazione di congruità delle offerte "assistite da I.A." non seguirebbe criteri differenti, ma dovrebbe soggiacere alle previsioni di cui all'art. 110 d.lgs. 36/2023 s.m.i. concernente le offerte anormalmente basse.

In altri termini, con la sentenza in questione si palesa come la verifica di anomalia, *ex* art. 110 Codice dei Contratti pubblici, si applichi anche alle suddette offerte: la stazioni appaltante, in particolare, avrebbe valutato nel caso concreto la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta apparsa anormalmente bassa in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'art. 108, comma 9 CCP.

Entrando nel merito, vi è da chiedersi poi, nel caso di specie implicante impiego di intelligenza artificiale, su quali elementi si potrebbero concentrare le richieste di spiegazioni di cui al comma 3 del menzionato art. 110 d.lgs. 36/2023[17]. In questo senso, in relazione all'"*economia del processo di fabbricazione dei (…) servizi prestati*" (di cui alla lett. a)), ovvero alle "*soluzioni tecniche prescelte (…) per prestare i servizi o per eseguire i lavori*" (di cui alla lett. b)), od ancora alla "*originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente*" (di cui alla lett. c)), si porrebbe un interrogativo rispetto alla grado di approfondimento proprio di tale richiesta di chiarimenti in relazione a tecnologie di intelligenza artificiale impiegate in sede di offerta tecnica, dunque anche in termini di vaglio tecnico sull'algoritmo, sebbene si ritenga che aspetto che ha rilevanza, in tale fase, sia la sostenibilità economica ed organizzativa dell'offerta, non il metodo tecnico/informatico impiegato al fine di ottenerla.

Rispetto a tale specifico profilo della verifica circa l'anomalia dell'offerta, nella stessa pronuncia in commento si esplicita come obiettivo della medesima sia "*quello di evitare che l'amministrazione addivenga alla conclusione di contratti a condizioni economiche apparentemente vantaggiose che, tuttavia, si rivelino non sostenibili da parte dell'operatore privato, con conseguente potenziale pregiudizio dell'interesse pubblico alla corretta e tempestiva esecuzione della relativa commessa*".

Peraltro, sul tema in questione il Collegio, con riguardo alla concreta fattispecie, ritiene non vi sia motivo per discostarsi dalla consolidata giurisprudenza amministrativa per la quale "*il giudizio sull'anomalia delle offerte presentate nelle gare pubbliche di appalto, oltre ad avere natura globale e sintetica sulla serietà delle stesse nel loro complesso, sia ampiamente discrezionale e sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica illogicità, irragionevolezza o erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità (ovvero l'attendibilità) complessiva dell'offerta*"[18].

[17] Come noto, ai sensi del comma 3 dell'art. 110 d.lgs. 36/2023, le spiegazioni di cui al comma 2 possono riguardare i seguenti elementi: "*a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente*".

[18] In tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2018, n. 5332 e 1° febbraio 2022, n. 703.

Così come affermato dalla richiamata uniforme giurisprudenza, pertanto, ne deriverebbe, in termini di sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni espresse dalla stazione appaltante, la possibilità di contestare le medesime esclusivamente sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, essendogli preclusa la possibilità di procedere ad un'autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, rientrando nell'ambito dell'apprezzamento riservato all'amministrazione anche l'esame delle giustificazioni a tal fine prodotte dai concorrenti[19].

Il giudice amministrativo potrebbe intervenire, in altri termini, unicamente in caso di macroscopiche illegittimità, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della stazione appaltante[20].

Inoltre, in argomento, occorre puntualizzare come la giurisprudenza sia unanime nell'affermare che, in senso generale, il giudizio di anomalia non abbia carattere sanzionatorio e, dunque, non sia finalizzato alla ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando invece ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto[21].

La relativa verifica mira cioè "*a garantire e tutelare l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione attraverso la procedura di gara per la effettiva scelta del miglior contraente possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto, così che l'esclusione dalla gara dell'offerente per l'anomalia della sua offerta è l'effetto della valutazione (operata dall'amministrazione appaltante) di complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere*"[22].

4. La valutazione discrezionale dell'offerta tecnica (che include impiego di sistemi di I.A.) e il perimetro di estensione del sindacato giurisdizionale.

In senso generale, si ritiene principio consolidato quello per cui la commissione di gara goda di un ampio margine di apprezzamento, di natura tecnico-discrezionale, in sede di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, cosicché non sia consentito al ricorrente di sostituire proprie opinabili e unilaterali valutazioni a quelle della Commissione di gara[23].

---

[19] Sul punto si v. altresì la posizione delle SS. UU. della Suprema Corte, in particolare in sede di recente ord. n. 16840/2024, laddove, con riferimento alla questione della valutazione dell'anomalia delle offerte, si è precisato come l'eccesso di potere per sconfinamento nella sfera del merito amministrativo sarebbe configurabile unicamente quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo abbia ecceduto i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, rivelandosi strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e della convenienza dell'atto. Non sussisterebbe cioè un eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nel caso in cui il sindacato del giudice amministrativo attenga all'esercizio di discrezionalità tecnica e non al merito dell'azione amministrativa.

[20] Su tale aspetto si v. la sentenza in commento e, *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, n. 6161/2019.

[21] Cfr., tra le numerose pronunce sul punto: Cons. Stato, sez. V, n. 690/2019; Cons. Stato, sez. III, n. 4990/2016 e Cons. Stato sez. V, n. 3752/2016.

[22] Così in partic. Cons. Stato, sez. V, n. 430/2018.

[23] Sul tema della discrezionalità e sindacato giurisdizionale v. F.G. Scoca, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 115 e con specifico riguardo all'intelligenza artificiale: G. Pesce, *Il Consiglio di Stato ed il vizio della opacità dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, 2020; S. De Felice, *Intelligenza artificiale e "Invalidità e giustiziabilità dinanzi al giudice amministrativo"*, 2021; L. Carbone, *L'algoritmo e il suo giudice*, 2023, tutti in *giustizia-amministrativa.it*. Sulla specifica questione della discrezionalità tecnica nella valutazione

Tale principio è affermato anche nell'ambito della pronuncia in commento laddove il Collegio rileva che la ricorrente, censurando la valutazione conseguita dalla società controinteressata in relazione ad una serie di criteri stabiliti nel Capitolato d'oneri, avrebbe affermato – peraltro in ragione di interrogazioni di Chat GPT da costei eseguite – che quanto dichiarato dalla aggiudicataria in relazione all'utilizzo di I.A. sarebbe stato, secondo tale tesi, impossibile da realizzare e avrebbe richiesto approfondimenti, risultando di conseguenza irragionevole l'attribuzione di un punteggio elevato alla relativa offerta tecnica, in assenza di una verifica concreta circa l'effettiva praticabilità.

È proprio rispetto a tale profilo, in riferimento dunque a criteri di valutazione dell'offerta tecnica per i quali era stata prevista l'attribuzione di punteggi discrezionali, ossia punteggi "*il cui coefficiente è attribuito in ragione dell'esercizio della discrezionalità spettante alla commissione giudicatrice",* che il Giudice nel caso di specie rileva l'inammissibilità della doglianza, precisando come la medesima infatti sottintenda la pretesa della società ricorrente di sostituire proprie valutazioni a quelle discrezionali spettanti alla Commissione, con la finalità dell'ottenimento di una riconsiderazione *in peius* del punteggio già assegnato all'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

In merito non si può non richiamare il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, condiviso e rammentato anche nella pronuncia in commento, alla luce del quale "*l'attribuzione dei punteggi rientra nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta alla Commissione giudicatrice, organo tecnico competente, per cui, fatto salvo il limite dell'abnormità della scelta tecnica operata, per come risultante dagli atti di gara e di causa, sono inammissibili le censure che impingono nel merito di valutazione per loro natura opinabili*"[24].

Ciò, a maggior ragione, ove – come nel caso concreto in questione – si sia optato per il metodo di valutazione delle offerte fondato sul c.d. "confronto a coppie", ritenuto infatti in tal senso, anche nell'ottica dell'estensione del sindacato su siffatta attività discrezionale, che "*una volta accertata la correttezza dell'applicazione del metodo, non resta spazio alcuno per un sindacato del giudice amministrativo nel merito dei singoli apprezzamenti effettuati e, in particolare, sui punteggi attribuiti nel confronto a coppie, che indicano il grado di preferenza riconosciuto ad ogni singola offerta in gara, con l'ulteriore conseguenza che la motivazione delle valutazioni sugli elementi qualitativi risiede nelle stesse preferenze attribuite ai singoli elementi di valutazione considerati nei raffronti con gli stessi elementi delle altre offerte*"[25].

In merito, si è peraltro pronunciata a proposito dell'attribuzione dei punteggi fondata sul predetto peculiare metodo del "confronto a coppie" la stessa Adunanza Plenaria, la quale ha chiarito che tale sistema utilizzato dai commissari di gara nella preliminare valutazione tecnico-qualitativa (ottenuta dalla somma dei coefficienti di valore attribuiti da ciascuno di essi), rappresenta "*un metodo di selezione volto ad individuare l'offerta migliore in termini strettamente relativi, che si basa sull'attribuzione di punteggi espressione delle prefe-*

delle offerte e conseguenti limiti al sindacato giurisdizionale si v. la recente pronuncia Cons. Stato, sez. VII, 20 giugno 2025, n. 5392. V. altresì Cons. Stato n. 7094/2024 e n. 6696/2022.

[24] V. tra le altre in tema Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2022, n. 4949.
[25] Cfr. in proposito Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2022, n. 2320.

renze soggettive dei commissari. Un punteggio alto (…) testimonia l'elevato gradimento del seggio di gara per le soluzioni proposte da un candidato rispetto a quelle formulate dagli altri, laddove una valutazione bassa è, specularmente, conseguenza della scarsa attrattività tecnico-qualitativa della proposta del concorrente non in sé e per sé, ma rispetto a quelle degli altri partecipanti. È pertanto chiara l'ampia discrezionalità sottesa a tali manifestazioni di giudizio dei commissari, che non scrutinano il possesso dei requisiti minimi di partecipazione (già valutati in sede di ammissione al confronto), ma, al contrario, esprimono una valutazione, necessariamente soggettiva e opinabile, circa le diverse soluzioni tecniche offerte".

È la stessa Plenaria ad avere esplicitato pertanto in tale pronuncia, in termini di discrezionalità valutativa della Commissione e conseguente estensione possibile del sindacato giurisdizionale, che "*la metodologia in questione non mira ad una ponderazione atomistica di ogni singola offerta rispetto a standard ideali, ma tende ad una graduazione comparativa delle varie proposte dei concorrenti mediante l'attribuzione di coefficienti numerici nell'ambito di ripetuti "confronti a due", con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale incontra forti limitazioni e non può sovrapporsi a valutazioni di merito spettanti all'amministrazione, salvi i casi di un uso distorto, logicamente incongruo, irrazionale del metodo in parola, che è, però, preciso onere dell'interessato allegare e dimostrare, evidenziando non già la mera (e fisiologica) non condivisibilità del giudizio comparativo, bensì la sua radicale ed intrinseca inattendibilità tecnica o la sua palese insostenibilità logica*"[26].

Nel caso di specie in esame, inoltre, il Collegio rileva come la ricorrente non sia stata in grado di evidenziare alcuna macroscopica irragionevolezza, illogicità o erroneità nelle operazioni svolte dalla Commissione tale da far dubitare che essa non abbia operato nel rispetto delle previsioni del Capitolato d'oneri.

Tale specifica censura della ricorrente, in particolare, è ritenuta priva di qualunque fondamento logico e giuridico, in quanto fondata su di una lettura essenzialmente fuorviante, errata e parziale dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, dei criteri di valutazione previsti dalla *lex specialis* di gara, oltre che dei medesimi giudizi espressi e di fatto costruita solo sulla base di "interrogazioni" di Chat GPT eseguite dai difensori della ricorrente in funzione del gravame.

Rispetto allo specifico profilo dell'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nell'ambito della procedura di gara, la pronuncia in commento si ritiene desti un particolare interesse nella misura in cui pare delinei quello che potrebbe essere ritenuto ad oggi il perimetro di un ragionevole e ammissibile impiego di tali sistemi di I.A. da parte di operatori economici nell'ambito della contrattualistica pubblica.

In dettaglio, il Collegio ritiene "*del tutto generica*" la deduzione della ricorrente per cui la Commissione giudicatrice avrebbe "*sicuramente apprezzato l'utilizzo dell'intelligenza artificiale da parte di Dussmann*", conclusione peraltro fondata su di un generico utilizzo dello strumento di Chat GPT ad opera dei difensori della società ricorrente.

[26] Sulla questione, oltre alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 2022 rammentata, si v. inoltre Cons. Stato, sez. III, 3 febbraio 2017, n. 476; Cons. Stato, sez. III, 29 maggio 2020, n. 3401, e Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2022, n. 2930.

La sentenza assume un particolare rilievo rispetto alla questione dell'impiego di I.A. nella materia di cui trattasi, laddove pone in luce come dall'analisi dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria emerga come la stessa aggiudicataria abbia proposto un impiego dell'intelligenza artificiale "*diverso dall'utilizzo del modello generale descritto nell'atto di motivi aggiunti, a ben vedere mirato e specifico, che ne prevede l'impiego solo come ulteriore strumento di supporto matematico/statistico e di elaborazione di dati, migliorando l'efficienza e la qualità dei servizi offerti*".

In tal senso l'IA, adottata in tal modo quale strumento di ausilio, non presenterebbe "*alcun aspetto di evidente criticità e/o inaffidabilità"*, dovendo al contrario essere riconosciuta – a giudizio del Collegio – quale strumento oramai "*di comune e diffuso utilizzo*", dunque anche ammissibile nell'ambito di attività di cui trattasi[27].

5. I.A. nei contratti pubblici: approdi e prospettive.

La sentenza in commento, come esposto, non ha rilevato criticità in rapporto all'impiego di sistemi di I.A. nell'ambito dell'offerta tecnica in sede di gara pubblica, di fatto implicitamente riconoscendo che i sistemi di I.A. utilizzata nel caso di specie rientrassero nella categoria dei c.d. "algoritmi di mero supporto" matematico/statistico e di elaborazione di dati, in quanto tali finalizzati a migliorare l'efficienza e la qualità stessa dei servizi offerti dall'operatore economico.

Tale approdo in sede giurisprudenziale, si ritiene peraltro coerente con la giurisprudenza del Consiglio di Stato già pronunciatasi recentemente sulla questione, laddove in particolare si è ritenuto ammissibile il ricorso ad algoritmi in relazione a procedure seriali, ovvero standardizzate, in quanto tali connotate dall'acquisizione di dati certi e dall'assenza di una valutazione discrezionale, peraltro allo scopo di potenziare l'efficienza dell'azione grazie all'impiego di tali strumenti[28].

Ciò posto, occorre tuttavia rilevare come il Consiglio di Stato abbia ad ogni modo chiarito nell'ambito delle suddette recenti pronunce come la tecnica che governa cia-

[27] Si v. in questo senso, in partic., il p.to 14 della sentenza in commento.

[28] Cfr. in particolar modo la recente pronuncia del Consiglio di Stato, sez. IV, 4 giugno 2025, n. 4857, relativa nello specifico ad una fattispecie concreta di impiego ad opera della p.a. di un *software* finalizzato a comparare alcuni parametri caratterizzanti le offerte nell'ambito di una procedura di gara. In relazione a tale caso, in particolare, il Collegio pone in evidenza come "*non venga in rilievo una decisione amministrativa algoritmica, ma, più limitatamente, un algoritmo di mero supporto alle decisioni che restano rigorosamente affidate al fattore umano e che, dunque, si inscrivono nella più tradizionale impostazione, che vede nell'informatica un mero ausilio rispetto allo svolgimento dell'attività amministrativa nelle sue classiche modalità operative. (…) Da quanto rilevato discende la non applicabilità alla fattispecie in esame dell'art. 30, comma 2, lett. a), disposizione quest'ultima che, invece, disciplina, codificando sul punto gli approdi della più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, i principi che devono governare l'adozione dei "provvedimenti per algoritmi"(principio di trasparenza; principio di non esclusività della decisione algoritmica principio di non discriminazione: cfr. ex multis, Consiglio di Stato, 8 aprile 2019, n. 2270)"*. Su tale aspetto il Tar nel caso in questione ritiene non condivisibile l'argomentazione dell'appellante precisando come "*i principi affermati nelle predette decisioni, così come codificati dal citato art. 30, non possono, tuttavia trovare applicazione nel caso in esame in cui non ricorre la fattispecie del procedimento amministrativo basato su decisioni algoritmiche, ma una decisione affidata al fattore umano rispetto alla quale la procedura automatizzata si è limitata ad accertare uno specifico fatto, ovvero l'effettuazione o meno da parte dell'operatore economico del calcolo dell'impronta digitale"*. Si v. anche, in merito, la più risalente Cons. Stato, n. 2270/2019.

scun algoritmo debba rimanere pur sempre una "*regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina*" e, in quanto tale, soggiacere in ogni caso al rispetto dei principi generali relativi all'espletamento di attività amministrativa, quali pubblicità, trasparenza, ragionevolezza e proporzionalità.

In altri termini, nel quadro di quella rammentata "riserva di umanità", occorrerebbe svolgere comunque *ex ante* un'attività di mediazione e composizione degli interessi coinvolti, non potendo l'amministrazione pubblica demandare la discrezionalità amministrativa che connota la sua attività ad un *software*[29].

Cosicché, l'IA, così come emerso implicitamente dalla stessa pronuncia in commento, dovrebbe essere intesa quale strumento ancillare rispetto all'attività dell'uomo e non come sostituto dei processi mentali di quest'ultimo[30].

La predetta riserva di umanità si configurerebbe, in tal senso, quale possibilità che sia l'uomo, caso per caso, a decidere di impiegare un sistema di I.A., individuando in relazione al caso concreto dove la tecnologia sia servente ed adeguata, quale supporto cioè per attività espletata e, in caso di utilizzo ad opera del funzionario pubblico nello svolgimento di attività amministrativa, anche per una migliore tutela dell'interesse pubblico, consentendo di fatto all'uomo di controllare la regola e il risultato.

La grande sfida che si pone poi per il prossimo futuro, pensando anche a quanto statuito nell'ambito della sentenza in commento, pare quella dell'impiego di strumenti I.A. in relazione all'attività di valutazione delle offerte tecniche in sede di gara. In altri termini, sistemi di intelligenza artificiale potrebbero essere auspicabilmente impiegati al fine di migliorare qualità ed efficienza dell'azione dei funzionari pubblici, con l'obiettivo dell'alleggerimento dello stesso consistente contenzioso oggi ravvisabile nella materia degli appalti, con particolare riguardo alla valutazione delle offerte tecniche, in una fase a monte in sede di redazione dei criteri e, a valle, nella valutazione discrezionale delle medesime offerte sulla base dei criteri individuati.

Si ritiene peraltro che, a breve, anche in luce dell'enorme mole di dati in possesso delle amministrazioni pubbliche (c.d. *big data*) risulterà possibile l'addestramento di algoritmi di apprendimento da applicare a procedure di gara sempre più complesse e, anche in questa prospettiva, verosimilmente i redattori del recente Codice dei contratti pubblici avrebbero definito nell'art. 30 una serie di principi volti a governare l'utilizzo di sistemi di I.A. da parte delle stazioni appaltanti in relazione a procedure sempre più articolate.

In quest'ottica, l'art. 30 CCP può chiaramente essere letto quale previsione normativa di particolare rilievo, la quale di fatto consolida risultati già raggiunti dalla giurisprudenza sul punto e prepara il campo per ulteriori futuri sviluppi.

Chiaro tuttavia che, di pari passo con l'implementazione dei sistemi e degli strumenti di I.A., sorgono anche, progressivamente, questioni critiche legate al dato pratico e, dunque, anche all'effettiva implementazione e applicazione della norma *de qua*, oltre che dei principi dalla stessa codificati.

[29] Cfr. sul punto V. Canalini, *L'algoritmo come "atto amministrativo informatico" e il sindacato del giudice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 6, 781.

[30] Si v. in argomento A. Moretti, *Intelligenza Artificiale in gara d'appalto? Il TAR dice sì, ma con "riserva di umanità"* (commento a TAR Lazio, Sez. II, sentenza 3 marzo 2025, n. 4546), in *Lexitalia.it*, 2025.

In proposito, in dottrina, si è evidenziato come la vera questione per il prossimo futuro, rispetto ai principi posti in materia e in particolar modo con riguardo a quelli specificamente esplicitati dalla previsione codicistica menzionata, consisterà nel rendere poi tali principi "effettivamente praticabili, oltre che praticati"[31].

6. Alcune considerazioni conclusive.

La pronuncia in commento può certamente essere letta quale decisione significativa nel panorama nazionale in merito alla specifica tematica dell'ammissibilità dell'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nei contratti pubblici e, in particolar modo, in sede di offerta tecnica ad opera dell'operatore economico.

La stessa, segna cioè un passo importante nell'evoluzione della disciplina di riferimento per l'ambito degli appalti pubblici in relazione alla digitalizzazione dei medesimi, in particolare, ammettendo che l'I.A. possa porsi quale strumento legittimo in sede di gara pubblica, purché utilizzata quale strumento di ausilio e nel rispetto di tutti i principi già individuati nella normativa sovranazionale e interna concernente l'uso dell'intelligenza artificiale, sul piano generale in rapporto all'attività amministrativa, bensì anche nello specifico con riguardo ai contratti pubblici.

Ancora, merita di essere evidenziato come emerga dalla pronuncia analizzata il principio per cui l'impiego dell'I.A., anche nell'ambito di un'offerta tecnica, non si presti automaticamente a censure, ritenuto che l'elemento determinante resta, anche con riguardo a tale aspetto, la valutazione discrezionale della Commissione di gara.

A ciò si aggiunga, in termini di onere probatorio nell'eventuale giudizio che possa sorgere, che ulteriore precisazione emergente dalla sentenza esaminata sarebbe quella per cui l'onere resti di fatto in capo al ricorrente chiamato, anche in relazione all'impiego di tecniche di I.A., a fornire dimostrazione circa l'evidente criticità o inaffidabilità dello strumento in questione. Nel caso di specie la ricorrente avrebbe infatti tentato di dimostrare l'inattendibilità dei sistemi di I.A. il cui impiego è stato dichiarato dall'aggiudicataria a titolo esemplificativo interrogando essa stessa il sistema ChatGPT, tuttavia il T.a.r. in sede di decisione avrebbe ritenuto tali contestazioni non sufficienti.

D'altro canto, la pronuncia in questione, intervenendo sulla fattispecie concreta, non detta risolutivi principi sul tema, residuando dunque in argomento ancora un evidente margine di incertezza a proposito degli specifici requisiti e parametri che rendano "adeguato" l'impiego dell'IA anche in sede di gare pubbliche.

In altri termini, nel prossimo futuro, le stazioni appaltanti saranno chiamate a gestire concretamente l'innovazione tecnologica e, nello specifico, l'impiego di intelligenza artificiale anche ad opera degli operatori economici, evitando che l'I.A. possa divenire elemento di vantaggio competitivo non giustificato.

In tal senso, occorrerà verosimilmente fornire puntuali indicazioni in sede di bandi e capitolati di gara circa l'eventuale impiego dell'I.A. (ambito, modalità, finalità), così come sembra plausibile che gli stessi criteri di valutazione potranno considerare anche l'innovazione tecnologica quale fattore valorizzabile, purché integrata ed adottata

[31] Così D.U. Galetta, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi.it*, 2023.

nel rispetto della normativa di riferimento e delle ulteriori indicazioni di dettaglio che saranno progressivamente adottate, considerando con particolare attenzione le implicazioni concrete e l'elevato tecnicismo sotteso alla materia.

Inoltre, si prefigura la necessità della predisposizione di più precise previsioni normative circa le ammissibili modalità d'impiego dei sistemi di I.A. e algoritmici nello specifico ambito in esame. Nel quadro dei principi summenzionati e già individuati, in altri termini, occorrerà che legislatore europeo e nazionale intervengano, di pari passo con la rapida evoluzione tecnologica, delineando un quadro normativo adeguato alle necessità, evitando si sconfinare in una iper-regolamento e facendo uso anche di strumenti di *soft law*, quale ausilio per amministrazioni pubbliche e operatori economici.

Agli apparati pubblici, anche in qualità di stazioni appaltanti ed enti aggiudicatori, inoltre, si richiede un evidente sforzo di adeguamento al progresso e alle importanti sfide che si aprono anche sul fronte della digitalizzazione, sforzo che peraltro – si ritiene – dovrà essere supportato da opportuni ed imprescindibili investimenti nel potenziamento delle competenze e delle infrastrutture pubbliche.

Ilaria Genuessi

6. La decorrenza del termine di impugnazione degli atti di gara

La *vexata quaestio* alla luce della nuova disciplina del codice dei contratti (commento a Cons. di Stato, Sez. V, 18 ottobre 2024, n. 8352)

Sommario: 1. Premessa. – **2.** Una breve ricostruzione della vicenda procedimentale e processuale del caso di specie. – **3.** Il quadro normativo previgente e il dibattito giurisprudenziale sulla decorrenza del termine di impugnazione. – **4.** L'impostazione dell'Adunanza plenaria n. 12/2020 sulla necessaria conoscenza della motivazione. – **5.** Le modifiche normative apportate dal "nuovo" codice dei contratti pubblici sulla decorrenza del termine. – **6.** La nuova disciplina dell'accesso agli atti di gara nel d.lgs. n. 36/2023. – **7.** Le richieste di oscuramento dei segreti tecnico-commerciali e il nuovo giudizio "super accelerato". – **8.** La rilevanza della sentenza in commento nell'applicazione del mutato contesto normativo. – **9.** Alcune brevi considerazioni conclusive.

1. Premessa.

La sentenza in commento costituisce uno degli ultimi approdi giurisprudenziali sulla dibattuta problematica del *dies a quo* per l'impugnativa degli atti di gara[1].

La tenuta dell'impostazione delineata dall'Adunanza plenaria n. 12/2020[2] e confermata da diverse sentenze successive[3], infatti, va verificata alla luce delle sopravvenienze normativa connesse all'introduzione del "nuovo" codice dei contratti pubblici, che ha profondamente innovato anche la disciplina dell'accesso agli atti di gara[4]. Le prime appli-

[1] Senza alcuna pretesa di esaustività, sul tema si segnalano i seguenti approfondimenti della dottrina: M.A. Sandulli, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i "ricorsi al buio" in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela*, in questa *Rivista*, 15 luglio 2020; E. Lubrano, *La decorrenza del termine nel processo-appalti (dalla conoscenza della motivazione e degli atti endoprocedimentali) dopo l'Adunanza Plenaria n. 12/2020: un principio da estendere a tutti i settori del processo amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2020; S. Tranquilli, *L'individuazione del* dies a quo *per impugnare le ammissioni e le esclusioni dalle gare*, in *Federalismi.it*, 2018.

[2] Il tema della decorrenza del termine di impugnazione degli atti di gara è stato di recente approfondito dalla sentenza Cons. Stato, Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[3] Più di recente, l'impianto dell'Adunanza plenaria è stato confermato dalla recente sentenza Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2024, n. 2882, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[4] Il d.lgs. n. 36/2023 prevede la nuova disciplina in materia di accesso agli atti di gara agli artt. 35 e 36. Su detta disciplina si segnalano: V. Caputi Jambrenghi, *Lineamenti sul vecchio e nuovo esercizio del diritto di accesso nei contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, 2022; A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, in *Federalismi.it*, 2023; P. Provenzano, *L'accesso agli atti senza istanza. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina (sostanziale e processuale) in materia di accesso agli atti di gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2023, 491 ss. Sul tema sia consentito anche il rinvio a R. Fusco, *La nuova disciplina dell'accesso agli atti di gara nell'ambito della digitalizzazione dei contratti pubblici*, in *CERIDAP*, 2024.

cazioni giurisprudenziali della nuova normativa sembravano aver compresso l'accessibilità alla tutela giurisdizionale entro termini temporali più stringenti[5]. La pronuncia del Consiglio di Stato oggetto del presente contributo, invece, riconnette il termine per impugnare l'aggiudicazione in maniera più salda al momento in cui il soggetto è in grado di conoscere le valutazioni che stanno alla base dell'aggiudicazione[6].

Anticipando parziariamente le conclusioni che ci riserva di argomentare più diffusamente nel prosieguo, nell'evidenza del fatto che tale mutato contesto normativo non sia stato in grado di porre fine ai dubbi interpretativi relativi ad un'individuazione certa del momento in cui decorre il termine decadenziale per l'impugnativa dell'esito di una gara, sembra però che la soluzione adottata dal Consiglio di Stato sia idonea a garantire un'adeguata accessibilità ed effettività della tutela in un settore particolarmente sensibile come quello degli appalti pubblici.

2. Una breve ricostruzione della vicenda procedimentale e processuale del caso di specie.

La vicenda procedimentale da cui origina la presente controversia riguarda una gara avente ad oggetto la conclusione di un accordo quadro per l'affidamento dei lavori concernenti la realizzazione di camerette e la sostituzione di condotte nel territorio della Regione Basilicata, prevedente il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nella presente vicenda gli snodi temporali rilevanti ai fini del computo dei termini per l'impugnazione sono i seguenti: il 17 novembre è stata pubblicata l'aggiudicazione sulla piattaforma telematica di negoziazione; in data 24 novembre (sette giorni dopo) un operatore economico, non risultante aggiudicatario, formulava istanza di accesso agli atti; in data 6 dicembre la stazione appaltante (entro i quindici giorni dall'istanza d'accesso) aveva comunicato alla richiedente di aver notificato l'istanza ostensiva ai controinteressati, allo scopo di consentire loro di manifestare un'eventuale opposizione; in data 21 dicembre la stazione appaltante riscontrava detta istanza con l'ostensione della documentazione richiesta (ventisette giorni dopo la richiesta); l'operatore economico, ricevuta ed esaminata la documentazione richiesta, decideva di presentare ricorso al T.A.R. Basilicata, notificando lo stesso in data 22 gennaio 2024 (il cinquantanovesimo giorno dalla pubblicazione dell'aggiudicazione, ma entro il trentesimo giorno dall'ostensione documentale, calcolando la scadenza di sabato postergata al lunedì).

L'adito tribunale ha dichiarato l'irricevibilità dell'impugnativa sostenendo che la notificazione del ricorso era ben successiva ai trenta giorni di rito decorrenti dalla data della comunicazione dell'esito della gara[7]. Nell'impostazione del giudice di primo

[5] Esemplificativa al riguardo è la sentenza T.A.R. Lazio, Roma, Sez. IV, 1° luglio 2024, n. 13225, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per un commento a tale pronuncia si segnala G. Biasutti, *Accesso agli atti nelle gare d'appalto tra "vecchio Codice" e d.lgs. 36/2023: più in salita la strada che porta avanti al T.A.R.?*, in questa *Rivista*, 23.10.2024.

[6] Il riferimento è alla sentenza in commento, Cons. di Stato, Sez. V, 18 ottobre 2024, n. 8352, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[7] T.A.R. Basilicata (Potenza), Sez. I, 23 aprile 2024, n. 217, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Più precisamente, secondo questa pronuncia: *«a) il contestato provvedimento di aggiudicazione è stato pubblicato nel profilo della CUC in data 17 novembre 2023;*

grado, la tardività del ricorso emergerebbe anche nel caso in cui si volesse "neutralizzare" il tempo impiegato dalla stazione appaltante a rendere disponibili gli ulteriori documenti richiesti con istanza di accesso. Infatti, se è pur vero che la proposizione di istanza ostensiva possa comportare la "dilazione temporale" di tale termine quando, come in questo caso, i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario, è altrettanto indubitabile che l'ampio lasso temporale (di sette giorni) impiegato dalla parte ricorrente per proporre la domanda medesima non può che essere computato nei trenta giorni di rito, anche in ossequio al principio di "autoresponsabilità" che impone ai concorrenti di adempiere a precisi obblighi di correttezza nel rapporto con l'ente aggiudicatore[8].

La sentenza in commento ha ad oggetto l'appello avverso detta pronuncia di irricevibilità. Parte appellante denuncia l'errore commesso dal T.A.R. Basilicata nel dichiarare irricevibile il ricorso, in quanto proposto oltre il termine di trenta giorni dalla data della pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione. Il giudice di prime cure, infatti, non avrebbe tenuto conto del mancato rispetto, da parte della stazione appaltante, del termine di quindici giorni (previsto dall'art. 76, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, applicabile *ratione temporis*) per l'ostensione degli atti di gara oggetto della richiesta di accesso formulata, invece, dall'odierna appellante, entro i quindici giorni dalla pubblicazione del suddetto provvedimento di aggiudicazione. Nell'impostazione dell'appellante il giudice di prime cure avrebbe dovuto fare applicazione del principio in base al quale, qualora la stazione appaltante abbia ritardato a rendere conoscibili gli atti richiesti, il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso rimane del tutto integro e inizia a decorrere dalla data di effettiva ostensione degli stessi, operando, in questo caso, non già il meccanismo della "dilazione temporale", bensì quello della "concessione di un nuovo termine" di trenta giorni, da calcolarsi (per intero) a decorrere dal momento dell'effettiva messa a disposizione della documentazione.

3. Il quadro normativo previgente e il dibattito giurisprudenziale sulla decorrenza del termine di impugnazione.

Prima di analizzare il portato della decisione in commento, pare opportuno fornire le essenziali coordinate legislative e giurisprudenziali relative alla problematica indi-

b) la richiesta di accesso è stata formulata dalla ricorrente al Comune di Tito in data 24 novembre 2023; c) il 6 dicembre 2024 è stata avviata dall'Acquedotto lucano s.p.a. la notificazione ai controinteressati ai sensi dell'art. 3 del d.p.r. 12 aprile 2006, n. 184; d) l'accesso è stato assentito il 21 dicembre 2023; e) il ricorso è stato notificato il 22 gennaio 2024; f) sono complessivamente trascorsi tra la pubblicazione del provvedimento e la notificazione del ricorso sessantasei giorni [par. 5.1.]. *Consegue a quanto innanzi la piana tardività del ricorso, la cui notificazione, è in primo luogo ben successiva ai trenta giorni di rito decorrenti dalla data della comunicazione dell'esito di gara* [par. 5.2]».

[8] Sempre secondo la pronuncia di primo grado: «*Opinare diversamente, infatti, significherebbe consentire al ricorrente di ampliare surrettiziamente il termine decadenziale (posto a presidio delle esigenze di stabilità, certezza e celerità dell'agere amministrativo, di speciale rilevanza nel settore dei pubblici affidamenti) mediante la protrazione della presentazione di un'istanza di accesso documentale. Ebbene, anche in tale caso, sommando i predetti nove (rectius sette) giorni a quelli successivi alla ricezione degli atti richiesti (trenta), il ripetuto termine decadenziale risulta ampiamente elasso. In particolare, ove l'operatore economico non procede all'immediata presentazione dell'istanza di accesso, il relativo ritardo determina una progressiva erosione dei giorni a disposizione per proporre ricorso, atteso che l'inerzia dell'impresa istante non può costituire un mezzo a disposizione dell'impresa per dilatare ad libitum i termini di legge*» [par. 5.2.1].

viduazione del *dies a quo* per l'impugnativa degli esiti delle procedure di gara. Il quadro normativo di riferimento va individuato sia nelle diposizioni del codice del processo amministrativo sui termini per l'impugnazione dettate in materia di appalti, che in quelle del codice dei contratti pubblici, ove sono previsti particolari termini per l'ostensione dei documenti e per la pubblicazione di alcune informazioni di gara[9].

Se anteriormente all'adozione del codice del processo amministrativo la giurisprudenza faceva decorrere il termine per l'impugnazione fin dal momento in cui l'interessato veniva a conoscenza dell'aggiudicazione pur non conoscendone le motivazioni[10], con l'art. 120 c.p.a., prevedente un rito speciale per le controversie relative alle procedure di affidamento dei contratti pubblici[11], viene stabilito un termine breve di trenta giorni per l'impugnazione degli atti di gara, decorrenti dalla ricezione della comunicazione prevista dall'art. 79 dell'allora vigente d.lgs. n. 163/2006[12].

Il fatto che, nella prassi, le pubbliche amministrazioni spesso si limitassero a comunicare l'aggiudicazione senza le motivazioni a corredo della stessa ha ingenerato le prime problematiche interpretative sulla corretta interpretazione del relativo *dies a quo*. In questi casi ci si domandava se il termine dovesse decorrere dalla comunicazione dell'aggiudicazione o dall'ostensione delle motivazioni. Sul punto la giurisprudenza prevalente consentiva un incremento del termine di impugnazione dei provvedimenti di aggiudicazione con l'aggiunta dei giorni necessari per ottenere l'accesso agli atti (nel limite massimo dieci giorni) ai sensi dell'art. 79, comma 5-*quater*, d.lgs. n. 163/2006[13].

Le incertezze interpretative sul punto non vengono risolte dall'entrata in vigore del codice del 2016 (d.lgs. n. 50/2016) che, invece di chiarire la situazione, ha introdotto ulteriori dubbi ermeneutici. Infatti, da una parte l'art. 79, d.lgs. n. 163/2006 veniva sostituito (solo in parte) dall'art. 76, d.lgs. n. 50/2016 e, dall'altra, l'art. 120 c.p.a. non veniva modificato in tal senso, continuando a richiamare il vecchio (e abrogato) art. 79, d.lgs. n. 163/2006.

Con riferimento a tale mutato quadro normativo la giurisprudenza prevalente ha operato un'interpretazione di tipo "adeguatrice", consentendo un "rinvio mobile" (peraltro, in senso atecnico, trattandosi di norma con contenuti in parte diversi) per effetto del quale il termine per l'impugnazione andava aumentato dei giorni necessari per ottenere l'accesso agli atti, con un tetto massimo di quindici giorni (tetto in-

[9] Le disposizioni di riferimento attualmente vigenti sono contenute all'art. 120 c.p.a. e agli artt. 35 e 36, d.lgs. n. 36/2023. La dimensione del presente contributo non ci consente di indagare *funditus* tutte le problematiche e gli orientamenti giurisprudenziali emersi già nella vigenza del primo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) per le quali si rinvia al contributo di E. Lubrano, *La decorrenza del termine nel processo-appalti (dalla conoscenza della motivazione e degli atti endoprocedimentali) dopo l'Adunanza Plenaria n. 12/2020: un principio da estendere a tutti i settori del processo amministrativo*, cit., 112 ss.

[10] In tal senso si segnala, *ex multis*, Cons. St., Sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3298, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[11] Per un'analisi generale del rito in materia di contratti pubblici, tra i tanti contributi si citano: M. Lipari, *Commento all'art. 120*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 1158 ss.; N. Paolantonio, *Il rito accelerato*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2023, 561 ss.

[12] L'art. 76, d.lgs. n. 163/2006 prevedeva i contenuti specifici che doveva avere l'aggiudicazione e che dovevano essere chiarificatori riguardo alle ragioni in base alle quali la gara era stata aggiudicata al soggetto aggiudicatario. Inoltre, il comma 5-*quater* di detta disposizione prevedeva una sorta di accesso "informale", da espletare nel termine di dieci giorni, per il caso in cui la pubblica amministrazione non fornisse spontaneamente tali informazioni.

[13] In questi termini vedasi E. Lubrano, *La decorrenza del termine nel processo-appalti*, cit., 114-115, a cui si rinvia per i riferimenti giurisprudenziali dei vari orientamenti.

crementato dalla formulazione dell'art. 76, d.lgs. n. 50/2016)[14].

Questo orientamento è stato sostanzialmente avallato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha affermato la compatibilità con il diritto europeo della disciplina processuale nazionale che imponeva la immediata impugnazione, entro un termine decadenziale, delle ammissioni ed esclusioni dalle procedure di gara (ex art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., ora abrogato) a condizione che tali provvedimenti fossero conosciuti o conoscibili dagli interessati, in modo che gli stessi potessero apprezzarne gli eventuali profili di illegittimità[15]. Come ricorda attenta dottrina, infatti, nella materia dei contratti pubblici, la tematica del *dies a quo* per l'impugnazione è stata affrontata nella direttiva 2007/66, secondo la quale il termine per ricorrere dovrà essere computato dalla notifica del provvedimento e delle ragioni che ne sono alla base ai soggetti interessati, in modo che questi ne possano percepire l'ingiustizia e la lesività[16].

La persistenza di questo contrasto giurisprudenziale ha portato la Sezione V del Consiglio di Stato a deferire la questione all'Adunanza plenaria[17].

4. L'impostazione dell'Adunanza plenaria n. 12/2020 sulla necessaria conoscenza della motivazione.

Sul delineato contrasto giurisprudenziale, nel previgente impianto normativo del 2016, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha stabilito importanti principi in materia, tutt'ora seguiti dalla più recente giurisprudenza[18]. La Plenaria, compiendo preliminarmente un'ampia opera di ricostruzione sistematica sul tema e segnalando al Governo la necessità di un sollecito intervento legislativo, ha sostanzialmente affermato la necessità di conoscere le motivazioni del provvedimento ai fini del decorso del termine di impugnazione, andando a sposare quell'orientamento maggiormente garantista e aderente alla normativa (e alla giurisprudenza) eurounitaria.

[14] In questi termini vedasi sempre E. Lubrano, *La decorrenza del termine nel processo-appalti*, cit., p. 118-121, a cui si rinvia nuovamente per i riferimenti giurisprudenziali dei due opposti orientamenti.

[15] Corte giust. U.E., Sez. IV, ordinanza 14 febbraio 2019, C- 54/18, in *www.curia.europa.eu*. Detta sentenza, pertanto, pur riguardando un termine molto breve di impugnazione delle esclusioni, ora esplicitamente abrogato, statuiva il principio secondo il quale, ai fini della decorrenza di detto termine, fosse necessaria anche la conoscenza delle relative motivazioni. In senso conforme si vedano anche le precedenti: Corte giust. U.E., Sez. V, 8 maggio 2014, C-161/2013: Corte giust U.E., Sez. III, 28 gennaio 2010, C-406/08; Corte giust. U.E., Sez. V, 8 maggio 2014, in C-161/13, in *www.curia.europa.eu*.

[16] In tal senso vedasi M.A. Sandulli, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i "ricorsi al buio" in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela*, cit., par. 2, ove si richiamano a tal proposito i considerando 6 e 7 e gli artt. 1, 2-*bis*, 2-*quater* e 2-*septies* delle Direttive 89/665/CEE e 1992/13/CEE e s.m.i.

[17] Ordinanza Cons. Stato, Sez. V, 2 aprile n. 2020, n. 2215, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In tale ordinanza la Sezione V del Consiglio di Stato ha espresso la propria preferenza per l'impostazione maggiormente "garantista", che individuava la decorrenza del termine dalla conoscenza delle motivazioni del provvedimento.

[18] Cons. Stato, Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per un commento a tale pronuncia si segnalano: M.A. Sandulli, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i "ricorsi al buio" in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela*, cit.; M. Santini, *L'Adunanza plenaria sulla decorrenza del termine per l'impugnazione degli atti di gara*, in *Urb. app.*, 2020, 509 ss.; F. Gaspari, *Decorrenza del termine per ricorrere, piena conoscenza dell'atto lesivo e giusto processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2020, 389 ss.; L. Bertonazzi, *La decorrenza del termine per ricorrere contro l'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 545 ss.

Volendo riassumere il contenuto della sentenza per punti, si può dire che: a) *in primis*, il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione deve decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara; b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76, d.lgs. n. 50/2016, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale; c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la "dilazione temporale" quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario; d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, *ex* art. 29, d.lgs. n. 50/2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione; e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione le forme di comunicazione e di pubblicità dell'atto di aggiudicazione individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati[19].

Dall'enucleazione dei succitati principi di diritto si evince come la decorrenza del termine dipende dalle seguenti circostanze: *in primis*, dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, ai sensi dell'art. 29, comma 1 (ultima parte), d.lgs. n. 50/2016; in secondo luogo, dall'acquisizione, per richiesta della parte o per invio officioso, delle informazioni di cui all'art. 76, d.lgs. n. 50/2016, ma solo a condizione che "*consentano di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri*", così da permettere la presentazione non solo dei motivi aggiunti, ma anche del ricorso principale; infine, dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle forme individuate dagli atti di gara ed accettate dai partecipanti alla gara "*purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati*".

Nel solco dei principi tracciati dall'Adunanza plenaria, la giurisprudenza successiva ha approfondito le diverse ipotesi di decorrenza del termine qualora la "piena" conoscenza dei motivi alla base dell'aggiudicazione consegua all'istanza di accesso dell'operatore economico, in difetto di una compiuta allegazione da parte della stazione appaltante di tutte le informazioni a ciò necessarie[20].

La dilazione temporale opera solo se l'istanza di accesso è tempestiva, ossia se la stessa è formulata entro quindici giorni dalla comunicazione o dalla pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione. In tal caso il ricorso deve essere proposto entro il termine massimo di quarantacinque giorni dalla comunicazione o dalla pubblicazione dell'aggiudicazione[21].

Se, invece, la richiesta di accesso è tardiva, ossia successiva al quindicesimo giorno dalla pubblicazione o dalla comunicazione dell'aggiudicazione, non opera a favore del ricorrente la succitata "dilazione temporale", in ragione del canone di "autoresponsabilità" dell'operatore economico e della correlata necessità di evitare che il termine di impugnazione possa rimanere aperto o modulato *ad libitum*[22].

[19] Questi principi di diritto vengono elencati al par. 32 della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 12/2020.

[20] Le varie possibilità sono elencate dalla recente sentenza T.A.R. Roma, (Lazio), Sez. I, 11 aprile 2024, n. 7013, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[21] Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2024, n. 2882, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[22] Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2023, n. 2728, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Nel caso in cui, infine, sia la stazione appaltante a non dare puntuale riscontro alla tempestiva istanza di accesso, ovvero la evada successivamente al termine di quindici giorni dalla ricezione, il termine per impugnare (trattandosi di vizi conoscibili solo in esito all'accesso) non inizia a decorrere se non dal momento dell'ostensione della documentazione richiesta. In tal caso, più che di vera e propria "dilazione temporale" si ha un'autonoma e nuova decorrenza del termine a partire dal momento nel quale viene esibita la documentazione[23].

5. Le modifiche normative apportate dal "nuovo" codice dei contratti pubblici sulla decorrenza del termine.

Con l'introduzione del vigente codice de contratti il quadro normativo relativo all'individuazione del termine di decorrenza per l'impugnativa degli atti di gara ha subito una significativa rimodulazione. Gli artt. 53 e 76 del d.lgs. n. 50/2016, infatti, lasciano il posto agli artt. 35, 36 e 90 del d.lgs. n. 36/2023, senza però che vi sia una significativa continuità tra gli stessi.

Si è visto come il previgente art. 76, d.lgs. n. 50/2016 prevedeva la possibilità per l'operatore economico che fosse stato escluso o che non fosse risultato aggiudicatario di chiedere la documentazione dalla quale evincere la scelta (a lui sfavorevole) della stazione appaltante, la quale doveva provvedere alla relativa ostensione entro il termine di quindici giorni. Tale facoltà di era il pilastro sulla quale si fondava la "dilazione temporale" del termine di impugnazione, possibilità confermata dalla decisione della Plenaria n. 12/2020. La mancata riproposizione di detta norma nel codice dei contratti vigente, pertanto, ha posto (e pone) dei seri interrogativi sulla possibile tenuta del sistema di differimento del *dies a quo* per l'impugnazione.

Inoltre, come ci ricorda la sentenza in commento, l'art. 209, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 36/2023 ha anche riscritto parte dell'art. 120 c.p.a., che disciplina i giudizi aventi a oggetto le controversie relative alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. In particolare, il comma 2 dell'art. 120 c.p.a. attualmente prevede che *"Il termine decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 90 del codice dei contratti pubblici […] oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del medesimo codice dei contratti pubblici"*[24]. La disposizione fa espresso riferimento alla "messa a disposizione" degli atti, istituto introdotto dal d.lgs. n. 36/2023 nell'ambito della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti, che ha imposto un cambio di paradigma anche relativamente all'accessibilità alle informazioni e agli atti di gara, accessibilità che ora deve necessariamente muoversi sul binario digitale e non più su quello analogico[25]. Infatti, con il nuovo

[23] Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2024, n. 854, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[24] Viene così superata la carenza di collegamento tra le norme processuali (codice del processo) e le norme sostanziali (codice dei contratti) che si era venuta a creare nella vigenza del d.lgs. n. 50/2016 e che era stata colmata dalla giurisprudenza con il "rinvio mobile" di cui si è detto antecedentemente.

[25] Sul tema della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti si segnalano: D.U. Galetta, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei*

codice dei contratti è stata completamente riscritta la disciplina procedimentale e processuale dell'accesso agli atti di gara, contenuta rispettivamente agli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 36/2023[26].

6. La nuova disciplina dell'accesso agli atti di gara nel d.lgs. n. 36/2023.

L'art. 35 contiene la disciplina sostanziale dell'accesso, che viene modulata sulla falsariga di quelle contenute nei codici dei contratti previgenti, ossia prevedendo la regola generale dell'accessibilità, contemperata da alcune ipotesi di differimento e di esclusione[27]. Il comma 1 dell'art. 35, per allineare l'istituto alla digitalizzazione delle procedure e all'utilizzo delle piattaforme di *e-procurement*, prevede che le stazioni appaltanti debbano assicurare l'accesso agli atti di gara in modalità digitale, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inserite nelle piattaforme. Nel medesimo primo comma viene anche precisato che la richiesta di accesso può avvenire sia a titolo di accesso civico (semplice o generalizzato), sia a titolo di accesso documentale, andando a recepire in via legislativa l'analizzata soluzione giurisprudenziale dell'Adunanza plenaria n. 10/2020 che aveva ammesso l'istituto dell'accesso civico generalizzato nell'ambito dei contratti pubblici, anche con riguardo alla fase esecutiva[28].

La disciplina dei casi di differimento, prevista all'art. 35, comma 4, ha subito alcune modifiche rispetto alla corrispettiva norma del Codice del 2016 laddove si è provveduto ad indicare con maggior dettaglio le tempistiche entro le quali si può ottenere la documentazione di gara[29].

Per quanto riguarda il regime delle esclusioni, previste all'art. 35, comma 4, si deve registrare una bipartizione inedita tra i casi in cui la stazione appaltante "può escludere o esclude (*rectius* deve escludere) l'accesso. Nei casi di c.d. esclusione asso-

contratti pubblici e le sfide che ci attendono, in *Federalismi.it* 2023; G.M. Racca, *La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforme e* data analysis, in *Istit. del fed.*, 2023, 357 ss.; G. Carullo, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in *Federalismi.it*, 2023; G. Fonderico, *La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti*, in *Il foro italiano – Gli speciali, n. 1*, 2023, 28 ss.; F. Tallaro, *La digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023; G.M. Palamoni, *Il paradigma digitale dell'evidenza pubblica*, in *CERIDAP*, 2024.

[26] Per un'analisi sulla disciplina dell'accesso agli atti di gara nel d.lgs. n. 36/2023 si segnala il contributo di P. Provenzano, *L'accesso agli atti senza istanza. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina (sostanziale e processuale) in materia di accesso agli atti di gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2023, 491 ss. Sul tema sia anche consentito il rinvio a R. Fusco, *La nuova disciplina dell'accesso agli atti di gara nell'ambito della digitalizzazione dei contratti pubblici*, in *CERIDAP*, n. 4/2024.

[27] Il riferimento è ai previgenti art. 13, d.lgs. n. 163/2006 e art. 53, d.lgs. n. 50/2016. Tra i contributi relativi all'accesso nelle procedure di gara *ante* d.lgs. n. 36/2023 si segnalano: F.A. Caputo, *Il diritto di accesso nelle procedure di evidenza pubblica*, in *Giustamm.it*, 2007; V. Gastaldo, *Il diritto di accesso nel settore degli appalti pubblici e gli obblighi di trasparenza delle stazioni appaltanti*, in *Urb. e app.*, 2014, 1005 ss.; A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, in *Federalismi.it*, 2023. Per un'evoluzione delle tappe normative dell'accesso agli atti di gara dei contratti pubblici (ad esclusione del d.lgs. n. 36/2023) si veda M. Palmieri, *Le (nuove) disposizioni del Codice dei contratti pubblici in materia di accesso in materia di procedure di gara*, in *Lexitalia.it*, 2022.

[28] Per un commento a tale pronuncia si rinvia a: A. Corrado, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, in *Federalismi.it*, 2020; M. Ippolito, *La "cultura" della trasparenza nell'accesso agli atti della fase esecutiva di un procedimento ad evidenza pubblica*, in *Giustamm.it*, 2020; V. Mirra, *Diritto di accesso e attività contrattuale della pubblica amministrazione: la plenaria risolve ogni dubbio?*, in *Urb. e app., 2020*, 680 ss.; F. Manganaro, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in *Federalismi.it*, 2021.

[29] Le ipotesi di differimento sono previste dall'art. 35, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, mentre prima erano previste dall'art. 52, comma 2, d.lgs. n. 50/2016. Il Codice del 2023 ha previsto, in aggiunta alle ipotesi previste dal Codice del 2016, l'espresso riferimento anche alle domande di partecipazione e agli atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di partecipazione, ai verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e offerenti, ai verbali relativi alla valutazione delle offerte e agli atti, dati e informazioni a questa presupposti e, infine, ai verbali riferiti

luta rientrano le richieste di accesso relative: 1) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del Codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; 2) alle 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; 3) alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale[30]. I casi di c.d. esclusione relativa, invece, sono costituiti dalle richieste di accesso relative alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta (o a giustificazione della medesima) che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali[31].

Tale bipartizione, però, va relativizzata alla luce del dettato dell'art. 35, comma 5 che, pur limitatamente ai casi di segreto tecnico-commerciale e alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche, consente l'accesso al ricorrente qualora esso sia "indispensabile" ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici. Questa norma ha recepito un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale, in presenza di parti delle offerte che possono costituire un segreto tecnico o commerciale, la stazione appaltante deve preliminarmente considerare, nel bilanciamento tra esigenze di difesa e tutela della riservatezza, se sussista il requisito della "stretta indispensabilità" della documentazione richiesta ai fini della difesa in giudizio del soggetto interessato all'accesso[32].

Il susseguente art. 36, invece, contiene la disciplina procedimentale e processuale dell'accesso, prevedendo una sorta di "accessibilità automatica" degli atti di gara e delle offerte in favore dei primi cinque soggetti partecipanti. Più precisamente, la norma prescrive che chi abbia partecipato alla gara e non sia stato escluso, contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 90[33], abbia il diritto di accedere in via diretta (ossia tramite piattaforma) all'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, oltre che ai verbali di gara e agli atti, ai dati e alle informazioni presupposti all'aggiudicazione. Il comma 2, poi, prevede un regime differenziato per gli operatori economici

alla fase di verifica dell'anomalia dell'offerta. Per l'accesso a tutti questi atti, dati, informazioni e documenti, l'ostensione dovrà avvenire solo successivamente all'aggiudicazione.

[30] Ai sensi dell'art. 35, comma 4, lett. b), d.lgs. n. 36/2023.

[31] Ai sensi dell'art. 35, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 36/2023.

[32] Sul bilanciamento tra la tutela del segreto tecnico-commerciale e sulle esigenze di difesa in giudizio nell'ambito della gara si rinvia ai seguenti contributi che, pur se relativi al previgente Codice del 2016, risultano tutt'ora di attualità alla luce del riconoscimento legislativo del requisito dell'indispensabilità: A. Avino, *L'accesso ai documenti di gara tra esigenze di riservatezza e necessità difensive*, in *Urb. e app.*, 2018, 692 ss.; V. Mirra, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale: una conciliazione impossibile?*, cit., 171 ss.; G. Serra, *Il bilanciamento tra il diritto d'accesso ai documenti nelle procedure di gara e i segreti tecnici e commerciali: natura dell'attività amministrativa e tecniche di tutela*, in *Pers. e amm.*, 2022, 558 ss.

[33] L'art. 90, d.lgs. n. 36/2023 prevede che *"Nel rispetto delle modalità previste dal codice, le stazioni appaltanti comunicano entro cinque giorni dall'adozione: a) la motivata decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro, o di riavviare la procedura o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione, corredata di relativi motivi, a tutti i candidati o offerenti; b) l'aggiudicazione all'aggiudicatario; c) l'aggiudicazione, e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o parti dell'accordo quadro, a tutti i candidati e concorrenti che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta non siano state definitivamente escluse, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state già respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva; d) l'esclusione ai candidati e agli offerenti esclusi, ivi compresi i motivi di esclusione o della decisione di non equivalenza o conformità dell'offerta; e) la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, ai soggetti di cui alla lettera c)"*.

collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria, ai quali viene riconosciuto un diritto di accesso (automatico) più ampio, poiché ad essi sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, non solo gli atti di cui al comma 1, ma anche le offerte dagli stessi presentate.

Quindi, gli atti delle operazioni di gara e l'offerta dell'aggiudicatario sono messe a disposizione di tutti i partecipanti non esclusi; gli operatori economici che si sono classificati nelle prime cinque posizioni, inoltre, hanno la possibilità di accedere (reciprocamente) alle offerte da loro presentate e, cioè, di quelle del secondo, del terzo, del quarto e del quinto partecipante (dato che l'offerta del primo è conoscibile da tutti)[34]. In altre parole, per i primi cinque partecipanti è possibile accedere subito alle offerte degli altri (quattro) tramite l'accesso diretto in piattaforma, mentre per gli altri concorrenti non esclusi (dalla sesta posizione in poi) l'accesso alle offerte altrui è subordinato alla presentazione di un'istanza di accesso che dovrà essere riscontrata dalla stazione appaltante.

7. Le richieste di oscuramento dei segreti tecnico-commerciali e il nuovo giudizio "super accelerato".

Per una compiuta analisi della disciplina procedimentale e processuale del nuovo accesso agli atti di gara, però, non si può prescindere dall'analisi del meccanismo delineato per richiedere ed ottenere gli oscuramenti alla propria offerta e dei rispettivi rimedi giuridici per opporsi alle decisioni della stazione appaltante su dette richieste di oscuramento[35].

A tal proposito l'art. 36, comma 3, d.lgs. n. 36/2023 prescrive che, con la comunicazione dell'aggiudicazione, la stazione appaltante debba indicare anche le decisioni assunte sulle (eventuali) motivate e comprovate richieste dei partecipanti di oscurare le parti delle proprie offerte ritenute come non ostensibili, poiché contenenti segreti tecnici o commerciali[36]. Il successivo comma 4, poi, delinea un particolare rito attraverso il quale

[34] In sostanza, per i primi cinque partecipanti è possibile accedere subito alle offerte degli altri (quattro) tramite l'accesso diretto in piattaforma, mentre per gli altri concorrenti non esclusi (dalla sesta posizione in poi), l'accesso alle offerte altrui è subordinato alla presentazione di un'istanza di accesso, a cui dovrà seguire un contraddittorio procedimentale e una risposta della stazione appaltante (o, ancora, un silenzio significativo).

[35] La tematica degli oscuramenti non viene in rilievo nella sentenza in commento, ma chi scrive ritiene comunque di doverne seppur sinteticamente) darne conto, perché si tratta di una disciplina procedimentale di sicura rilevanza nella discussione sulla decorrenza del termine per impugnare l'aggiudicazione.

[36] L'art. 36, comma 3 fa riferimento all'art. 35, comma 4, lett. a) secondo il quale «*possono essere esclusi in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali*». Sul bilanciamento tra la tutela del segreto tecnico-commerciale e sulle esigenze di difesa in giudizio si segnalano i seguenti contributi che, pur relativi al periodo di vigenza del d.lgs. n. 50/2016, risultano tutt'ora di attualità: A. Avino, *L'accesso ai documenti di gara tra esigenze di riservatezza e necessità difensive*, in *Urb. e app.*, 2018, 692 ss.; G. Serra, *Il bilanciamento tra il diritto d'accesso ai documenti nelle procedure di gara e i segreti tecnici e commerciali: natura dell'attività amministrativa e tecniche di tutela*, in *Pers. e amm.*, 2022, 558 ss.

poter contestare le decisioni della stazione appaltante sulle richieste di oscuramento. I soggetti che vantano un interesse favorevole (il concorrente che ha formulato l'offerta) o contrario (il concorrente che ha interesse ad accedere all'offerta) all'oscuramento di parti dell'offerta, hanno l'onere di impugnare le decisioni della stazione appaltante sul punto (cioè, la decisione di secretarle o meno) con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale dell'aggiudicazione, secondo un rito speciale che segue le forme dell'art. 116 c.p.a.[37].

In sostanza, quando vi sia una richiesta di oscuramento da parte di un operatore economico, si possono verificare due differenti casi: qualora la stazione appaltante decida di concedere l'oscuramento richiesto, l'offerta sarà messa a disposizione in "modalità oscurata" e i soggetti concorrenti che ne avranno l'interesse potranno agire per ottenere il suo completo disvelamento; nel caso in cui, invece, la stazione appaltante ritenga insussistenti le ragioni di segretezza indicate dall'offerente, essa non potrà mettere immediatamente a disposizione l'offerta completamente "in chiaro", ma dovrà attendere il decorso del termine di impugnazione di dieci giorni previsto dall'art. 36, comma 4, d.lgs. n. 36/2023[38].

Infine, di estremo rilievo per il tema oggetto del presente contributo è il disposto dell'art. 36, comma 9, secondo il quale *"Il termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria decorre comunque dalla comunicazione di cui all'articolo 90"*. Questa norma, in caso di impugnative sulle decisioni degli oscuramenti, sembra restringere gli spazi per un eventuale differimento del termine di impugnazione ad un momento successivo a quello della comunicazione dell'aggiudicazione, in sostanziale contrasto con la soluzione maggiormente garantista confermata dall'Adunanza plenaria n. 12/2020, la cui tenuta va verificata anche alla luce della nuova disciplina relativa alle richieste di oscuramento[39].

[37] L'art. 36 prevede la disciplina specifica di questo rito speciale che, pur svolgendosi nelle forme del rito *ex* art. 116 c.p.a., ha delle regole peculiari, ossia: il ricorso deve essere notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale dell'aggiudicazione; le parti intimate possono costituirsi entro dieci giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notifica del ricorso; l'udienza deve tenersi nella prima camera di consiglio successiva al decimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e, altresì, al quinto giorno dal deposito del ricorso; le parti possono depositare memorie e documenti fino a un giorno libero prima della camera di consiglio; il ricorso viene deciso nella stessa udienza con sentenza in forma semplificata da pubblicarsi entro cinque giorni dall'udienza di discussione; la sentenza può consistere anche in un mero richiamo delle argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice ha inteso accogliere e fare proprie; le succitate regole si applicano anche nei giudizi di impugnazione. Per un primo commento a tale rito speciale si segnala il contributo di P. Rubechini, *Accesso e processo nella tutela del segreto d'impresa: prime riflessioni sul rito a specialità accelerata introdotto dal nuovo Codice appalti*, in *Giustamm.it*, 2023.

[38] La *ratio* della norma è di evitare che la decisione di non oscurare le offerte non diventi irrimediabilmente lesiva per l'operatore economico. Infatti, se le decisioni venissero trasmesse fin da subito non oscurate, sarebbe pressoché inutile un oscuramento "postumo" disposto dal giudice. Infatti, così facendo, l'offerente che ha chiesto e non ha ottenuto l'oscuramento dalla stazione appaltante, perderebbe la possibilità di avere un rimedio effettivo se l'immediata ostensione delle parti di cui si è richiesto l'oscuramento diventassero conoscibili prima che il soggetto interessato se ne potesse dolere in sede giurisdizionale.

[39] Va precisato che detta problematica interpretativa non riguarda il caso deciso dalla sentenza in commento.

8. La rilevanza della sentenza in commento nell'applicazione del mutato contesto normativo.

In questa cornice regolatoria si inserisce la sentenza in commento che costituisce una delle prime applicazioni giurisprudenziali del mutato contesto normativo. La pronuncia, preliminarmente, effettua una (sintetica) ricostruzione delle modifiche legislative susseguenti all'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023 e degli approdi giurisprudenziali formatisi nella vigenza del d.lgs. n. 50/2016 a seguito della plenaria n. 12/2020[40].

La sentenza, poi, indica che l'appalto in questione ricade tra quelli soggetti alla disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici, posto che il bando di gara è stato pubblicato successivamente al primo luglio 2023[41].

Il Collegio adito, ciò premesso, ha affermato che: a) in base alla vigente disciplina processuale, il *dies a quo* del termine decadenziale stabilito per l'impugnazione degli atti di gara coincide con quello in cui l'interessato acquisisce, o è messo in grado di acquisire, piena conoscenza degli atti che lo ledono; b) nel caso di specie, non risulta che la stazione appaltante abbia messo a disposizione dell'odierna appellante tutti gli atti del procedimento di gara, se non a seguito della richiesta di accesso da quest'ultima avanzata; c) il termine per impugnare non poteva iniziare a decorrere se non dall'ostensione della documentazione oggetto dell'istanza di accesso (avvenuta in data 21 dicembre 2023) dovendosi ritenere tempestivo il ricorso di primo grado (notificato in data 22 gennaio 2024), tenuto conto che il giorno di scadenza (20 gennaio 2024) cadeva di sabato.

Nel caso di specie, infatti, il ricorrente ha potuto visionare le motivazioni relative all'aggiudicazione solo dopo aver effettuato la richiesta di accesso[42]. Pertanto, se la stazione appaltante garantisce (attraverso sistemi automatici o meno) l'immediata conoscenza degli atti di gara e dei rispettivi esiti, ciò non può tornare a danno dell'operatore economico, il quale non può essere costretto a fare ricorso "al buio" non cono-

[40] La sentenza in commento afferma che la giurisprudenza formatasi nella vigenza del codice del 2016, ha consolidato i seguenti principi di diritto: a) quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario, la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta una dilazione temporale del termine per ricorrere pari a quindici giorni (ex art. 76, comma 2, d.lgs. n. 50/2016); b) il presupposto per l'applicazione della dilazione temporale è, a sua volta (oltreché la natura del vizio da far valere, il quale non deve essere evincibile se non all'esito dell'acquisizione documentale) la tempestività dell'istanza d'accesso che, a tal fine, deve essere avanzata entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione; c) laddove la stazione appaltante non dia immediata conoscenza degli atti di gara richiesti attraverso una tempestiva risposta alla domanda di accesso (domanda da riscontrare entro il termine di quindici giorni) si farà applicazione dell'ordinario termine d'impugnazione di trenta giorni, decorrente dalla effettiva ostensione dei documenti richiesti. Tra le pronunce sul tema, oltre alla Plenaria n. 12/2020, la sentenza in commento cita i seguenti riferimenti giurisprudenziali: Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2024, n. 2882; Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2024, n. 1263; Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2023, n. 2796; Cons. Stato, Sez. III, 15 marzo 2022, n. 1792, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[41] L'assoggettamento alla disciplina del codice vigente si deve al combinato disposto dell'art. 226, comma 2 e dell'art. 229, comma 2 del d.lgs. n. 36/2023. A tal proposito, *ad abundantiam*, è stato precisato che il ricorso sarebbe stato tempestivo anche nell'ambito del precedente contesto normativo (ossia nella vigenza del d.lgs. n. 50/2016) poiché l'operatore economico aveva presentato la richiesta di accesso agli atti entro i quindici giorni dalla pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione, mentre i documenti sono stati consegnati oltre il termine assegnato all'amministrazione per rispondere.

[42] Sul punto, però, si rileva come non risulti, dalla lettura della sentenza, che vi sia stata alcuna messa a disposizione in piattaforma della documentazione di gara, della quale appellante avrebbe dovuto beneficiare in quanto classificatasi quinta in graduatoria.

scendo le motivazioni della decisione della stazione appaltante per cause a lui non imputabili[43].

Il Collegio, infine, ha pure rilevato come l'amministrazione non possa dire di aver riscontrato tempestivamente alla domanda d'accesso per il sol fatto di aver inviato tempestivamente (entro i 15 giorni prescritti) ai controinteressati l'avviso della presentazione della richiesta ostensiva, ai sensi dell'art. 3, d.P.R. n. 184/2006, allo scopo di consentire loro di manifestare eventuale opposizione alla consegna. Secondo il Collegio, infatti, tale norma appare non applicabile all'accesso in materia di contratti pubblici, poiché nell'ambito dello stesso le eventuali opposizioni dei controinteressati vanno esercitate nei casi e nei limiti temporali previsti per manifestare l'esigenza di tutelare i segreti tecnici e commerciali.

Tale pronuncia, pertanto, si pone in continuità con l'orientamento giurisprudenziale formatosi nella vigenza del d.lgs. n. 50/2016, la cui tenuta è stata messa a rischio dalla riforma del 2023. Infatti, il mutato contesto normativo, potrebbe lasciare intendere che vi sia un onere di impugnativa immediata dell'aggiudicazione, senza che possa operare la dilazione temporale nel caso in cui non vi sia la totale ostensione (o la messa a disposizione) degli atti di gara. Tale obbligo di immediata impugnazione è stato affermato da una recente sentenza del T.A.R. Lazio, secondo la quale la normativa vigente è ostativa allo spostamento in avanti del *dies a quo* nel caso in cui difettino le motivazioni dell'aggiudicazione[44].

[43] Il passaggio chiave della pronuncia in commento è quello dove viene precisato come «*Tale normativa* [art. 120 c.p.a. da un lato e artt. 90 e 36, d. lgs. n. 36/2023 dall'altro]*, che persegue l'obiettivo di evitare i c.d. ricorsi "al buio", si pone in linea con l'orientamento espresso dal giudice euro unitario secondo cui* "la direttiva 89/665, e in particolare i suoi articoli 1 e 2 quater, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici debbano essere proposti, a pena di decadenza, entro un termine di 30 giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati, a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti tale da garantire che detti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata" *(cfr. Corte di giustizia UE, Sez. IV, ord. 14 febbraio 2019, in C- 54/18; Cons. Stato, Sez. V, 6 dicembre 2022, n. 10696). Nel caso di specie, non risulta che la stazione appaltante abbia messo a disposizione dell'odierna appellante tutti gli atti del procedimento di gara, se non a seguito della richiesta di accesso da quest'ultima avanzata. Ne consegue che, come correttamente dedotto nell'appello, il termine per impugnare non poteva iniziare a decorrere se non dall'ostensione della documentazione oggetto dell'istanza di accesso, avvenuta in data 21 dicembre 2023*».

[44] A tal proposito si segnala T.A.R. Lazio, Roma, sez. IV, 1° luglio 2024, n. 13225, con commento di G. Biasutti, *Accesso agli atti nelle gare d'appalto tra "vecchio Codice" e d.lgs. 36/2023: più in salita la strada che porta avanti al T.A.R.?*, cit. Secondo tale pronuncia: «*Proprio in tema di accesso agli atti, il nuovo codice ha introdotto una disposizione inedita, l'art. 35, che al comma 1 prevede che* "le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano in modalità digitale l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme, ai sensi degli articoli 3-*bis* e 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e degli articoli 5 e 5-*bis* del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33". *Di conseguenza, nella specie non è applicabile l'art. 76, comma 2 del (previgente) d.lgs. 50/2016* ("su richiesta scritta dell'offerente e del candidato interessato, l'amministrazione aggiudicatrice comunica immediatamente e comunque entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta")*, disposizione abrogata dal nuovo codice dei contratti pubblici: il che rende, parimenti, inapplicabile il peculiare termine di proroga del termine impugnatorio elaborato dalla giurisprudenza, nei termini sopra indicati. Nella specie, l'istanza di accesso ai documenti è stata presentata dalla ricorrente in data 30.4.2024 (cioè il giorno successivo alla pubblicazione della graduatoria sulla piattaforma di gara) e la stazione appaltante ha riscontrato tale istanza in data 20.5.2024, cioè, comunque, abbondantemente entro la scadenza (29.5.2024) del termine impugnatorio di 30 giorni dalla comunicazione ai sensi dell'art. 90 del d.lgs. 36/2023 (e non ai sensi dell'art.76 del d.lgs. 50/2016) sulla propria piattaforma telematica. Ma il ricorso è stato, però, notificato in data 14.6.2024: si tratterebbe di un ricorso tempestivo sotto il vigore del previgente codice dei contratti, ma sotto il vigore del vigente d.lgs. 36/2023 è da*

La pronuncia in commento, invece, si pone in contrasto con questo precedente giurisprudenziale, valorizzando il criterio sostanziale della "piena conoscenza" come *discrimen* per la decorrenza del termine, criterio in base al quale dovrebbe interpretarsi anche la nuova normativa.

9. Alcune brevi considerazioni conclusive.

Abbiamo visto come il d.lgs. n. 36/2023 sia intervenuto normativamente sul rapporto tra accesso e decorrenza del termine, la cui disciplina positiva ora va ricercata nel combinato disposto dell'art. 120 c.p.a. con gli artt. 90 e 36, d.lgs. n. 36/2023[45].

La pronuncia in commento ha confermato la tenuta dell'architettura concettuale imbastita dall'Adunanza plenaria n. 12/2020 anche alla luce delle intervenute modifiche normative ricordandoci, tra l'altro, come la normativa introdotta dal nuovo codice dei contratti pubblici avrebbe dovuto avere come obiettivo proprio quello di evitare i c.d. ricorsi "al buio", in ossequio all'orientamento espresso dal legislatore e dal giudice eurounitario. Quindi, in presenza della mancata doverosa ostensione da parte della stazione appaltante delle motivazioni relative all'aggiudicazione, sarebbe iniquo e contrario alla *ratio* stessa della nuova disciplina onerare l'operatore economico ad un'immediata impugnativa.

Sempre sul tema della decorrenza del termine per l'impugnazione bisogna tener presente che l'introduzione del nuovo rito per le richieste di oscuramento è idoneo ad ingenerare alcune problematiche applicative[46]. Il problema è se il termine per l'ostensione di cui all'art. 36, comma 5 (dieci giorni) ovvero per la proposizione del ricorso per l'accesso ai sensi dell'art. 36, comma 4 (dieci giorni), abbia o meno effetti sospensivi sul termine di proposizione del ricorso, che sembrerebbe decorrere comunque dalla sola comunicazione di aggiudicazione, come previsto dall'art. 36, comma 9[47]. Sul punto, alla luce del combinato disposto delle analizzate disposizioni, è da ritenersi che la conoscenza successiva dei documenti secretati, eventualmente ottenuta all'esito del giudizio sull'accesso, possa determinare tutt'al più la valida proposizione di motivi aggiunti, ma non un differimento del termine per l'impugnazione[48].

Il nuovo codice dei contratti, quindi, nonostante i buoni intendimenti e gli utili strumenti approntati per efficientare l'accessibilità agli atti di gara, non è stato (ancora) in grado di porre completamente fine alle problematiche interpretative relative alla decorrenza del termine di impugnazione.

Proprio la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 12/2020, nelle sue premesse (al par. 21), evidenziava l'opportunità di *«una mo-*

ritenere tardivo».

[45] A tali modifiche legislative va anche collegata l'eliminazione della possibilità di richiedere le motivazioni dell'aggiudicazione entro il breve termine di quindici giorni previsto dall'abrogato art. 76, d.lgs. n. 50/2016, che non è stata riprodotta nel nuovo codice in ragione della digitalizzazione delle procedure di gara e della messa a disposizione automatica degli atti di gara.

[46] Dette possibili problematiche non emergono nella controversia oggetto della pronuncia in commento, ma pare comunque opportuno darne brevemente conto.

[47] In questi termini, A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit., 107.

[48] In tal senso M. Lipari, *La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo e il precontenzioso ANAC nel nuovo codice dei contratti pubblici n. 36/2023. Certezze acquisite e problemi aperti*, in *IUS*, 2023.

difica legislativa ispirata alla necessità che vi fosse un "sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile", disciplinato dalla legge con disposizioni di immediata lettura da parte degli operatori cui si rivolgono le direttive dell'Unione Europea»[49].

La persistenza di applicazioni giurisprudenziali difformi sul *dies a quo* dell'impugnazione dell'aggiudicazione[50], unitamente alle possibili accennate problematiche ermeneutiche derivanti dal nuovo rito sugli oscuramenti, dimostrano che detto auspicio è rimasto attualmente ancora inattuato.

Roberto Fusco

[49] A tal proposito è interessante segnalare la proposta di modifica legislativa suggerita (ma non recepita dal legislatore) nelle more dell'approvazione definitiva del Codice dei contratti del 2023, da M.A. Sandulli, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice*, in *Federalismi.it*, 2023, XXVIII, secondo la quale «*Dal momento che la certezza del termine di impugnazione costituisce una garanzia di effettività della tutela assolutamente irrinunciabile, anche le riportate disposizioni processuali dovrebbero peraltro essere opportunamente integrate al fine di rendere assolutamente e definitivamente chiaro che (i) la dilazione non può essere un'opzione, ma vale solo per i vizi non ancora conoscibili; (ii) si tratta di una dilazione e non di una anticipazione: quest'ultimo chiarimento è essenziale per non dare spazio a strumentali eccezioni delle amministrazioni resistenti e/o dei controinteressati sulla necessità di anticipare l'impugnazione di verbali e atti endoprocedimentali casualmente conosciuti prima della comunicazione di quello effettivamente lesivo o, all'opposto, a un atteggiamento di estrema prudenza dei ricorrenti (c.d. "contenzioso cautelativo") con sostanziale fallimento delle nuove regole dirette a evitare un inutile spreco della risorsa giustizia. In quest'ottica, come ho già avuto occasione di suggerire, il nuovo secondo periodo del co. 2 dell'art. 120 potrebbe a questi fini essere allora più opportunamente così riformulato come segue: "Il termine decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione dell'atto impugnato ai sensi dell'articolo 90 del codice dei contratti pubblici oppure, se si impugnano atti diversi e non direttamente comunicati oppure si denunciano vizi conoscibili dagli atti messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del codice dei contratti pubblici, dai successivi momenti in cui tali atti sono stati effettivamente messi a disposizione". Analogamente, il co. 9 dell'art. 36 potrebbe essere opportunamente integrato con la precisazione "o dai successivi momenti in cui la stazione appaltante o l'ente concedente abbia messo a disposizione gli atti impugnati e quelli da cui sono evincibili i vizi dedotti"*».

[50] Il riferimento è al T.A.R. Lazio, Roma, sez. IV, 1° luglio 2024, n. 13225, cit.

7. In tema di responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione

Ritiro doveroso della proposta di aggiudicazione e responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione (nota a Tar Lombardia – Milano, sez. II, 3 giugno 2025, n. 1917)

Sommario: 1. Fatti di causa e oggetto di indagine. – **2.** Revoca e ritiro del provvedimento amministrativo. Cenni. – **2.1.** *(segue)* concetto di doverosità del ritiro. – **3.** Responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nelle procedure ad evidenza pubblica. – **3.1.** *(segue)* l'aggiudicazione provvisoria e il requisito dell'affidamento incolpevole del privato. – **4.** Il punto del Tar sui requisiti per ottenere il risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale.

1. Fatti di causa e oggetto di indagine.

Nella pronuncia in commento il Tar Milano offre una ricostruzione dell'istituto di revoca della proposta di aggiudicazione, ponendola a confronto con la diversa ipotesi del mero ritiro. Evidenzia le conseguenze della individuazione di una piuttosto che dell'altra, in relazione alla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, nonché al risarcimento del danno del privato presuntivamente danneggiato dalla mancata aggiudicazione.

Il caso oggetto di delibazione verte su una procedura aperta per l'affidamento di una fornitura di prodotti, indetta da un'Azienda Socio Sanitaria Territoriale, da espletare in forma aggregata con un'altra. Oggetto della fornitura sono biberon e tettarelle monouso, per le quali l'art. 3 della *lex specialis* dispone che siano dotate di marcatura CE.

La graduatoria provvisoria, stilata a conclusione della procedura, vede la ricorrente quale prima classificata. Tuttavia alle proposte di aggiudicazione per i lotti interessati non è seguita alcuna aggiudicazione definitiva, di tal che la ricorrente – in prima battuta – ha instaurato un giudizio avverso il silenzio. Nelle more, la stazione appaltante ha "revocato" l'intera procedura di gara, ritenendo erronea la propria indicazione delle marcature CE come requisito essenziale, in quanto questa avrebbe creato un restringimento del mercato degli operatori economici potenzialmente interessati a prendere parte alla procedura.

Il provvedimento di "revoca" è stato impugnato dalla ricorrente con ricorso per motivi aggiunti, in seno al quale è stata

anche formulata domanda di risarcimento dei danni asseritamente subiti a titolo di: a) responsabilità precontrattuale; b) ritardo nel provvedere; c) illegittimità del provvedimento di revoca.

Il Tar, dopo aver dichiarato, con sentenza non definitiva, improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso introduttivo, ha rigettato nel merito il ricorso per motivi aggiunti, ritenendolo infondato. Sulla scorta del quadro normativo e giurisprudenziale afferente alle distinte figure di revoca e ritiro del provvedimento amministrativo, il Collegio ha concluso che nel caso di specie la stazione appaltante avesse posto in essere un atto di mero ritiro (stante la irrilevanza del *nomen juris* assegnato dalle parti) peraltro congruamente motivato. È stata rigettata anche la domanda di risarcimento del danno da ritardo e da provvedimento illegittimo, in ragione dell'accertata legittimità dell'atto di ritiro, ritenuto addirittura "doveroso". Quanto alla responsabilità precontrattuale, questa è stata esclusa per assenza dei requisiti necessari, per come anche individuati dalla giurisprudenza precedente dell'Adunanza Plenaria.

Nel presente scritto ci si occuperà di richiamare per sommi capi la disciplina della revoca *ex* art. 21-*quinquies* della L. n. 241/1990, al fine di confrontarla – e dunque distinguerla – dalle ipotesi di mero ritiro di un provvedimento, analizzando i casi in cui questo possa definirsi doveroso. Lo scopo è quello di delineare le ricadute di detta qualificazione sul regime di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, con particolare riguardo al requisito dell'affidamento ingenerato in capo all'operatore economico danneggiato.

2. Revoca e ritiro del provvedimento amministrativo. Cenni.

La legge sul procedimento prevede che la pubblica amministrazione possa esercitare il suo potere di autotutela attraverso le due forme di revoca e annullamento d'ufficio[1].

Come opportunamente richiamato dal Tar nella pronuncia in commento, la revoca – di cui all'art. 21-*quinquies* – è un provvedimento amministrativo di secondo grado, che postula l'esercizio di un potere discrezionale di autotutela dell'amministrazione, per ragioni di inopportunità sopravvenuta, rispetto a un atto precedentemente emanato e ad efficacia durevole[2].

L'annullamento ai sensi dell'art. 21-*nonies* L. n. 241/1990 può essere disposto, sussistendone ragioni di interesse pubblico ed entro il termine temporale indicato, nel caso di illegittimità originaria del provvedimento di primo grado.

---

[1] Sull'autotutela amministrativa si veda: M.A. Sandulli, *Autotutela*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Roma, 2016; A. Contieri, *Procedimenti e provvedimenti di secondo grado*, in S. Cognetti - A Contieri - S. Licciardello - F. Manganaro - S. Perongini - F. Saitta (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 445 ss.; F. Saitta, *L'Amministrazione delle decisioni prese: problemi vecchi e nuovi in tema di annullamento e revoca a quattro anni dalla riforma della legge sul procedimento*, in G. Cassandro - V. Crisafulli - A.M. Sandulli (a cura di), *Diritto e società*, Padova, 2009; F. Francario, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, 19.04.2017 n. 8. F. Francario, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Federalismi.it*, 21 ottobre 2015 n. 5; M. Trimarchi, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, 189 ss.; L. Benvenuti, *L'autotutela amministrativa. Una parabola del concetto*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2020, 638 ss.

[2] In questo senso si veda anche Cons. Stato, Sez. III, 4 dicembre 2024, n. 9701, richiamato in sentenza.

Tale potere non è contestabile nelle procedure ad evidenza pubblica, anche quando oggetto del provvedimento di secondo grado sia l'aggiudicazione definitiva, ove – chiaramente – ci si trovi in presenza di una illegittimità significativa[3]. Tuttavia, è ben possibile che la pubblica amministrazione si limiti a rimuovere atti che non abbiano ancora determinato l'emanazione di un provvedimento definitivo.

In particolare, afferma il Collegio che "*laddove la pubblica amministrazione si limiti a rimuovere successivamente uno o più atti illegittimi che non abbiano ancora avuto esito in un provvedimento finale, «si è in presenza di un mero ritiro doveroso, ben diverso dai discrezionali consueti provvedimenti di secondo grado come la revoca e l'annullamento d'ufficio, contemplati dagli artt. 21-quinquies e 21-nonies, L. 7 agosto1990, n. 241»*"[4]. Dalla qualificazione di un provvedimento come revoca e/o annullamento ovvero come mero ritiro discendono delle conseguenze tutt'altro che trascurabili.

Come evidenziato dal Tar Milano, in coerenza con la giurisprudenza precedente[5], l'atto di mero ritiro non è subordinato alla previa verifica della sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale, non necessita della valutazione delle posizioni soggettive eventualmente coinvolte nella vicenda e non richiede il previo avviso di inizio del procedimento.

Anche l'onere motivazionale deve essere calibrato in funzione della fase procedimentale in cui la stessa interviene. L'esplicitazione delle ragioni circa l'interesse pubblico al ritiro varia di intensità – ad esempio – a seconda della circostanza che sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva (o addirittura la stipula del contratto) ovvero che il procedimento di valutazione comparativa concorrenziale non sia ancora completamente giunto a termine[6].

2.1. *(segue)* concetto di doverosità del ritiro.

Il richiamo che il Tar Milano fa al concetto di doverosità, qualificando tale il ritiro della proposta di aggiudicazione operato dalla stazione appaltante, ne impone una – seppur succinta – analisi.

La giurisprudenza[7] ha, nel tempo, associato il termine "doveroso" al potere di autotutela della pubblica amministrazione in determinati casi, pur nella consapevolezza che la caratteristica principale di tale potere sia la discrezionalità.

L'autotutela doverosa è stata definita come il potere esercitato in tutte quelle ipotesi, tassativamente individuate dal legislatore ovvero definite chiaramente in via giurisprudenziale[8], in cui il potere di riesame dei propri atti da parte delle Amministrazioni è dovuto.

La dottrina[9] si è occupata di analizzarne i contorni e di interrogarsi sulla compatibilità

[3] In questi termini Consiglio di Stato, Sez. V n 4349/2024.

[4] Il richiamo testuale è alla pronuncia del Tar Veneto, Sez. II, 6 luglio 2023, n. 10032.

[5] Tar Veneto n. 1003/2023 cit.; in termini, cfr. Tar Campania, Napoli, Sez. III, 24 ottobre 2024, n. 5632; Id., 7 marzo 2024, n. 1537.

[6] cfr. Consiglio di Stato 12/09/2023, n. 8273.

[7] cfr *ex multis* di recente: Cons. Stato, Sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415; Cons. Stato, Sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2207; Id., 31 dicembre 2019, n. 8920; Id, 29 maggio 2019, n. 3576; Cons. Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8.

[8] Per una interessante analisi della casistica si veda G. Manfredi, *Annullamento doveroso?*, cit.

[9] In chiave anche critica si veda: N. Posteraro, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del*

del concetto di annullamento doveroso con i principi dell'ordinamento.

Del resto, si è detto, l'amministrazione non può essere considerata come titolare di un potere semplicemente "esecutivo" rispetto alla legge[10], poiché così ragionando si finirebbe per eliminare gli elementi che differenziano l'annullamento che l'amministrazione pronuncia al termine di un procedimento di riesame, dall'annullamento contenzioso e dall'annullamento giurisdizionale[11]. Difatti, l'esercizio del potere di annullamento *ex* art. 21-*nonies* non è legittimato solo ed esclusivamente dall'illegittimità del provvedimento, ma anche – ad esempio – dalle ragioni di interesse pubblico che devono essere ricercate nel caso concreto dopo l'acquisizione dei fatti e la valutazione degli interessi, e non limitate al solo ripristino della legalità[12].

Nel caso di specie il Collegio ritiene che il ritiro degli atti di gara fosse "doveroso" in ragione della riscontrata illegittimità di una previsione del bando che avrebbe ristretto ingiustificatamente la platea dei partecipanti (in specie l'art. 3 che, si rammenta, indicava come requisito essenziale dei prodotti la marcatura CE). In ragione, dunque, dell'indiscussa illegittimità di una propria disposizione, l'amministrazione non avrebbe avuto altra scelta se non quella di ritirare gli atti di gara.

Si stima utile sottolineare che l'ipotesi al vaglio del Tar Milano non può essere associata al concetto di annullamento doveroso, analizzato dalla giurisprudenza e dalla dottrina, poiché – come si è detto e come si dirà meglio *infra* – il potere viene esercitato su un atto non definitivo e dunque definito di "mero ritiro", il che comporta la non necessaria ricorrenza di tutti gli elementi che sottendono l'emanazione di un provvedimento di secondo grado.

3. Responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nelle procedure ad evidenza pubblica.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione deve rispettare, oltre alle norme di diritto pubblico, anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza[13]. Del resto, la violazione di queste ultime può dar

2017), in *Federalismi.it*, 25 ottobre 2017, 22; N. Posteraro, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, in *Federalismi.it*, 8 marzo 2017, 2. Per l'analisi dell'istituto si veda anche: F. Campolo, *Alcuni chiarimenti in merito all'autotutela doverosa di cui all'art. 21 nonies, comma 2 bis, l. n. 241 del 1990 (nota a Cons. Stato, Sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415)*, in *Giustizia Insieme*, 2024; G. Manfredi, *Annullamento doveroso?*, in *P.A. Persone e Amministrazione*, 2017, 383 ss.; F. Gaffuri, *Note in merito alla doverosità dell'annullamento d'ufficio*, in Giurisprudenza Italiana, 2020, 751; F.V. Virzì, *La doverosità del potere di annullamento d'ufficio*, in *Federalismi.it*, 4 luglio 2018, n. 16;

[10] Così G. Zanobini, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, 281 ss., ora anche in Scritti *vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 203 ss.

[11] G. Manfredi, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 316. Come rilevato da M.A. Sandulli, *Il codice dell'azione amministrativa. Il valore dei suoi principi e l'evoluzione delle sue regole*, in Id. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2017.

[12] In merito si veda: E. Zampetti, *Motivazione in re ipsa e autotutela decisoria*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2015); A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 284,

[13] M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *Federalismi.it*, 06.04.2011 n. 7; si veda anche: E. Zampetti, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, in *Giustizia Insieme*, 2021.

luogo ad una responsabilità da comportamento scorretto, tale da incidere sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali.

Nello specifico caso delle procedure di gara, i doveri di correttezza e buona fede sussistono anche prima (e a prescindere) dell'aggiudicazione, nell'ambito di tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica: da ciò deriva che la responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto è configurabile quand'anche i singoli provvedimenti nei quali si articola il procedimento siano legittimi[14].

Il principio della buona fede, è stato oggi sancito anche nel nuovo Codice dei Contratti, all'art. 5 del D.Lgs. n. 36/2023, a riprova del rango di principio generale cui assurge nella regolazione di qualunque rapporto contrattuale.

Sulla scorta dei principi elaborati dai Giudici di Palazzo Spada, il Tar Milano evidenzia che il privato che intenda far valere la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione deve provare: a) la propria buona fede soggettiva, intesa come affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere attività economicamente onerose; b) la lesione dell'affidamento incolpevole per una condotta oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà e soggettivamente imputabile all'amministrazione in termini di colpa o dolo; c) il danno-evento, che si concretizza nella lesione della libertà di autodeterminazione negoziale); d) il danno-conseguenza, ovvero le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate; infine, il rapporto di causalità fra tali danni e il comportamento scorretto.

In particolare, nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici, sempre il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, ha ulteriormente chiarito che, la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede che sia alla stessa imputabile a titolo di colpa, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa[15].

Per quanto riguarda la misura del risarcimento, il Collegio, sulla scorta di precedenti pronunce del Consiglio di Stato, specifica che il danno risarcibile in caso di responsabilità precontrattuale è costituito dal "*c.d. interesse contrattuale negativo*", che copre sia il danno emergente (spese documentate per la partecipazione alla gara) che il lucro cessante, essendo astrattamente ammesso anche il ristoro della perdita di chance per le sole occasioni di guadagno alternative cui l'operatore economico avrebbe potuto attingere in assenza del contegno colposo dell'amministrazione[16].

3.1. *(segue)* l'aggiudicazione provvisoria e il requisito dell'affidamento incolpevole del privato.

L'elemento dell'affidamento incolpevole viene considerato dalla giurisprudenza recente essenziale ai fini dell'individuazione

[14] Consiglio di Stato, Ad. Pl., n. 5 del 4 maggio 2018.

[15] Consiglio di Stato, Ad. Pl., n. 21 del 29 novembre 2021; si veda anche Cons. Stato, Sez. V, 28/11/2023, n. 10221.

[16] In questi termini anche Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5274/2021; Consiglio di Stato, Sez. VII, 10 maggio 2022, n. 3661.

di una responsabilità precontrattuale della stazione appaltante[17].

A riprova dell'essenzialità di questo elemento, sia sufficiente notare che la giurisprudenza ha spesso ritenuto di calibrare la quantificazione del danno in ragione della eventuale conoscenza o anche conoscibilità, da parte della medesima, della contrarietà del provvedimento revocato all'interesse pubblico e dell'eventuale concorso, della società o di altri soggetti, all'erronea valutazione della compatibilità dell'atto con l'interesse pubblico, ritenendo in rapporto a tale elemento rilevanti le sole spese sopportate per la partecipazione alla gara[18].

Nel caso delle procedure ad evidenza pubblica, può essere utile capire se un'aggiudicazione provvisoria – poi ritirata e/o revocata – possa legittimamente ingenerare un affidamento nell'operatore economico, tale da fondare una successiva domanda di risarcimento per responsabilità precontrattuale dell'amministrazione.

Invero, anche ove ad essere ritirata sia un'aggiudicazione definitiva è comunque necessario provare la formazione di un ragionevole affidamento sulla conclusione della procedura.

Nel caso di specie, la ricorrente fonda la domanda di risarcimento su un affidamento che sarebbe stato generato da un'aggiudicazione provvisoria.

In proposito il Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare che l'aggiudicazione provvisoria è atto endoprocedimentale che determina una scelta non ancora definitiva del soggetto aggiudicatario. Con la conseguenza che la possibilità che ad una aggiudicazione provvisoria (proposta di aggiudicazione) non segua quella definitiva costituisce evento del tutto fisiologico, inidoneo di per sé a ingenerare forme di affidamento tutelabili e dunque un qualsivoglia obbligo risarcitorio[19].

Del resto, la natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili, che è tipica dell'aggiudicazione provvisoria, non è pienamente compatibile con la disciplina dettata dagli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della L. 241/1990, in quanto non può qualificarsi atto conclusivo del procedimento.

Va da sé che il passaggio dall'aggiudicazione provvisoria a quella definitiva non è certamente un obbligo della P.A. appaltante, né – di converso – un diritto dell'aggiudicatario provvisorio[20].

Quindi, se è vero che l'affidamento incolpevole deve essere ingenerato nell'operatore economico da comportamenti (atti) dell'amministrazione che siano ragionevolmente indirizzati in tal senso, ed è vero anche che l'aggiudicazione provvisoria – per sua stessa natura – non può considerarsi provvedimento definitivo, non può che concludersi che questa non sia adatta a determinare nel privato quel livello di affidamento, necessario a fondare a domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale.

[17] Sul rapporto tra affidamento e autotutela si veda: F. Caringella, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 425; V. Detomaso, *L'autotutela amministrativa tra interesse pubblico e legittimo affidamento*, in *Il Diritto Amministrativo*, Anno XVII - n. 09 - Settembre 2025; M. Perrelli, *Autotutela e affidamento*, in *Rassegna monotematica di giurisprudenza*, Ufficio del massimario della Giustizia Amministrativa, 31 dicembre 2022, 5; G. Tulumello, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, in *giustamm.it*, 9 maggio 2022.

[18] Cfr. T.A.R. Roma, sez. V, 7/5/2024, n. 9012; T.A.R. Napoli, sez. I, 01/12/2021, n. 7714; T.A.R. Napoli, sez. I, 05/01/2021, n. 69.

[19] C. Stato 12/09/2023, n. 8273.

[20] cfr. sul punto C. Stato n. 8273/2023 cit.

4. Il punto del Tar sui requisiti per ottenere il risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale.

Nel caso di specie, il tar Milano non ha ritenuto ricorrenti i presupposti per l'accoglimento della domanda di risarcimento come spiegata dalla ricorrente.

Innanzitutto, secondo il Collegio, a difettare è l'illegittimo esercizio del potere di autotutela. O meglio in radice l'esercizio (legittimo o illegittimo) ti tale potere, ritenendo il provvedimento di mero ritiro.

A difettare sarebbe, poi, l'essenziale elemento dell'affidamento incolpevole. In particolare, il Tar esclude che la società avesse potuto riporre un incolpevole affidamento sulla conclusione della gara e sull'aggiudicazione in suo favore, in ragione di una dirimente circostanza fattuale riportata in giudizio: già prima della presentazione della domanda di gara, la ricorrente aveva chiesto alla stazione appaltante di interpretare autenticamente il bando di gara in modo difforme dal dato letterale – proprio in merito al possesso del requisito CE stabilito dal più volte citato art. 3 – poiché riteneva che potesse produrre un effetto "*irragionevolmente restrittivo della massima partecipazione alla procedura*". Non avendo ottenuto risposta, decideva comunque di partecipare al bando di gara, "*pur essendo perfettamente consapevole di dover, a rigore, essere esclusa*", come testualmente ritenuto dal Collegio.

In merito alla qualificazione dell'atto, il Tar Milano conclude che "*la rimozione di un atto di gara precedente al provvedimento formale di aggiudicazione – quale è il bando – non può essere qualificata come espressione di un potere di autotutela, da valutarsi ai sensi degli artt. 21-quinquies e 21-nonies l. n. 241/1990*", piuttosto essa costituisce "*un mero atto di ritiro, che può appunto intervenire laddove ancora non vi sia stata un'aggiudicazione definitiva*"[21].

In ragione di ciò, non ritine che l'amministrazione fosse tenuta a motivare l'atto alla stregua dei requisiti richiesti dall'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990, vale a dire indicando i sopravvenuti motivi di interesse pubblico o altre ragioni giustificative, né valutando l'interesse dell'amministrazione in comparazione a quello della società, né financo era tenuta a rispettare i limiti temporali posti dall'art. 21-*nonies* per l'annullamento d'ufficio.

A ciò si aggiunga che il Collegio ritiene il provvedimento di ritiro emanato dalla stazione appaltante congruamente motivato con riferimento alla rilevata invalidità dell'art. 3 del Capitolato speciale d'appalto. Nella motivazione, infatti, spiega che prevedere a pena di esclusione il requisito della marcatura CE per i beni offerti avrebbe, riporta testualmente il Collegio, «comportato un involontario restringimento del mercato degli operatori economici potenzialmente interessati apprendere parte alla procedura». Ciò sarebbe avvenuto in violazione dell'art. 68, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (applicabile *ratione temporis* al caso di specie) a tenore del quale le specifiche tecniche dei prodotti devono garantire pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non devono comportare direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati alla concorrenza.

In proposito, pare doveroso rammentare che – in ogni caso – le ragioni di interesse

[21] In questi termini anche Cons. Stato, sez. III, 11 dicembre 2024, n. 10008.

pubblico sottese all'atto di ritiro della gara, ove effettivamente addotte dall'Amministrazione ed ove plausibili e non affetti da macroscopici vizi logici, sfuggono dal sindacato giurisdizionale[22].

In conclusione, nel caso di specie, il Tar ha ritenuto che venendo meno la configurabilità di un affidamento incolpevole della ricorrente sul provvedimento di aggiudicazione provvisoria, anche in virtù della presupposta conoscibilità della motivazione del ritiro, non potesse configurarsi una responsabilità precontrattuale della stazione appaltante.

In particolare, ha ritenuto che le decisioni prese circa l'emanazione di un nuovo bando di gara e la fornitura tramite proroga tecnica fossero da considerare aspetti del tutto estranei alla fattispecie risarcitoria da responsabilità precontrattuale, poiché nulla hanno avrebbero a che vedere con l'affidamento riposto dalla società offerente circa la conclusione della procedura di gara e la stipulazione del contratto.

Ha, dunque, rigettato la domanda, in linea con la giurisprudenza precedente richiamata in sentenza (e citata nel presente contributo), che dimostra di ritenere tale requisito essenziale ai fini dell'ottenimento del ristoro per il danno eventualmente subito nelle ipotesi in cui l'Amministrazione decida di ritornare sui suoi passi, sia prima che dopo l'aggiudicazione definitiva di una procedura.

Stefania Caggegi

[22] Consiglio di Stato Sez. V n 4349/2024; sull'ampiezza del potere di revoca si veda, da ultimo anche TAR Campania- Napoli 01/09/2025, n. 6002.

V.
Diritto di accesso

1. Diritto di accesso e riservatezza

I nominativi dei sottoscrittori di una petizione (nota a TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 11 ottobre 2024, n. 329)

Sommario: 1. Una sentenza «inquietante»? – **2.** Le ragioni favorevoli all'accesso nella pronuncia del TAR. – **3.** I nominativi dei firmatari tra pubblicità e tutela dei dati personali. – **4.** Strumentalità e limiti dell'accesso difensivo.

1. Una sentenza «inquietante»?

È possibile conoscere i nomi dei firmatari di una petizione rivolta a un consiglio regionale? La risposta sembrerebbe scontata, dal momento che chi firma una petizione si espone personalmente a sostegno di una causa, che proprio dalla somma delle sottoscrizioni individuali trae la propria forza. Quando però a chiedere la lista dei sottoscrittori è un'impresa che prospetta azioni legali nei loro confronti può sorgere qualche dubbio.

Ha destato infatti un certo clamore la decisione del TAR Friuli che ha concesso a un'impresa l'accesso ai nominativi dei firmatari di una petizione indirizzata al Consiglio regionale e rivolta a contestare la costruzione di un nuovo stabilimento siderurgico. È facile intuire quanto sia rischiosa, per il funzionamento di questo istituto di partecipazione popolare, la consapevolezza che la sottoscrizione possa esporre il cittadino firmatario a future azioni giudiziarie.

Un'analisi distaccata della sentenza richiede, però, di guardare alle norme e alle posizioni soggettive fatte valere in giudizio, per inquadrare correttamente la pronuncia e capire se davvero la si possa definire "inquietante"[1]. L'occasione è certamente utile perché un caso tanto singolare permette di riflettere sui limiti del diritto di accesso e, in particolare, del c.d. accesso difensivo.

Per maggiore chiarezza, occorre prima di tutto riassumere la vicenda, che ruota attorno alla ipotesi di costruzione di una acciaieria in una zona industriale che si affaccia sulla laguna di Grado. A fronte di una iniziale apertura alla realizzazione del progetto, la Giunta regionale friulana aveva ritenuto a settembre del 2023 di non darvi più corso, volendo prediligere altri tipi di investimento nell'area. Il progetto di acciaieria era stato nel frattempo avversato da alcuni Comuni del territorio e da comitati di cittadini contrari alla costruzione. Nell'ambito di queste proteste si era inserita anche una petizione ("Petizione contro l'acciaieria"), presentata nel luglio del 2023 al Consiglio regionale

[1] *https://verdisinistra.it/gruppo-danieli-zanella-inquietante-sentenza-tar-fvg-contro-regione-spero-consiglio-di-stato-ripari-vulnus/.*

del Friuli Venezia Giulia e sottoscritta da più di ventimila cittadini.

L'impresa che in qualità di appaltatrice avrebbe dovuto realizzare l'impianto ha proposto quindi istanza di accesso, ai sensi della legge n. 241 del 1990, allo stesso Consiglio regionale per conoscere la lista dei sottoscrittori della petizione, ritenendo di aver subìto un danno dalla stessa, non solo perché alla petizione è almeno in parte imputata l'interruzione del progetto ma anche per il suo contenuto potenzialmente diffamatorio. L'istanza è stata respinta dal segretario regionale del Consiglio sulla base di due ragioni: in primo luogo, i documenti richiesti rientrano in un procedimento (l'*iter* delle petizioni presentate al Consiglio regionale) che non è destinato a concludersi con un provvedimento amministrativo e dunque esulerebbero dall'ambito applicativo del diritto di accesso; in secondo luogo, ragioni di riservatezza impedirebbero di rivelare i dati personali dei sottoscrittori della petizione.

La motivazione della sentenza è incentrata su due punti: il regime di pubblicità dei dati di chi sottoscriva una petizione e la strumentalità di questi dati rispetto alla tutela degli interessi giuridici dell'impresa che richiede l'accesso. Si tratta di aspetti logicamente consequenziali: se infatti i nominativi richiesti fossero di per sé pubblici, non ci sarebbe bisogno di sindacare la legittimazione dell'impresa a domandarli. Nel commento ci soffermeremo su entrambi, per capire quanto sia condivisibile la soluzione data dal TAR e, più in generale, per capire se possa trovarsi un equilibrio ragionevole tra l'esigenza di conoscenza e quella di riservatezza.

2. Le ragioni favorevoli all'accesso nella pronuncia del TAR.

Come detto, il Consiglio regionale ha fondato il diniego all'accesso anzitutto sulla natura non amministrativa del documento richiesto. Si tratta tuttavia di un argomento debole, che comprensibilmente il TAR non condivide. La legge n. 241 del 1990 dà infatti una definizione molto ampia di documento amministrativo ai fini del diritto di accesso, comprendendovi «ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale» (art. 22, c. 1, lett. d)[2].

Per essere accessibile, dunque, il documento non deve necessariamente rientrare in un procedimento amministrativo: ciò che conta è invece che esso sia "detenuto" da una pubblica amministrazione, quale certamente è il Consiglio regionale, e che concerna attività di pubblico interesse. Non sembra quindi rilevante, per escludere le petizioni dall'ambito dell'accesso, che il procedimento non sia destinato a concludersi con un provvedimento amministrativo ma con l'esame della petizione da parte del Consiglio regionale. Da questo punto di vista, è istruttiva l'esperienza dell'ordinamento dell'Unione europea, nel quale – an-

[2] Sul tema si può rinviare, in generale, a A. Corrado, *Il principio di trasparenza e i suoi strumenti di attuazione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Princìpi e regole dell'azione amministrativa*, IV ed., Milano, 2023, 192 ss.

che in ragione della distinzione non sempre netta tra funzioni esecutive e legislative[3] – il diritto di accesso è esercitato sia nei confronti dei documenti amministrativi, sia nei confronti di quelli in senso lato "legislativi"[4], che sono addirittura sottoposti a un regime di pubblicità rafforzato[5].

Stabilito che le petizioni rivolte al Consiglio regionale sono soggette alla normativa sul diritto di accesso, diviene allora decisivo capire se siano conoscibili i nomi dei sottoscrittori e, pertanto, quale sia il regime di pubblicità di questi dati. Qui sta uno dei profili di interesse della pronuncia.

Ad avviso del TAR l'elenco dei sottoscrittori è un documento pubblico «per la sua intrinseca natura». Ciò per due motivi: il primo riguarda il fatto che le petizioni, essendo dirette a «promuovere o sollecitare interventi "concernenti comuni necessità" o per la "soluzione di problemi di interesse della collettività regionale"», attengono alle funzioni di indirizzo e controllo politico del Consiglio regionale e «all'attività e ai processi decisionali dell'amministrazione», che sono «in *toto* governati dai principi di pubblicità e trasparenza dei relativi atti».

Vi è poi un motivo sostanziale che spinge verso la pubblicità dei nomi dei sottoscrittori: secondo il TAR, l'obiettivo delle petizioni è quello di «influenzare e arricchire il processo decisionale pubblico attraverso richieste e proposte che traggono la loro legittimazione proprio dai soggetti che le supportano». Prosegue il TAR affermando che è «la stessa indicazione dei sottoscrittori, non solo nel loro numero, ma anche nella loro precisa individualità – quali soggetti portatori di specifici interessi, conoscenze responsabilità – che conferisce "forza" persuasiva alla petizione e, in definitiva, ne connota i tratti». Dal punto di vista dei sottoscrittori, la firma della petizione comporterebbe dunque l'accettazione, «seppur implicitamente e in ragione della natura dell'atto che controfirmano», della pubblicazione del proprio nominativo.

I sottoscrittori rinuncerebbero cioè alla protezione dei dati personali rendendoli «manifestamente pubblici», circostanza che determina la liceità del trattamento dei dati ai sensi dell'art. 9, par. 2, lett. e) del GDPR[6].

Nella tesi del TAR, i sottoscrittori della petizione si troverebbero in una situazione analoga a quella degli autori di un esposto alla pubblica amministrazione[7], per i quali non esisterebbe un diritto all'anonimato: il principio di trasparenza consente infatti all'interessato di conoscere l'intero contenuto delle segnalazioni di cui è stato oggetto, inclusi i nomi dei segnalanti e fatta eccezione per le sole ipotesi in cui da tale

[3] Proprio con riferimento alla trasparenza, v. P. Leino, *Secrecy, Efficiency, Transparency in EU Negotiations: Conflicting Paradigms?*, in *Politics and Governance*, 3/ 2017, 9.

[4] Si tratta dei documenti formati o ricevuti dalle istituzioni europee nel corso di una procedura legislativa, i quali dovrebbero essere resi direttamente accessibili in forma elettronica o attraverso un registro (art. 2, par. 6, Reg. (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001; si veda anche il considerando n. 6 dello stesso regolamento, secondo cui «Si dovrebbe garantire un accesso più ampio ai documenti nei casi in cui le istituzioni agiscono in veste di legislatore […]»).

[5] In proposito, e per ulteriori riferimenti, sia consentito rinviare a I. Piazza, *Un altro passo verso la trasparenza del processo legislativo europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 499 ss.

[6] Reg. UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016.

[7] Sul tema sia consentito rinviare a I. Piazza, *Accesso difensivo e tutela dei dati personali: il caso dei nominativi nelle segnalazioni alla p.a.*, in questa *Rivista*, 2022. Il richiamo alla giurisprudenza su segnalazioni ed esposti è effettivamente necessario, data la difficoltà di rinvenire precedenti sullo specifico tema delle petizioni: per un accenno, si può vedere TAR Lombardia – Brescia, 7 marzo 2005, n. 128, che riguardava comunque la peculiare ipotesi di diritto di accesso dei consiglieri comunali rispetto agli atti detenuti dal Comune.

conoscenza possano sorgere «azioni discriminatorie o indebite pressioni»[8].

In effetti, si riscontravano in passato due orientamenti nella giurisprudenza amministrativa: l'uno, favorevole alle ragioni della trasparenza, riteneva accessibile il nome del segnalante, che si "espone" nei confronti della pubblica amministrazione[9]; l'altro, favorevole alla riservatezza, negava invece l'accessibilità del nominativo, dal momento che l'esposto è solo un atto di impulso che resta formalmente estraneo all'attività amministrativa[10]. Sembra prevalere oggi un orientamento mediano[11], lo stesso cui aderisce il TAR nella sentenza in commento, in base al quale l'accesso al nominativo non è si per sé escluso né consentito: occorre, per poter concedere l'accesso, che il richiedente dimostri che la conoscenza del nominativo è necessaria e strumentale rispetto a una propria esigenza difensiva. Quest'ultimo orientamento fa corretta applicazione delle indicazioni offerte dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in materia di diritto di accesso c.d. difensivo: in base all'art. 24, c. 7, legge n. 241 del 1990, che garantisce «comunque» l'accesso ai documenti «la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici», l'amministrazione deve compiere un «rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità» tra documento e interesse che si intende tutelare ma, allo stesso tempo, le è preclusa ogni «ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto» nell'eventuale successivo giudizio instaurato dal richiedente[12]. L'accesso difensivo è pertanto precluso solo nei casi di «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».

In sintesi, il richiedente è tenuto a dimostrare che il documento gli è necessario per tutelare i propri interessi, cioè che sussiste un nesso di strumentalità tra il documento e la sua esigenza difensiva; l'amministrazione può (e deve) sindacare soltanto in astratto simile strumentalità, senza spingersi a giudicare la rilevanza del documento rispetto alla ammissibilità o alla fondatezza di una successiva iniziativa giurisdizionale[13].

Ecco quindi che, in materia di esposti, la giurisprudenza più recente tende a concedere l'accesso al nominativo di chi ha pre-

[8] Il TAR cita in proposito la recente pronuncia del Cons. St., IV, 1 marzo 2022, n.1450.

[9] Tra altre, v. Cons. St., sez. V, 28 settembre 2012, n. 5132, TAR Toscana, sez. I, 3 luglio 2017, n. 898, TAR Emilia Romagna - Bologna, sez. I, 3 agosto 2017, n. 584.

[10] Si vedano, per esempio, TAR Emilia Romagna - Bologna, sez. II, 17 ottobre 2018, n. 772 e TAR Veneto, sez. III, 20 marzo 2015, n. 321.

[11] Si veda Cons. St., IV, 1 marzo 2022, n. 1450 e, in precedenza, Cons. St., sez. III, 1 marzo 2021, n. 1717.

[12] Cons. St., Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 4, sulla quale si vedano V. Mirra, *Accesso difensivo e riservatezza: due diritti in conflitto*, in *Foro it.*, 10/2021, 550 ss., M. Sica, *Diritto di accesso ai documenti amministrativi e processo civile. Una nuova sentenza dell'adunanza plenaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 1412 ss. e G. Delle Cave, *L'accesso difensivo post Adunanza Plenaria n. 4/2021 tra potere valutativo della P.A. e apprezzamento del giudice*, in questa *Rivista*, 2022.

[13] Da ultimo, v. Cons. St., VI, 6 dicembre 2024, n. 9780. Lo stesso TAR Friuli, nella parte conclusiva della sentenza, sottolinea che «la pubblica amministrazione detentrice del documento e il giudice amministrativo non devono svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione della fondatezza o ammissibilità delle prospettate azioni giudiziarie o delle iniziative che l'istante intende percorrere, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrice del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso». Sul tema, v. F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *Federalismi.it*, n. 10/2019, spec. 23.

sentato un esposto all'amministrazione qualora il richiedente riesca a dimostrare che il nominativo è necessario per intraprendere un'azione giudiziaria, per esempio per presentare una querela o per domandare il risarcimento del danno prodotto dall'esposto. In assenza del nesso di strumentalità, l'accesso deve invece essere negato, rischiandosi altrimenti di dar tutela a una pura curiosità o, peggio, a un intento ritorsivo[14].

La stessa ricostruzione viene trasposta dal TAR Friuli al caso in questione: i «principi di trasparenza e responsabilità non possono quindi ammettere la preclusione all'accesso alle petizioni e ai relativi documenti accompagnatori, salvo che, in particolari situazioni, i sottoscrittori documentino, quale conseguenza della pubblicazione della loro sottoscrizione, possibili azioni discriminatorie o indebite pressioni a loro danno».

Nel caso di specie, ad avviso del TAR, le potenziali azioni giudiziarie prospettate dalla ricorrente costituiscono il «legittimo esercizio di un diritto» e non invece «pretestuose intimidazioni» o «minaccia di un male ingiusto». Il TAR riconosce, invece, che l'impresa ha dimostrato il proprio interesse specifico e attuale rispetto al documento e ai nominativi dei firmatari «in connessione con l'impatto che la stessa può aver avuto sugli esiti dei procedimenti amministrativi relativi all'acciaieria»; inoltre, la stessa impresa ha pure «connotato […] il proprio interesse ostensivo anche in chiave difensiva, ai sensi dell'art. 24, c. 7, della l. n. 241/1990 […]: la conoscenza dei nominativi dei soggetti da convenire in giudizio è infatti indispensabile quale che sia l'azione da instaurare».

L'idea che i nominativi dei sottoscrittori debbano essere resi noti è, poi, rafforzata dall'analisi delle norme riguardanti la pubblicità degli atti del Consiglio regionale, che si rinvengono nel Regolamento interno del Consiglio regionale friulano. In particolare, l'art. 179-*bis*, c. 1-*bis*, di tale regolamento dispone che alcuni atti, tra i quali quelli che il Presidente del Consiglio riceve per sottoporli all'esame degli organi consiliari, devono essere direttamente e integralmente pubblicati sul sito internet istituzionale. Vero è che lo stesso comma stabilisce anche delle ipotesi di deroga all'obbligo di pubblicazione: in particolare, il Presidente del Consiglio può disporre la non pubblicazione totale o parziale di atti «contenenti dati personali non divulgabili a norma della disciplina a tutela della riservatezza dei dati personali»; la disposizione aggiunge inoltre che «gli atti prodotti da soggetti esterni nell'ambito delle procedure di consultazione delle Commissioni sono pubblicati con le modalità di cui al primo periodo, salvo che l'interessato non comunichi il proprio diniego alla pubblicazione». Tuttavia, rileva il TAR, nel caso in questione nessuna di queste deroghe è stata attivata e, in particolare, nessuno dei sottoscrittori ha manifestato il proprio dissenso rispetto alla pubblicazione.

Nella circostanza l'elenco dei sottoscrittori non era stato allegato al documento sottoposto all'esame della commissione consiliare: per il TAR si tratta comunque di una «evenienza di mero fatto» che non altera la natura pubblica del documento (e del resto è lo stesso art. 134, c. 2, del citato regolamento a stabilire che le petizioni siano accompagnate dalle autocertificazioni di nascita, residenza e cittadinanza italiana dei firmatari).

[14] In tal senso, Cons. St., n. 1717/2021; TAR Emilia Romagna – Bologna, II, 8 febbraio 2022, n. 136.

Dalla ricostruzione della motivazione emerge come la sentenza sia ampiamente argomentata e ragionevole e, a prima vista, anche condivisibile. A un più attento esame, però, sembrano esservi ragioni per discostarsi dalla ricostruzione del TAR, sia con riguardo al regime di pubblicità dei nominativi dei sottoscrittori di una petizione, sia con riguardo all'applicazione, nel caso di specie, dell'art. 24, c. 7, della legge n. 241 del 1990. Proveremo a indicare queste ragioni nei prossimi paragrafi.

3. I nominativi dei firmatari tra pubblicità e tutela dei dati personali.

La prima questione da affrontare riguarda il regime di pubblicità dei nominativi dei sottoscrittori della petizione: come infatti accennato in premessa, se la lista dei firmatari fosse di per sé pubblica avrebbe poco senso guardare all'applicazione del diritto di accesso difensivo (sarebbe del resto esercitabile, senza bisogno di motivare l'istanza, il diritto di accesso civico)[15]. Come detto, i giudici friulani ritengono che la lista dei firmatari sia pubblica e non sia stata allegata alla petizione soltanto per una «evenienza di mero fatto». La mancata allegazione può invece fondarsi su argomenti giuridicamente rilevanti, collegati alla tutela dei dati personali.

In primo luogo, s'è visto come lo stesso regolamento interno del Consiglio regionale contempli ipotesi di non pubblicazione, totale o parziale, di documenti consiliari, quando questi contengano dati personali non divulgabili. È vero, come affermato dal TAR, che il Consiglio o il Presidente non hanno formalmente "attivato" una delle ipotesi di deroga alla pubblicazione, tuttavia l'attivazione potrebbe ritenersi implicita nella mancata allegazione dell'elenco dei sottoscrittori alla petizione. Così pure il fatto che i sottoscrittori non abbiano manifestato il loro dissenso rispetto alla pubblicazione (ma, ci si potrebbe domandare, ne erano consapevoli?) non comporta con certezza che essi li abbiano resi «manifestamente pubblici». In altre parole, sicuramente la sottoscrizione di una petizione comporta il sostegno personale e non anonimo di una causa; ma la sottoscrizione non implica anche il consenso alla pubblicazione dei dati personali da parte dell'istituzione a cui la petizione è diretta[16].

Con ciò si intende dire che sono possibili petizioni anonime? Tutt'altro: si è da sempre sostenuto che una petizione deve essere firmata, «apparendo evidente l'assurdità di una istanza coperta dall'anonimato»[17]. D'altronde è sufficiente cercare sui siti istituzionali le petizioni presentate alle Camere ai sensi dell'art. 50 Cost. per rendersi conto che esse sono sempre accompagnate dai

[15] Che, come noto, spetta a «chiunque» (art. 5, c. 2, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33). Sul diritto di accesso civico generalizzato (c.d. FOIA) la letteratura è vasta: qui si rinvia unicamente ai volumi di A. Corrado (a cura di), *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, 2018, G. Gardini - M. Magri (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Bilancio a tre anni dall'introduzione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2019, e, per una prospettiva comparata, di B.G. Mattarella - M. Savino (a cura di), *L'accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Napoli, 2018.

[16] Sul trattamento dei dati personali in materia di propaganda elettorale e comunicazione politica, inclusi i dati raccolti in occasione di iniziative come petizioni e richieste di referendum, si veda il Provvedimento del Garante per la Protezione dei Dati Personali del 18 aprile 2019.

[17] G.P. Meucci, *Petizione (Diritto di)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIII, Torino, 1966, 6.

nomi dei proponenti. Bisogna semmai domandarsi quale sia il senso della sottoscrizione della petizione: proseguiva l'autore poc'anzi citato dicendo che la firma serve «anche perché occorre accertare la titolarità di esercizio di tale diritto»[18]. Ebbene, così come accade per le formalità stabilite dalla legge per la raccolta delle firme a sostegno dei referendum previsti dalla Costituzione[19], il fatto che le sottoscrizioni delle petizioni in oggetto debbano essere accompagnate dalla autocertificazione dei firmatari non ha tanto il senso di rendere pubbliche le loro generalità, bensì di renderle verificabili. L'autocertificazione non è rivolta a tutti gli altri cittadini ma è rivolta all'istituzione (nel nostro caso il Consiglio regionale) che potrà valutarne l'autenticità, così da esser sicura della genuinità del sostegno popolare a una certa causa. Per tornare al parallelo con l'esperienza europea, si consideri che nel caso delle petizioni presentate al Parlamento europeo ai sensi degli artt. 227 del TFUE e 44 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, è espressamente prevista la possibilità di renderle anonime[20].

Vi è poi un altro elemento di cui tener conto: almeno una delle firme che accompagnano la petizione al Consiglio regionale friulano dev'essere autenticata[21], il che sembra costituire una garanzia minima sulla sicura provenienza dell'atto da (almeno) un titolare del diritto di petizione. Se, come sostiene in maniera condivisibile il TAR, la legittimazione delle petizioni è tratta dalla «precisa individualità» dei sottoscrittori, tale individualità deve essere presente alla istituzione e non, qualora si oppongano ragioni di tutela dei dati personali, anche all'esterno di essa. Del resto, la petizione in oggetto è un atto di mero impulso, rivolto proprio e solo al Consiglio regionale, che rimane del tutto libero riguardo al seguito da dare (o non dare) alla stessa.

A dispetto, quindi, di una immediata percezione che spinge a ritenere di per sé pubbliche le firme in calce a una petizione, emerge un quadro più complesso che sembra andare nella direzione opposta.

4. Strumentalità e limiti dell'accesso difensivo.

Veniamo allora alla seconda questione: posto che i nomi dei sottoscrittori non sono per loro natura pubblici, occorre capire se siano accessibili ai sensi dell'art. 24, c. 7 della legge n. 241 del 1990. S'è detto che il diritto di accesso difensivo consente «comunque» al richiedente di ottenere i documenti che siano necessari al fine di curare o difendere i propri interessi giuridici. È quindi direttamente il legislatore a stabilire – qualora ricorra tale strumentalità difensiva del documento – la prevalenza dell'accesso sulle contrapposte esigenze di riservatezza, così che all'amministrazione è preclusa ogni attività di bilanciamento[22].

[18] G.P. Meucci, *Petizione (Diritto di)*, cit., 6.

[19] Legge 25 maggio 1970, n. 352.

[20] *https://www.europarl.europa.eu/petitions/it/faq/pdf*. Sulle petizioni al Parlamento europeo, v. G.E. Vigevani, *Art. 50*, in S. Bartole - R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 514 s.

[21] Art. 134, c. 2, del Regolamento interno del Consiglio regionale.

[22] Sul punto, v. F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva*, cit., 18 s.: «Nell'ipotesi dell'accesso gergalmente detto defensionale, la regola di composizione di un ipotetico conflitto è dunque fissata direttamente dal legislatore e non è pertanto più rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione; con la conseguenza che l'Amministrazione non ha più il potere di stabilire essa quale sia l'interesse prevalente nel caso concreto. […] La regola è quindi che l'accesso, strumentale – si ripete – al soddisfacimento di un bisogno di tutela proprio di

Nel caso di specie, ad avviso del TAR, la dimostrazione della strumentalità dei dati richiesti è stata fornita dalla società ricorrente («sebbene soltanto nel presente giudizio in termini chiari e precisi») e a nulla varrebbe, per negare l'accesso, l'eventuale dissenso dei sottoscrittori[23].

Eppure, a fronte di elementi all'apparenza univoci, esistono ragioni che inducono a ritenere recessivo il diritto di accesso difensivo.

Anzitutto, il fatto che il legislatore abbia stabilito la prevalenza di quest'ultimo rispetto a eventuali interessi contrari[24] non significa che si tratti di un diritto privo di limitazioni[25]: anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 21 del 2020), pur riconoscendo che la fattispecie dell'accesso difensivo possa operare «quale eccezione al catalogo di esclusioni» previste per il "normale" accesso documentale, ha parlato di «opportuni temperamenti in sede di bilanciamento in concreto dei contrapposti interessi»[26]. E occorre altresì notare come lo stesso comma 7 prosegua stabilendo che «nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale». Tra i dati sensibili, rispetto ai quali l'accesso è possibile solo in casi di "stretta indispensabilità", rientrano anche quelli idonei a rivelare le opinioni

una situazione giuridica soggettiva, prevalga. L'eccezione è che rimanga insoddisfatto. Perché venga impedito è necessario che si contrapponga un interesse di "pari rango", che vi sia cioè una eccezione espressamente contemplata sul piano normativo; e non già una semplice esigenza discrezionalmente apprezzabile da parte della pubblica amministrazione». Di «obbligo» per l'amministrazione parla espressamente M. Sinisi, *I diritti di accesso e la discrezionalità amministrativa*, Bari, 2020, 102 s.: «Il comma 7 dell'art. 24, l. n. 241/90 introduce dunque una norma di chiusura del sistema: esso pone un preciso limite alla discrezionalità della pubblica amministrazione obbligando la stessa ad accordare l'accesso pur a fronte di esigenze di riservatezza che si opporrebbero all'ostensione dei documenti richiesti. A fronte della pretesa conoscitiva del richiedente (in presenza delle dimostrate necessità defensionali o, nel caso di interessi sensibili e giudiziari, in presenza di "stretta indispensabilità") si configura dunque un obbligo in capo alla pubblica amministrazione di provvedere in senso favorevole all'istante (consentendo allo stesso il più ampio "accesso" a fronte della mera "visione" dei documenti, contemplata nella formulazione previgente della disposizione normativa) senza che possa essere operato alcun apprezzamento in ordine alla fondatezza o ammissibilità della domanda giudiziale che l'interessato potrebbe eventualmente proporre sulla base dei documenti acquisiti mediante l'accesso procedimentale e pur a fronte di eventuali indicazioni contrarie provenienti dal controinteressato che abbia segnalato la sussistenza di eventuali profili ostativi all'accesso».

[23] Sui rapporti tra disciplina dell'accesso e tutela dei dati personali nell'attività dell'amministrazione, v. F. Francario, *Protezione dei dati personali e pubblica amministrazione*, in questa *Rivista*, 2021; Id., *Disposizioni "urgenti" in materia di protezione dei dati personali. Brevi note sul trattamento dati per finalità di pubblico interesse*, sempre in questa *Rivista*, 2021; F. Cardarelli, *Commento all'art. 2-ter, D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, in R. D'Orazio - G. Finocchiaro - O. Pollicino - G. Resta (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, 1012 ss.

[24] Circostanza che ha indotto la giurisprudenza a interpretare in modo particolarmente serio l'accertamento dei requisiti che legittimano l'esercizio del diritto e, in particolare, del nesso di strumentalità tra documento richiesto ed esigenza difensiva: si rinvia sul punto a I. Piazza, *Accesso difensivo e tutela dei dati personali*, cit., § 4.

[25] E. Carloni, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazioni, democrazia*, Bologna, 2022, 173: «È una formulazione, quella dell'art. 24, c. 7, che va letta in rapporto con i limiti previsti dallo stesso articolo, anche se sul punto la giurisprudenza ha assunto posizioni prevalentemente più restrittive: sicuramente riferibile al limite «relativo» della protezione dei dati personali, questo *contro-limite* è talvolta inteso come applicabile a tutti i limiti relativi, ma pare più persuasivo in un'ottica sistematica ritenerlo altresì applicabile a tutti i limiti, sia «relativi» che non, sempre però in un'ottica di bilanciamento e proporzionalità». Lo stesso A. aggiunge (ivi, nota 96): «Affermare la forza dell'accesso documentale non significa, in ogni caso, sancirne la prevalenza assoluta e indiscriminata, rispetto a qualsivoglia limite».

[26] Si rimanda ancora a E. Carloni, *Il paradigma trasparenza*, cit., 173, che ricorda come il problema dei limiti dell'accesso difensivo si sia posto anche in un caso particolarmente delicato, nel quale veniva in questione la riservatezza delle fonti giornalistiche: il riferimento è alla pronuncia del TAR Lazio, III, 18 giugno 2021, n. 7333 (sulla quale v. M. Sinisi, *L'accesso defensionale a materiali e contenuti informativi in possesso della RAI (il caso Report)*, in questa *Rivista*, 2021) e alla successiva sentenza del Cons. St., VI, 11 aprile 2022, n. 2655.

politiche[27]: forse non è il caso della petizione in questione, tuttavia il diritto di petizione è inquadrato da tempo come diritto politico[28]. Da un lato, una simile connotazione dovrebbe indurre a garantire al diritto di petizione una tutela forte (considerato peraltro il legame che sussiste con la libertà di manifestazione del pensiero[29]), anche nei confronti del diritto di accesso[30]. Dall'altro, la natura politica del diritto sembra allontanare il caso delle petizioni da quello degli esposti alle pubbliche amministrazioni: questi ultimi sono, infatti, rivolti a organi amministrativi, generalmente sottoscritti da un singolo privato e indirizzati nei confronti di altri privati precisamente individuati.

In secondo luogo, per quanto riguarda la strumentalità dell'accesso difensivo, si è già detto che il sindacato dell'amministrazione (e del giudice) non possa attenere alla fondatezza delle iniziative che il richiedente voglia intraprendere, cionondimeno deve trattarsi di un sindacato rigoroso. E allora, come già avvenuto nella giurisprudenza amministrativa, il giudice può valutare l'astratta connessione dei documenti richiesti rispetto alla proponibilità di un'azione giudiziaria. In questo caso, la società ritiene di essere diffamata dal contenuto della petizione e deve quindi esserle concesso di attivare la tutela giurisdizionale, ai sensi dell'art. 24 Cost., sia in sede penale che in sede civile.

La mancata conoscenza dei nomi dei sottoscrittori non appare, però, un ostacolo insormontabile per l'accertamento della responsabilità penale. È ben possibile, infatti, sporgere comunque querela e qualora «l'Autorità Giudiziaria dovesse riscontrare fattispecie penalmente perseguibili attribuibili a soggetti individuati, sarebbe doveroso all'esito del procedimento formulare un'imputazione dandone avviso alla parte offesa»[31].

Per quanto riguarda la responsabilità civile, questa sembra doversi escludere per ciò che riguarda la mancata realizzazione dell'impianto (il TAR parla invece dell'«impatto che la stessa [petizione] può aver avuto sugli esiti dei procedimenti amministrativi relativi all'acciaieria»): essa sembra infatti esser dipesa dalla volontà politica espressa dagli organi della Regione, che può essere stata condizionata solo in via di fatto dal contenuto della petizione[32]. Ana-

[27] Art. 9, Reg. UE 2016/679.

[28] In tal senso, tra altri, G.P. Meucci, *Petizione (Diritto di)*, cit., 8: «È con l'invio e con la presa in esame della petizione che il cittadino si inserisce, partecipandovi, alla funzione di indirizzo politico in quanto viene a far presenti istanze di carattere generale che le Camere sono tenute ad esaminare dopo che le Commissioni hanno riferito». Sulla natura del diritto di petizione, oltre che per un inquadramento in chiave comparata dell'istituto, v. R. Orrù, *La petizione al pubblico potere tra diritto e libertà. Evoluzione storica e profili comparatistici*, Torino, 1996, spec. 216 ss.

[29] P. Stancati, *Petizione (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 599. Si veda anche A. Coccia, *Art. 50*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, *Rapporti politici, Tomo I, art. 48-52*, Bologna-Roma, 1992, 53: «[…] anche la petizione rivolta alle Camere rientra, in quanto tale, nelle libere espressioni del pensiero individuale o collettivo e, per questo aspetto, si trova accomunata nella medesima disciplina di carattere costituzionale e legislativo». Sul diritto alla segretezza delle proprie opinioni e, in generale, sul tema della libertà di manifestazione del pensiero ci si limita al rinvio a P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, spec. 435 ss.

[30] Sul rapporto tra petizioni e *privacy*, v. già P. Stancati, *Petizione (dir. cost.)*, cit., 605.

[31] In questi termini, nel caso di un esposto alla pubblica amministrazione, la già citata sentenza del TAR Emilia Romagna – Bologna, II, 8 febbraio 2022, n. 136.

[32] Con riferimento alle petizioni *ex* art. 50 Cost., ma con ragionamento valido anche per il nostro caso, v. P. Stancati, *Petizione (dir. cost.)*, cit., 601 s.: «Se si esclude, infatti, che la stessa iniziativa legislativa produca un vincolo nei confronti del Parlamento, deve, a maggior ragione, escludersi che lo produca la petizione. Pertanto l'*iter* procedimentale suscitato dalla petizione trova in questa solo una causa «occasionale» non giuridica, ed è direttamente e formalmente imputabile alle Camere e non al titolare del diritto in esame. Solo in senso

logamente, la giurisprudenza ha escluso l'accessibilità del nome dell'autore di un esposto quando i danni che il richiedente riteneva di aver subìto non discendevano dall'esposto ma dalla successiva attività posta in essere dall'amministrazione[33].

Resta, però, che i nominativi dei sottoscrittori sono necessari per poter intraprendere un'azione civile per i danni eventualmente patiti in conseguenza del contenuto diffamatorio della petizione[34]: per quanto complessa possa apparire un'azione nei confronti di tanti soggetti, essa è certamente astrattamente proponibile e ciò dovrebbe essere sufficiente ai fini del rilascio dei documenti richiesti. Tuttavia, è da dire che una simile azione non è di per sé esclusa, perché la società ricorrente conosce i nomi di alcuni almeno dei sottoscrittori della petizione (i nomi dei proponenti sono pubblici e comunque vi sono dei controinteressati costituiti nel giudizio di fronte al TAR): dunque, il fatto che l'azione non sia in radice negata pare escludere una lesione del diritto di difesa dell'art. 24 della Costituzione, che può essere soddisfatto bilanciandolo con gli altri diritti rilevanti che emergono nella vicenda (e senza considerare che il processo civile conosce forme di integrazione del contraddittorio). Come detto, il diritto di accesso non è privo di limiti e richiede presupposti – la cui esistenza deve essere rigorosamente vagliata – che nel caso di specie non sembrano sussistere.

Ippolito Piazza

---

latissimo potrebbe dunque l'attività delle commissioni dirsi provocata dalla petizione». Allo stesso modo, v. P. Caretti - De Siervo, *Diritto costituzionale e pubblico*, V ed., Torino, 2023, 151 s., che parlano, anche riguardo all'esperienza regionale, di «scarsissima utilità» rivelata dall'istituto delle petizioni.

[33] Si veda ancora TAR Emilia Romagna – Bologna, II, 8 febbraio 2022, n. 136.

[34] La relativa azione potrebbe anche essere esercitata in sede penale: varrebbe allora il discorso fatto poco sopra circa la possibilità di arrivare a conoscere gli autori della diffamazione attraverso l'autorità giudiziaria.

2. Accesso difensivo, riservatezza e trasparenza amministrativa

Il conflitto tra accesso difensivo e riservatezza nel quadro dell'attuazione della trasparenza amministrativa (nota a TAR Lazio, Sez. III-*bis*, 7 aprile 2025, n. 6878)

Sommario: 1. Il contesto fattuale. – **2.** Cenni ricostruttivi sull'accesso ai documenti amministrativi. Le tensioni tra trasparenza e segretezza. – **3.** La decisione del TAR Lazio. – **4.** Rilievi conclusivi.

1. Il contesto fattuale.

La controversia in commento trae le mosse da un episodio noto alla cronaca.

Nel corso di una lezione sul conflitto in atto tra israeliani e palestinesi, un insegnante di un istituto scolastico di secondo grado assegna agli studenti una traccia avente ad oggetto «le ragioni di Israele», da analizzare assumendo l'angolo visuale di un compagno di classe, indicato, con nome e cognome, come «cittadino italo-israeliano». Su impulso di una conseguente segnalazione, il fatto è assoggettato agli approfondimenti dell'Ufficio scolastico regionale e del Ministero dell'istruzione e del merito.

Un'associazione di volontariato, avente come scopo l'abbattimento di ogni forma di discriminazione, giunta a conoscenza della vicenda esposta, in data 29 aprile 2024, sottopone all'Ufficio scolastico regionale del Lazio e al Ministero dell'istruzione e del merito un'istanza di accesso agli atti, per ottenere la visione e l'estrazione di copia del provvedimento di archiviazione adottato dall'Ufficio, del complesso della documentazione afferente al procedimento disciplinare ed al procedimento ispettivo avviati nei confronti dell'insegnante, di ogni ulteriore atto o documento ad essi connesso e consequenziale.

Ricevuta la richiesta di accesso, l'USR, ai sensi dell'art. 3 del d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184 (Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi), provvede a renderne edotto il docente controinteressato, il quale si oppone all'ostensione degli atti. Recepite tali rimostranze, l'USR rigetta l'istanza *ad exhibendum* formulata dall'associazione, con nota del 16 maggio 2024, in cui si limita a dare atto delle avvenute acquisizione e considerazione delle motivazioni prodotte dal docente.

L'associazione richiedente insorge, dunque, innanzi al TAR Lazio avverso il predetto provvedimento di diniego, denunciandone la illegittimità e chiedendo l'accertamento del suo diritto ad accedere agli atti concernenti i procedimenti disciplinare ed ispettivo promossi nei riguardi dell'insegnante.

L'amministrazione ed il controinteressato si costituiscono in giudizio, deducendo l'infondatezza del ricorso ed insistendo per il relativo rigetto.

2. Cenni ricostruttivi sull'accesso ai documenti amministrativi. Le tensioni tra trasparenza e segretezza.

La fattispecie in disamina trova inquadramento giuridico nella disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi.

Ai sensi dell'art. 22, secondo comma, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, come ricordato dal TAR Lazio nella pronuncia che si annota, l'accesso ai documenti amministrativi incarna un principio generale dell'attività amministrativa, funzionale al coinvolgimento dei cittadini nella gestione della cosa pubblica, all'imparzialità e alla trasparenza dell'azione amministrativa[1].

In particolare, la trasparenza è il principio che con maggiore frequenza entra in gioco ogniqualvolta si affronta il tema dell'accessibilità, come se si versasse al cospetto di una endiadi. Sul piano concettuale, il principio in discorso, di cui è nota l'ampiezza semantica, variabile in relazione all'ambito di applicazione[2], si configura quale condizione di effettiva conoscibilità e comprensibilità, da parte di soggetti esterni, delle attività e delle condotte imputabili alla pubblica amministrazione, operando strumentalmente alle esigenze di tutela e garanzia degli interessi coinvolti nell'azione amministrativa[3].

Sul versante dottrinale, il principio di trasparenza è stato talvolta trattato come sinonimo di accesso ovvero di pubblicità[4]. Per quanto strettamente rileva in questa sede, il principio di trasparenza, inteso come «visibilità, conoscibilità e comprensibilità dell'azione amministrativa, dei suoi atti e della sua organizzazione», assorbe, in ragione della più estesa portata, l'accesso, il quale si connota in quanto sua declinazione; più puntualmente, tra l'accesso e la trasparenza intercorre un rapporto di mezzo a scopo, che conduce logicamente ad escludere l'esaurimento della trasparenza nell'accesso. In aggiunta, è stato rilevato l'atteggiarsi della trasparenza a parametro di misurazione della legittimità delle restrizioni dell'accesso[5].

---

[1] Sul tema della trasparenza, tra i tanti autorevoli contributi, si vedano A. Pajno, *Trasparenza e riservatezza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 5 ss.; A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo e la trasparenza*, in S. Cassese - C. Franchini (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994, 101 ss.; E. Cannada Bartoli, *A proposito di tutela della riservatezza e trasparenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 725 ss.; F. Trimarchi Banfi, *In tema di trasparenza amministrativa e di diritto alla riservatezza*, in Aa.Vv., *Studi in onore di E. Casetta*, I, Napoli, 2001, 343 ss.; M.R. Spasiano, *Qualità e strumentalità del diritto di informazione*, in F. Manganaro - A. Romano Tassone (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto di informazione*, Torino, 2005, 129 ss.; G. Arena, *Trasparenza amministrativa* (voce), in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5945 ss.; E. Carloni, *La «casa di vetro» e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pub.*, 2009, 3; A. Corrado, *La "trasparenza" della legislazione italiana*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1408; A. Simonati, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Dir. amm.*, 2018, 2; F. Manganaro, *Pubblicità e accesso per la trasparenza amministrativa*, in L. Giani, M. Immordino, F. Manganaro (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli, 2019, 95 ss.

[2] Sulla nozione di trasparenza, si veda A. Simonati, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, 4, 749 ss.

[3] M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, in M. Renna - F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 124 ss.

[4] F. M. Nicosia, *Il procedimento amministrativo. Principi e materiali. Commento alla legge 241/1990 e alla sua attuazione con i D.P.R. 300 e 352/1992*, Napoli, 1992, 75.

[5] In tal senso, F. Manganaro, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in F. G. Scoca (a cura di), *Scritti*

Sul versante giurisprudenziale, a livello sovranazionale, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha qualificato il principio di trasparenza, di cui agli artt. 1 e 10 del TUE e 15 del TFUE, come strettamente funzionale alla partecipazione dei cittadini al processo decisionale nonché alle legittimità, efficienza e responsabilità della pubblica amministrazione nei riguardi del privato, all'interno di un sistema democratico[6].

A livello nazionale, sulla scorta di un'interpretazione sistematica del testo costituzionale, la protezione della trasparenza appare affidata agli artt. 1, 3, 21, 24, 28, 97, 98, 113, Cost. Segnatamente, il fondamento più immediato è stato intravisto nell'art. 21[7], che si pone a presidio della libertà di manifestazione del pensiero – principio caratterizzante l'ordinamento democratico – e, indirettamente, dell'interesse generale all'informazione, il quale implica il libero accesso ai dati, il pluralismo delle fonti, l'assenza di ingiustificati impedimenti legali alla circolazione delle informazioni[8].

Ciò posto, il caso che si annota sollecita la considerazione, pur sommaria, dell'eventuale primato della trasparenza sulla segretezza.

In chiava storica, com'è noto, la legge sul procedimento sovverte il rapporto tra trasparenza e segretezza, assoggettato alla regola generale del segreto d'ufficio, di cui all'art. 15 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3[9], baluardo del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa[10], preservata, quest'ultima, da eventuali interferenze provenienti dai soggetti interessati. Coerentemente, parte della dottrina[11] ha ritenuto che l'incremento della partecipazione tramite l'accesso avrebbe potuto arrecare un *vulnus* ai principi di efficienza[12] e di economicità, anche in considerazione dei costi verosimilmente derivanti dall'apertura del patrimonio informativo detenuto dalla pubblica amministrazione[13].

Per contro, la svolta impressa dall'art. 28 della legge sul procedimento amministrativo eleva il diritto di accesso a regola generale e relega la riservatezza ad ipotesi eccezionali, oggetto di espressa previsione legislativa. Lungo tale direttrice, è consacrato il rilievo della trasparenza, proiezione diretta del principio democratico, il quale, a sua volta, sottende la visibilità del potere[14],

---

in memoria di Roberto Marrama, Napoli, 2012, anche in *Astrid-online.it*.

6 Cfr. Corte di giustizia UE, Grande Sezione, sentenza 9 novembre 2010, C-92/09, Volker und Markus Schecke GbR e altri; sentenza 6 marzo 2003, causa C-41/00 P, Interporc/Commissione.

7 M. Ramajoli, *La convivenza tra trasparenza e riservatezza*, in *Dir. amm.*, 2024, 2, 473.

8 Corte cost., 15 giugno 1972, n. 105.

9 Il richiamato articolo vietava ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni di trasmettere a quanti non ne avessero il diritto, anche in ipotesi di attività non segrete, informazioni concernenti provvedimenti ovvero operazioni amministrative nonché notizie apprese in ragione del proprio ufficio, laddove ne avrebbe potuto scaturire un danno nei confronti della pubblica amministrazione o di soggetti terzi.

10 F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *Federalismi.it*, 2019, 10, 9.

11 In particolare, pongono in evidenza il sovraccarico che la partecipazione concentrerebbe sul procedimento amministrativo V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90,* in *Giustamm.it*, 2005; E. Cardi, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I e II, Rimini, 1983-1984, 3. Ad avviso di S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Arch. giur.*, 1970, 25, l'imparzialità escluderebbe la partecipazione, in ragione del suo postulare la neutralità dell'amministrazione «e quindi l'assenza di pressione degli amministrati».

12 R. Dahrendorf, *Il conflitto sociale nella modernità*, Bari, 1989.

13 A. Simonati, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, cit., 758, la quale, sui costi della trasparenza, opportunamente richiama M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 797 ss; L. Berionni, *Attuazione della trasparenza: il responsabile per la trasparenza e l'invarianza finanziaria*, in B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013, 372 ss.

14 N. Bobbio, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Riv. it. sc. pol.*, 2, 1980, 181 ss.

la pubblicità delle modalità del suo esercizio[15], l'intelligibilità dei risultati finali in cui il medesimo potere si condensa[16]. Ne scaturisce un'indole della trasparenza antitetica rispetto alle logiche della segretezza e della non conoscibilità[17], in cui potenzialmente si annidano favoritismi, anomalie e, più in generale, illegittimità[18].

Tanto ricostruito, la disciplina applicabile al caso in esame è quella di cui agli artt. 22 e seguenti della legge sul procedimento. Il diritto di accedere ai documenti amministrativi è riconosciuto ai soggetti che non abbiano preso parte al procedimento amministrativo già definito, a condizione che ricorra un interesse diretto, concreto, attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata, collegato alla documentazione per cui è richiesto l'accesso da una relazione di «strumentalità conoscitiva»; l'onere della relativa prova grava sull'istante, che, nella richiesta, dovrà analiticamente articolare le finalità dell'accesso[19].

L'accesso procedimentale afferisce, pertanto, ad un ambito circoscritto, in cui risalta il rapporto intercorrente tra la posizione dell'istante ed il documento per il quale è richiesto l'accesso. Tale impostazione, condivisa in dottrina[20], rinviene conferma nella stessa architettura dell'art. 22, che subordina l'accesso alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, pur nel contesto del principio della massima ostensione dei documenti amministrativi, di cui al comma terzo, nei limiti posti dall'art. 24[21].

In definitiva, l'esercizio dell'accesso procedimentale postula l'esistenza di un interesse qualificato, precludendo in radice la legittimazione ad accedere del *quisque de populo*. Ai fini dell'accesso, del pari che per la partecipazione procedimentale, non può reputarsi sufficiente la sussistenza di un generico interesse alla trasparenza e al buon andamento dell'azione amministrativa, ma rileva la titolarità di un interesse sostanziale, connesso allo specifico procedimento incardinato[22].

3. La decisione del TAR Lazio.

Nel caso di specie, l'istanza di accesso procedimentale è formulata da un'associazione di volontari, apolitica e senza fini di lucro, il cui scopo consiste nel contrastare «ogni forma di discriminazione secondo i principi dettati dalla Dichiarazione universale dei diritti umani e delle Nazioni Unite, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo

[15] F. Manganaro, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 745 ss.

[16] G. Abbamonte, *La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza. Introduzione al tema*, in Aa.Vv., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza. Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione - Varenna 1989*, Milano, 1991, 13.

[17] R. Marrama, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 416 ss.

[18] E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, 49.

[19] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 settembre 2020, nn. 19, 20, 21.

[20] È stato fondatamente osservato che l'accesso procedimentale condiziona la tutela dell'«interesse pubblico alla trasparenza dell'azione amministrativa» alla sussistenza dell'esigenza di proteggere un interesse individuale, in senso divergente rispetto all'originaria redazione dell'art. 22 della legge sul procedimento, che, al fine di garantire la trasparenza e l'imparzialità dell'attività amministrativa, riconosceva il diritto di accesso ai documenti amministrativi a chiunque fosse titolare di un «interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti». In tal senso, F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, cit., 10.

[21] Cons. Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 4838.

[22] TAR Lazio, Roma, Sez. III, 13 giugno 2000, n. 4878.

e delle libertà fondamentali». A ricoprire la posizione di soggetto istante è, pertanto, un'associazione portatrice di un interesse diffuso, attesa l'estendibilità di tale ultima qualificazione alle questioni in materia di discriminazione.

Il primo, fondamentale nodo da sciogliere concerne, quindi, il profilo della legittimazione all'accesso. Sul punto, in giurisprudenza è graniticamente affermata la coincidenza tra la posizione dell'odierna ricorrente e quella del singolo individuo, muovendo dalla medesimezza, per tutti i soggetti dell'ordinamento, dei requisiti sostanziali legittimanti l'esercizio del diritto di accesso. In altri termini, i predetti requisiti, che si compendiano nella ricorrenza di un interesse diretto, concreto ed attuale alla specifica cognizione documentale invocata, non variano in relazione al soggetto che presenta la richiesta, conformemente al tenore dell'art. 22 della Legge n. 241 del 1990, che include nella nozione di «interessato» i soggetti portatori di interessi pubblici o diffusi[23].

A giudizio del TAR Lazio, l'associazione ricorrente avrebbe dimostrato la titolarità di un interesse specifico, attuale e concreto ad accedere ai documenti sollecitati, soddisfacendo le esigenze di deduzione, puntuale rappresentazione e dimostrazione delle finalità cui è proteso l'accesso[24]. Più precisamente, nella fattispecie in disamina, l'appagamento della pretesa ostensiva è subordinato alla sussistenza di una relazione di necessità ovvero di stretta funzionalità tra la documentazione anelata e il perseguimento delle finalità statutarie[25]; la relativa dimostrazione costituisce il contenuto di un onere che incombe sull'associazione richiedente. Applicate tali coordinate ermeneutiche, il TAR Lazio ha valutato esistente uno specifico nesso tra la cognizione del «provvedimento di archiviazione e/o di censura» e di «tutta la documentazione relativa al procedimento disciplinare e al procedimento ispettivo» attivati nei confronti del docente e lo scopo associativo, emergente dell'art. 3 dello Statuto versato in atti, dello svolgimento da parte dell'associazione di attività difensiva in favore «dei diritti e degli interessi individuali e collettivi contro ogni forma di discriminazione e di diffamazione», inclusi i fenomeni di razzismo, antisemitismo, antisionismo. L'associazione ricorrente si qualifica, dunque, come un soggetto giuridico avente lo scopo statutario di fornire supporto alle vittime di fenomeni discriminatori, risultando, di conseguenza, manifeste la necessità di acquisire contezza in ordine a circostanze concernenti l'eventuale posizione di condotte discriminatorie e, in ultima analisi, la proiezione dell'interesse sotteso alla costituzione dell'associazione in una dimensione di aspirazione ostensiva[26].

Al riguardo occorre, altresì, sottolineare che la rappresentatività degli interessi diffusi sorregge un diritto alla conoscenza non generalizzato, bensì circoscritto agli atti che disvelino l'interesse ad intervenire per tutelare la categoria di soggetti rappresentata[27]. A giudizio del Collegio, anche tale profilo è soddisfatto, sul presupposto che la richiesta

[23] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 14 dicembre 2021, n. 8333.

[24] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 4.

[25] Cfr. TAR Lazio, Sez. II *ter*, 14 marzo 2011, n. 2260, secondo cui «per giurisprudenza consolidata sul punto, il diritto di accesso, oltre che alle persone fisiche, spetta anche a enti esponenziali di interessi collettivi e diffusi, ove corroborati dalla rappresentatività dell'associazione o ente esponenziale e dalla pertinenza dei fini statutari rispetto all'oggetto dell'istanza».

[26] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 14 dicembre 2021, n. 8333, cit..

[27] Cfr. TAR Puglia, Bari, Sez. II, 17 aprile 2009, n 896; Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2009, n.737; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 16 gennaio 2008, n. 249.

di accesso è proposta dall'associazione avuto riguardo a «circostanziati atti e individuati episodi di potenziale rilevanza discriminatoria».

Ciò chiarito in punto di legittimazione all'accesso della parte ricorrente, occorre precisare che l'avvenuta presentazione di un'istanza di accesso a documenti contenenti informazioni personali appartenenti a soggetti terzi comporta, per ciò solo, l'integrazione di un conflitto tra diritto di accesso e riservatezza.

A livello costituzionale, il diritto alla riservatezza rinverrebbe linfa nel combinato disposto degli artt. 2, 13, 14, 15, Cost.; allo stato attuale, la tutela della *privacy* è il risultato della sommatoria tra l'esclusione dell'altrui ingerenza nel proprio spazio privato ed il diritto ad avere la completa gestione delle proprie informazioni personali[28].

Sul piano concettuale, i confini della nozione di riservatezza sono stati tracciati *a contrario*, in conseguenza del simmetrico riempimento contenutistico della differente nozione di «spettanza dell'accesso agli atti»[29]. Ciò che occorre preliminarmente escludere, in coerenza con accorta dottrina, è il sostanziarsi della riservatezza in un interesse pubblico ovvero in un principio generale a presidio dell'attività delle pubbliche amministrazioni. La riservatezza costituisce non una situazione giuridica soggettiva idonea a limitare l'accesso, bensì una modalità dell'accesso medesimo[30]. Sicché, riannodando le fila di quanto innanzi ricostruito, il conflitto rilevante nella fattispecie controversa involgerebbe il diritto di accesso e, in qualità di suo antagonista, un «limite modale» del relativo esercizio[31].

Alla stregua di quanto avvenuto nel caso di specie, concernendo l'istanza di accesso dati riferibili a terze persone, la pubblica amministrazione, in ottemperanza all'obbligo di cui all'art. 3 del d.P.R. n. 184 del 2006, è tenuta a trasmettere preventiva comunicazione al titolare dei dati riservati.

È possibile prefigurare due evoluzioni alternative, a seconda che il titolare abbia prestato assenso o meno alla divulgazione del dato. Il primo caso appare connotato da maggiore linearità, giacché, acquisito l'assenso, pur tacito, l'amministrazione risulterebbe dispensata dallo svolgimento di verifiche ulteriori, atteso il carattere disponibile della riservatezza, evincibile dal tenore complessivo della disciplina in materia di protezione dei dati personali, di cui al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice per la protezione dei dati personali)[32].

La vicenda in rassegna ricade, tuttavia, nella seconda ipotesi rappresentata. Il docente controinteressato, ricevuto l'avviso da parte dell'amministrazione, ha esternato il suo dissenso alla diffusione dei documenti richiesti. In casi siffatti, preso atto dell'opposizione, compete alla pubblica amministrazione risolvere il dissidio maturato tra accesso e riservatezza, attraverso l'individuazione della situazione concretamente prevalente, in applicazione dei criteri definiti dalla legge.

Per quanto specificamente attiene al giudizio dell'amministrazione sulla richie-

[28] M. Ramajoli, *La convivenza tra trasparenza e riservatezza*, cit., 475.

[29] D. Piccione, *Riservatezza (disciplina amministrativa)*, in *Enc. Dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, 731.

[30] F. Manganaro, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 750.

[31] D. Piccione, *Riservatezza (disciplina amministrativa)*, cit., 742.

[32] TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 7 febbraio 2018, n. 81.

sta ostensiva, esso ha natura estrinseca e assume ad oggetto la ricorrenza in capo all'istante di un bisogno di conoscenza legittimo e differenziato[33]. In particolare, l'amministrazione deve scrutinare l'esistenza di una connessione finalistica tra gli atti per i quali è avanzata l'istanza di accesso e le prospettive di una tutela giurisdizionale. Per contro, esulano dal perimetro della valutazione in discorso eventuali apprezzamenti di tipo prognostico sull'effettiva utilità del documento richiesto ai fini della tutela del bene della vita[34].

Di regola, in materia di accesso ai documenti amministrativi, le esigenze difensive, connesse all'effettività della tutela, sono considerate preminenti rispetto alle esigenze di riservatezza; tale principio deve essere contemperato in presenza di dati giudiziari, dati sensibili (appartenenza razziale ed etnica, credenze religiose, orientamenti politici, adesione a partiti, organizzazioni sindacali, *etc*.) ovvero di dati «supersensibili» (informazioni personali idonee a divulgare l'orientamento sessuale e le condizioni di salute dell'interessato)[35], assoggettati ad una tutela rafforzata, ai sensi della normativa in vigore.

Nel caso all'esame, osserva il TAR Lazio, assumono rilievo gli atti di un procedimento disciplinare, contenenti informazioni non sussumibili sotto le categorie dei dati giudiziari, sensibili, «supersensibili», con conseguente esclusione dell'applicazione dei criteri, inferibili dall'art. 24, settimo comma, della Legge n. 241 del 1990[36], della stretta indispensabilità, della indispensabilità e della parità di rango[37].

A residuare è, dunque, la necessità di tutelare l'interesse giuridico proprio dell'associazione, considerato dal legislatore prevalente sulla tutela della riservatezza, a condizione che ricorrano i presupposti per l'accesso difensivo[38]. Il «giudizio di prevalenza» è, in tal caso, effettuato a monte dal legislatore in favore dell'interesse alla conoscenza, non avanzando alcun margine di ponderazione a carico dell'amministrazione[39].

Ad un esame più approfondito, i commi del citato art. 24 appaiono ispirati a logiche eterogenee: i commi dal primo al sesto sono ascrivibili in una «logica partecipativa»; mentre il comma settimo, che nella fattispecie assume un'importanza nevralgica, risponde ad una differente «logica difensiva», legittimando l'accesso all'atto necessario al soddisfacimento di esigenze di tutela. Il carattere specifico della legittimazione accor-

[33] Analogamente, sul versante giurisdizionale, competerà al giudice, in sede di giurisdizione esclusiva, il vaglio in astratto delle esigenze difensive rappresentate dal soggetto richiedente l'accesso e della pertinenza dei documenti invocati. Cfr. TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 25 luglio 2024, n. 969.

[34] In tal senso, F. Manganaro, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in *Federalismi.it*, 2021, 20, 171, avuto specifico riguardo agli approdi dell'Adunanza Plenaria con le già menzionate pronunce nn. 19, 20, 21, del 25 settembre 2020.

[35] Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 11 gennaio 2018, n. 139.

[36] In una posizione complementare rispetto alla norma citata si colloca l'art. 60 del D.Lgs. 196 del 2003, a tenore del quale: «Quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile».

[37] Cfr., sulla configurazione dei dati di un procedimento disciplinare, Cons. Stato, Sez. III, 29 gennaio 2021, n. 884.

[38] Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 10 gennaio 2025, n. 149.

[39] F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, cit., 21. L'Autore individua in qualità di *discrimen* tra accesso defensionale e accesso civico la prevalenza del primo sulle esigenze di riservatezza; quanto all'accesso civico, diversamente, si rende necessaria una ponderazione tra gli interessi devoluta alla discrezionalità della pubblica amministrazione.

data dalla disposizione in disamina suggella la corrispondenza dell'accesso difensivo ad una fattispecie ostensiva autonoma. L'accesso difensivo, per le ragioni evidenziate, è dotato di un proprio «statuto peculiare», che, nei confini di un'istanza esaustivamente motivata in ordine alla preordinazione dell'ostensione alla cura di un interesse giuridico tutelato, è idoneo a prevalere sulle istanze di riservatezza potenzialmente opponibili[40]. La posizione, a norma dell'art. 24, comma settimo, dell'obbligo di garantire l'accesso ai documenti amministrativi la cui cognizione sia indispensabile al fine di curare i propri interessi giuridici denota la tendenziale cedevolezza della riservatezza nel bilanciamento con il diritto di accesso[41].

La ricostruzione fin qui effettuata deve specchiarsi nella trama motivazionale del provvedimento di diniego. Nel contesto di comparazione tra le ragioni dell'accesso e quelle della riservatezza, assume, infatti, rilievo la motivazione della decisione amministrativa sull'*actio ad exhibendum*, da cui deve trapelare il raffronto, operato dalla pubblica amministrazione, tra la necessità difensiva e l'interesse alla riservatezza[42].

Tuttavia, nella fattispecie, la motivazione del provvedimento impugnato si esaurisce in un generico riferimento alle opposizioni all'istanza di ostensione eccepite dal docente controinteressato. Per tale ragione, non è possibile ricavare dal provvedimento gravato l'avvenuta conduzione, da parte dell'amministrazione, di una valutazione effettiva delle esigenze dell'associazione ricorrente in relazione alle contestazioni sollevate dal controinteressato, difettando persino il contenuto minimo, richiesto dalla giurisprudenza in materia di diniego di accesso ai documenti amministrativi, della precisa indicazione della ragione ostativa all'accoglimento della domanda[43].

4. Rilievi conclusivi.

La vicenda esaminata stimola lo svolgimento di alcune considerazioni di chiusura.

In primo luogo, sebbene il TAR Lazio abbia respinto il pregio delle argomentazioni con cui la parte resistente ed il controinteressato deducevano la finalizzazione esplorativa dell'istanza di ostensione, si potrebbe ragionare sulla sufficienza, ai fini dell'accesso procedimentale, di una verifica in ordine alla pertinenza dello scopo statutario rispetto all'oggetto dell'istanza; in tale controllo si esaurirebbe, sostanzialmente, l'accertamento in merito all'esistenza di un interesse differenziato, concreto, attuale alla conoscenza.

Occorre tener presente, come reiteratamente rimarcato in giurisprudenza, che il diritto di accesso non può tradursi in un'*actio popularis*[44]; esso postula un accertamento accurato e concreto circa l'esistenza di una posizione qualificata, ricoperta dall'istante. In tal senso, in casi affini a quello esaminato, può avere valenza la dotazione di una struttura organizzativa idonea a soddisfare

[40] Sulle considerazioni esposte, si veda F. Manganaro, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, cit., 169.

[41] F. Manganaro, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 749. Cfr., per la giurisprudenza, TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 26 settembre 2018, n. 2151; Cons. Stato, Sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2472; Sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1568.

[42] Cons. Stato, Sez. III, 10 gennaio 2025, n. 149, cit..

[43] Cfr. TAR Veneto, Venezia, Sez. III, 29 luglio 2014, n. 1084; Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1173; Sez. VI, 4 dicembre 2009, n. 7637.

[44] Cons. Stato, Ad. Plen., 24 aprile 2012, n. 7.

le esigenze di tutela dei soggetti rappresentati, di cui il richiedente dovrebbe dar conto nel corpo dell'istanza di ostensione.

La seconda riflessione disvela come, in definitiva, e pur nella diramazione degli aspetti problematici della fattispecie, il nucleo della riflessione rimanga ancorato all'attuazione della trasparenza.

Più approfonditamente, è doveroso porre l'accento sulla generalità delle ragioni (*recte* passivo richiamo delle contestazioni del controinteressato) addotte dalla pubblica amministrazione a suffragio del diniego di accesso agli atti e, dunque, sull'assenza di una motivazione da cui trasudi il vaglio degli interessi contrapposti. La riscontrata lacuna motivazionale del provvedimento di diniego avversato pone in dubbio l'osservanza da parte dell'amministrazione dell'obbligo su di essa gravante di soppesare l'esigenza di difesa e l'interesse alla riservatezza, all'esito dell'analisi delle contrapposte situazioni.

Com'è noto, la motivazione è lo strumento che legittima l'esercizio del potere attribuito dalla legge. Sedimentata giurisprudenza assegna all'art. 3 della Legge n. 241 del 1990 un'accezione funzionale, in relazione alla quale sono ritenuti compatibili con la disposizione in questione i provvedimenti le cui ragioni siano articolate «in misura e con modalità tali» da consentire al cittadino la perspicua comprensione del percorso logico-giuridico seguito dall'amministrazione nel pervenire alla determinazione conclusiva[45]. La maturazione di una siffatta consapevolezza, nel caso in rassegna, è stata preclusa all'associazione destinataria del provvedimento che oppone il diniego all'istanza di accesso. La carenza in argomento, più gravemente, offusca l'effettività dell'attività della pubblica amministrazione nonché la sua stessa capacità di operare conformemente ai principi dell'agire pubblico.

Cristina Fragomeni

[45] Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. V, 2 aprile 2025, n. 2765; in senso analogo, si vedano, *ex multis*, TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 3 febbraio 2025, n. 218; Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6026; Sez. VI, 26 marzo 2013, n. 1715.

3. Il diritto di accesso di fronte all'esercizio di poteri speciali: limiti e prospettive (nota a Cons. Stato, n. 171 del 13 gennaio 2025)

Sommario: 1. La vicenda. – **2.** La disciplina dell'accesso agli atti dei consiglieri regionali. – **3.** Esercizio del *golden power* e impenetrabilità di tale potere. – **4.** Proporzionalità, pertinenza, riservatezza, tutela del terzo e altre disquisizioni giuridiche a giustificazione dei limiti alla conoscibilità di tali atti… solo uno specchio per le allodole. – **5.** Uno sguardo oltre confine per qualche ulteriore riflessione critica.

1. La vicenda.

In una recente sentenza, la n. 171 del 13 gennaio 2025, il Consiglio di Stato si è pronunciato sul diritto di accesso, da parte di un consigliere regionale, agli atti relativi alla decisione del Consiglio dei Ministri di non esercitare il *golden power* in una operazione di cessione di quote societarie di una azienda sanitaria del Molise, escludendolo.

Più in particolare, il Consiglio di Stato, confermando la sentenza di *prime cure* del T.A.R. per il Lazio, sez. I, 12 luglio 2024, n. 14158, ha ritenuto legittima la nota della Presidenza del Consiglio dei Ministri con cui si era negata l'ostensione della decisione del Consiglio dei ministri di non esercitare il *golden power* nella cessione delle quote di Gemelli Molise s.p.a. (poi acquisite da Responsible s.p.a.), trattandosi di documentazione sottratta al diritto di accesso, ai sensi dell'articolo 24, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241 e dell'art. 13 del d.P.C.M. 1° agosto 2022, n.133, se non per l'ipotesi di accesso difensivo, *ex* articolo 24, comma 7, della l. n. 241/1990, non ricorrente però nella fattispecie oggetto di controversia.

Pertanto, il consigliere regionale della regione Molise ha visto soccombere il proprio diritto di conoscere tali atti, sul presupposto per cui «la dialettica tra il diritto/dovere di un consigliere regionale di conoscere atti in possesso dell'amministrazione, nell'ambito dell'esercizio del suo fondamentale ruolo di controllo politico dell'attività della pubblica amministrazione, in un contesto di democrazia partecipata e partecipativa, e la riservatezza che la legge impone di osservare rispetto a documentazione in relazione alla quale entrano in gioco interessi contrapposti, si risolve in favore della seconda nelle ipotesi in cui il sindacato (cui rimanda la richiesta di accesso) non sia relativo ad atti dell'ente di appartenenza dell'istante e laddove, in ogni caso, le disposizioni primarie e secondarie consentono di negare l'accesso per la tutela di contrapposti (e superiori) interessi dell'amministrazione e di soggetti terzi. Deve infatti assicurarsi una ragionevole proporzione e un equilibrio tra gli opposti e meritevoli interessi, coinvolti dall'accesso a documenti amministrativi, nelle ipotesi in

cui non ricorrano esigenze di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della legge 7 agosto 1990, n. 241»[1].

2. La disciplina dell'accesso agli atti dei consiglieri regionali.

La pronuncia che si commenta pone l'attenzione sulla delicata questione dei limiti all'accessibilità di alcuni documenti amministrativi, per via della necessità di assicurare un equilibrato e bilanciato contemperamento fra gli interessi contrapposti che specificatamente vengono in gioco.

Una tematica, questa, che assume particolare rilievo nell'attuale contesto storico posto che, da più di una decina di anni, l'ordinamento pubblicistico ha visto notevolmente rafforzare i principi di pubblicità e trasparenza[2] degli atti amministrativi, al fine di assicurare la piena accessibilità dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, così come stabilisce il d.lgs. n. 33 del 2013.

Già prima dell'affermazione e del riconoscimento del principio di trasparenza come piena accessibilità dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni da parte del cittadino, nella prospettiva di garantire un controllo generale e diffuso sull'operato di queste ultime, ossia sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, nonchè per promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, il nostro ordinamento conosceva forme di accesso ai documenti amministrativi speciali rispetto alla disciplina generale di cui alla l. n. 241/1990.

Fra le discipline di settore, derogatorie rispetto a quella generale di cui alla l. n. 241/1990, certamente vi è l'istituto del di-

[1] Così in motivazione lo stesso il Consiglio di Stato, 13 gennaio 2025, n. 171.

[2] R. Villata, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. Amm.*, 1987, 529 ss.; G. Arena, *Trasparenza amministrativa e democrazia*, in G. Berti, G.C. de Martin, *Gli istituti di democrazia amministrativa*, Milano, 1996, 22 ss.; A. Sandulli, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2005; 494; M.A. Sandulli, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi,* (voce) *Enc. Dir.*, appendice di aggiornamento IV, Milano, 2000, 1 ss.; M. Ciammolo, *La legittimazione ad accedere ai documenti amministrativi (prima e dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15*, *Foro amm. T.a.r.*, 2007, 1198 ss.; C. Marzuoli, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in F. Merloni, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, Milano, 2008, 45 ss.; F. Merloni, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d. lgs. n. 33 del 2013*, in B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013, 18 ss.; M. Cocconi, *L'acquisizione di documenti da parte di soggetti pubblici: diritto d'accesso o principio di leale cooperazione istituzionale?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1, 58; M.C. Cavallaro, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. Amm.* 2015, 121, ss.; F. Manganaro, *Evoluzione del principio di trasparenza*, in *Studi in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, 639; Id., *Trasparenza e obblighi di pubblicazione*, in *Nuove autonomie*, 2014, 553 ss.; Id., *Trasparenza e digitalizzazione, in Dir. e proc. amm.,* 1/2019, 25 ss; I.M. Marino, *Sulla funzione statutaria e regolamentare degli enti locali*, ora in A. Barone (a cura di), *Scritti Giuridici*, tomo II, Napoli, 2015, 1294-1316; D.U. Galetta, *Trasparenza e contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione, fra realtà e falsi miti,* Relazione al congresso annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto amministrativo, *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, Roma, 7-8 ottobre 2016; A.G. Orofino, *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione, controllo civico*, Bari, 2020; M.R. Spasiano, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 83; M.A. Sandulli - L. Droghini, *La trasparenza amministrativa nel FOIA italiano. Il principio di conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione,* in *federalismi,* 2019, 401 ss.; M. Savino, *The Right to Open Public Administrations in Europe: Emerging Legal Standards*, Parigi, OECD-OCSE, Sigma Paper n. 46, 2010, 1-41; Id., *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, 3/2019, 453 ss.; F. Fracchia - E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, 55; A. Barone, *La trasparenza amministrativa*, in Aa.Vv., *Diritto pubblico per l'economia e gli studi sociali*, A. Barone - C. Colapietro - G. Seges, Torino, 2024; A. Corrado, *Il principio di trasparenza e i suoi strumenti di attuazione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa,* Milano, 2024, 187-220.

ritto di accesso previsto nell'ordinamento locale, che ancora oggi disciplina due differenti ipotesi.

Un primo riferimento normativo si rinviene nell'art. 10 d.lgs. n. 267/2000 (Testo unico degli enti locali o T.U.E.L.) che titola: «diritto di accesso e di informazione». Tale norma, come noto, sancisce la pubblicità di tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale, ad eccezione di quelli riservati per espressa previsione di legge o per motivata e temporanea decisione del sindaco o del presidente della provincia, in ragione della necessità di tutela della riservatezza di persone, gruppi o imprese.

Tale disposizione normativa, oggi da coordinarsi con la disciplina di cui al d.lgs. n. 33/2013[3], già in passato assicurava a tutti i cittadini residenti nel comune o nella provincia di riferimento, singoli o associati, il diritto di accedere a tali atti amministrativi, nonché di avere informazione sullo stato degli atti o delle procedure pendenti dinanzi all'amministrazione stessa.

Seconda ipotesi di accesso prevista nella normativa degli enti locali è quella di cui all'art. 43 T.U.E.L., che più direttamente ci interessa. Tale norma disciplina l'accesso dei consiglieri comunali e provinciali a tutte le notizie e informazioni utili all'espletamento del proprio mandato. Un accesso, dunque, funzionale all'efficace ed efficiente svolgimento dell'incarico consiliare.

È noto, che tale norma sia espressione del principio di democrazia partecipativa e di rappresentanza esponenziale tanto che tale istanza di accesso non si collega solo all'interesse precipuo del singolo consigliere a conoscere questa o quella informazione, piuttosto alla cura del più generale interesse pubblico connesso all'espletamento del mandato[4].

Tale istanza di accesso, infatti, mira a consentire al singolo consigliere di avere piena cognizione dell'operato consiliare, così da poter esprimere in maniera consapevole il proprio voto su tutte le questioni di competenza del consiglio comunale ed eventualmente di promuovere ulteriori iniziative o proposte. Pertanto, il bisogno di conoscenza del titolare di una carica elettiva si pone in rapporto di strumentalità con la funzione di indirizzo e di controllo politico-amministrativo, di cui è investito, nell'ordinamento dell'ente locale, il consiglio comunale.

La stessa *ratio* sottesa alla fattispecie normativa appena richiamata, ossia di garantire il principio democratico dell'autonomia territoriale e della rappresentanza esponenziale, regge la disciplina posta dalle specifiche leggi regionali, volta a regolamentare l'accesso agli atti da parte dei consiglieri regionali.

Così come per i consiglieri comunali e provinciali, il diritto di accesso riconosciuto ai consiglieri regionali non richiede una motivazione dettagliata, né una puntuale dimostrazione delle attività consiliari che si andranno a svolgere e neppure la dimostrazione di un eventuale pregiudizio che dalla mancata ostensione dei documenti richiesti potrebbe derivare.

Il diritto di accesso del consigliere regionale è infatti funzionale non tanto all'interesse del Consigliere regionale, ma alla cura dell'interesse pubblico connesso al manda-

[3] Si veda come esempio recente: ANAC, delibera n. 797 del 6 dicembre 2021 sull'istanza di accesso al piano di riequilibrio finanziario pluriennale e relativi limiti.

[4] Cfr. fra le sentenze recenti: Cons. Stato, sez. V, 10 ottobre 2022, n. 8667; Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2021, n. 4792.

to conferito, essendo strumentale a garantire un controllo "qualificato" sul comportamento degli organi decisionali dell'ente di riferimento[5].

Pertanto, l'esercizio di tale diritto di accesso non richiede particolari vincoli motivazionali, ciò al fine di garantire che il consigliere possa svolgere il proprio mandato scevro da condizionamenti.

Tuttavia, questo non significa che lo stesso possa esercitarsi incondizionatamente.

È pacifico che l'esercizio del diritto di accesso – che sia quello documentale di cui alla l. n. 241/1990, o quello civico generalizzato ai sensi dell'art. 5-*bis* del d.lgs n. 33/2013, o quello di cui alla particolare fattispecie in esame – incontri sempre dei limiti o comunque un contemperamento, più o meno incisivo a seconda della disciplina di riferimento, nel bisogno di assicurare la tutela di interessi contrapposti rispetto a quelli sottesi alla istanza di accesso. Ne sono esempi: il rispetto del segreto d'ufficio, della riservatezza altrui, dei dati commerciali o industriali di terzi coperti da segreto o comunque riservati.

La tutela di interessi antagonisti, pertanto, salvo che non si traduca, per legge, in un limite assoluto alla conoscibilità degli atti o documenti amministrativi – come, ad esempio, accade in materia di segreto di Stato[6] – necessitano di un bilanciamento in concreto, in ossequio e nel rispetto del principio di proporzionalità[7] che costituisce, insieme al principio di trasparenza, uno dei valori fondanti il nostro ordinamento democratico[8].

3. Esercizio del *golden power* e l'impenetrabilità di tale potere.

Nella vicenda in esame, il documento fatto oggetto di istanza da parte di un consigliere regionale del Molise atteneva alla decisione del Consiglio dei ministri di non esercitare il *golden power* nella operazione di cessione di quote societarie di una azienda sanitaria, il Gemelli Molise s.p.a. Tali quote sarebbero poi state acquisite da altra società, la Responsible s.p.a. società benefit.

Prima di soffermarci sulle ragioni del diniego, così come dispiegate in sentenza, la peculiarità del provvedimento fatto oggetto di istanza, richiede di ripercorrere – seppur succintamente – la disciplina del *golden power*[9].

[5] Cons. di Stato, sez. IV, n. 846/2013; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, sent. n. 656/2017.

[6] P. Barile, *Democrazia e segreto*, in *Quad. cost.*, 1, 1987, 32; T.F. Giupponi, *Segreto di Stato (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, Annali X, Milano, 2017, 856 ss.; S. Perongini, *Introduzione* a *Il segreto di Stato. Un'indagine multidisciplinare sull'equo bilanciamento di ragioni politiche e giuridiche*, Torino, 2022, XIV; R. Bifulco, *Segreto e potere politico*, in *Enc. Dir.*, I Tematici, V, Milano, 2023, 1096 ss.; S. Tranquilli, *Il segreto in giudizio. Contributo allo studio del rapporto tra diritto di difesa e tutela della segretezza nel processo amministrativo*, Napoli, 2023.

[7] In generale, sul principio di proporzionalità: A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; V. Fanti, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012; D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'unione europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2019, 907 ss.

[8] V. Fanti, *Segreto di Stato e attività di intelligence: tutela dei diritti dei cittadini tra proporzionalità e trasparenza*, manoscritto, di prossima pubblicazione su *Dir. e proc. amm.*, 3/2025.

[9] L. Belviso, Golden power. *Profili di diritto amministrativo*, Torino, 2023; G. Della Cananea-L. Fiorentino (a cura di), *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, Napoli, 2020; G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa del* golden power *e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 549 ss.; A. Sandulli, *La febbre del* golden power, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 743 ss.; R. Chieppa, *La nuova disciplina del* golden power *dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*, in *Federalismi,* 2022, 1-28;

Siamo di fronte, infatti, a una normativa che regolamenta l'esercizio di un potere speciale del Governo, con cui si è inteso assicurare la tutela di interessi strategici nazionali nei confronti di operazioni di investimento estere, extra-europee ma anche intra-europee.

Un potere particolarmente ampio e penetrante, capace di incidere su operazioni societarie ed economiche per salvaguardare *asset* ritenuti strategici per la cura di interessi nazionali, dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente qualificato come atto di alta amministrazione[10] – non già come atto politico – per consentirne, sebbene con tutti i limiti che tale tipologia di provvedimento pone, un sindacato per lo meno in termini di manifesta illogicità o irragionevolezza, ma anche di proporzionalità[11].

Conferme sulla natura amministrativa di tale provvedimento si traggono dalla stessa disciplina normativa sul *golden power* che consente di sostenere che, per quanto si tratti di poteri speciali che si muovono su un terreno ibrido[12], non siano poteri liberi nel fine (essendo circoscritti e disciplinati dagli artt. 1 e 2 del d.l. n. 21/2012) e che l'esercizio dei medesimi si snodi nel rispetto di un iter procedimentale precipuo, in cui è possibile individuare – alla stregua della legge generale sul procedimento amministrativo – una pluralità di fasi (iniziativa, istruttoria e decisoria) che dovrebbero assicurare quelle garanzie minime di partecipazione al destinatario del provvedimento, sebbene sul punto la dottrina non abbia mancato di evidenziare alcune zone grigie.

Si tratta di un potere, dunque, connotato da amplissima discrezionalità, tanto da far ritenere – e su questo la dottrina è molto critica[13] – che non sia nemmeno necessario che tale decisione venga supportata da una approfondita e congrua motivazione, essendo sufficiente una motivazione limitata, trattandosi di atti governativi adottati per la cura di interessi pubblici di carattere assolutamente generale.

Tale potere si sostanzia essenzialmente nella facoltà di porre il veto rispetto all'adozione di determinate delibere, atti e operazioni delle imprese che gestiscono attività strategiche in specifici settori, di dettare impegni e condizioni in caso di acquisito di partecipazioni in tali imprese, ovvero di

---

M. Clarich, *La disciplina del* golden power *tra Stato, mercato ed equilibri geopolitici*, in *Giur. Comm.*, 2024, 702 ss.; S. De Nitto, *I* golden power *nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale*, in *Dir. amm.*, 2022, 553-58; L. Masotto, *Il* golden power *alla prova del procedimento e del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 663 ss.; R. Angelini, *Stato dell'arte e profili evolutivi dei poteri speciali: al crocevia del* golden power, in *Rivista di dir. soc*, 3, 2018, 706 ss. Per un rapido inquadramento generale della disciplina si veda anche il sito: *https://temi.camera.it/leg19/post/19_la-salvaguardia-degli-assetti-strategici-inquadramento-generale.html.*

[10] Sia sufficiente richiamare: L. Belviso, Golden power. *Profili di diritto amministrativo*, cit.; A. Sandulli, *La febbre del* golden power, op. cit; R. Chieppa, *La nuova disciplina del* golden power *dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*, op. cit. In generale, poi, sull'atto politico e sugli atti di alta amministrazione si veda: A. Contieri - F. Francario - M. Immordino - A. Zito, *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010.

[11] Sui temi, anche criticamente: F. Cintioli, *La natura amministrativa della decisione sull'esercizio dei poteri speciali e la sua sottoposizione al sindacato del giudice amministrativo*, in Aa.Vv., *Golden power*, a cura di R. Chieppa - C.D. Piro - R. Tuccillo, 2023; E.M. Tepedino, Golden powers: *i poteri speciali del governo al vaglio del giudice amministrativo*, in *Amministrazione in cammino*, Roma, giugno 2022, 11 ss.; D. Ielo, *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti* "Golden powers", in *Riv. interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 4/2021, 62 ss.

[12] Così: A Sandulli, *La febbre del* golden power, cit., 753.

[13] M. Trimarchi, *Potere dorato, potere segreto*, relazione tenuta a Convegno su "Segreto, sicurezza dello Stato e *discovery* delle informazioni di intelligence, svoltosi presso l'Università degli studi di Foggia, Dipartimento di Giurisprudenza, in data 26 settembre 2024 e di prossima pubblicazione su *Dir. e proc. amm.* 3/2025.

opporsi all'acquisto delle medesime partecipazioni.

Le emergenze che hanno attraversato l'ordinamento negli ultimi anni, dalla pandemia da Covid-19 alla recente guerra fra Russia e Ucraina, hanno portato il legislatore ad ampliare notevolmente l'ambito oggettivo di applicazione di tali poteri speciali, estendendo la disciplina a settori diversi da quelli per i quali era stato originariamente previsto, come la difesa e la sicurezza nazionale, e a riscrivere più volte la disciplina di cui al d.l. del 15 maggio 2012, n. 21[14].

Fra i nuovi settori strategici, oltre quello dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, anche nel settore della comunicazione elettronica a banda larga basata sulla tecnologia di quinta generazione (5G) e cloud, è stato fatto rientrare il settore sanitario e farmaceutico, dapprima solo in via provvisoria – a ridosso del periodo pandemico, con il d.l. n. 23/2020 – e poi, in maniera stabile. Con il decreto legge n. 21/2022, infatti, si è modificato l'art. 2, comma 5, del d.l. n. 21/2012, stabilizzando quello che era il regime temporaneo e allineando la disciplina nazionale a quella europea di cui all'art. 4, comma 1, del Regolamento (UE) 2019/452 che, a sua volta, individua fra i fattori che possono essere presi in considerazione dagli Stati membri perché in grado di incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, quelli inerenti infrastrutture critiche, tra cui è menzionata la sanità.

Il caso oggetto di esame rientra proprio in questo ambito, sebbene il governo nazionale abbia poi deciso di non esercitare tale potere. E proprio tale decisione è stata fatta oggetto di istanza da parte del consigliere regionale.

Sia il T.A.R. per il Lazio che il Consiglio di Stato, confermando la pronuncia del giudice di prime cure, hanno ritenuto legittimo il diniego all'istanza di accesso per diversi ordini di ragioni.

La prima ragione, quella per vero assorbente, come meglio si dirà, è che la decisione del Consiglio dei ministri di non esercitare il *golden power* fosse inaccessibile ai sensi dell'art. 9 del d.P.R. 25 marzo 2014, n. 86, rientrando, tale atto, nella documentazione sottratta al diritto di accesso, ai sensi dell'articolo 24, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241 e dell'art. 13 del d.P.C.M. 1° agosto 2022, n.133, se non per la sola ipotesi di accesso difensivo, *ex* articolo 24, comma 7, della l. n. 241/1990, non sussistente nel caso di specie.

Seconda ragione, che pur volendo valorizzare il fatto che il consigliere avesse presentato tale istanza in forza delle prerogative sottese al proprio mandato istituzionale, il medesimo avrebbe dovuto chiedere l'accesso limitatamente agli atti in possesso della regione Molise o di enti pubblici ad essa riferibili, sempre nel rispetto dei limiti generali fissati dalla normativa primaria.

Terza e ultima ragione, valutata in via gradata, che anche qualora l'istanza del consigliere regionale fosse stata formulata non già nell'esercizio delle sue prerogative politiche, bensì come comune cittadino – pertanto, ai sensi della disciplina dell'accesso civico generalizzato di cui al d.lgs. n. 33/2013 – l'esito sarebbe stato il medesimo posto che l'art. 5-*bis*, comma 2, del suddetto decreto richiede un contemperamento in concreto fra contrapposti interessi, escludendo l'ostensione degli atti e documenti amministrativi ogniqualvolta sia necessario assicurare la libertà e segretezza della corrispondenza, nonché interessi economici e

[14] Per ripercorrere rapidamente l'evoluzione normativa che ha interessato la disciplina in esame sia sufficiente consultare il sito: *https://temi.camera.it/leg19/post/19_la-salvaguardia-degli-assetti-strategici-inquadramento-generale.html*.

commerciali di una persona fisica o giuridica, compresa l'ipotesi di segreto commerciale, industriale o la tutela della proprietà intellettuale d'autore.

4. Proporzionalità, pertinenza, riservatezza, tutela del terzo e altre disquisizioni giuridiche a giustificazione dei limiti alla conoscibilità di tali atti... solo uno specchio per le allodole.

Le ragioni espresse in sentenza e poste alla base del diniego sono tenute fra loro ben salde. Il consiglio di Stato, però, si sofferma un po' più dettagliatamente proprio sull'ultimo aspetto, ovvero sul sindacato, in termini di proporzionalità, fra interessi fra loro confliggenti, quello alla trasparenza di cui al d.lgs. n. 33/2013, da un lato, e quello della riservatezza o segretezza individuale dall'altro.

È noto, infatti, che nel corso degli ultimi anni il principio di trasparenza[15] sia stato notevolmente rafforzato, così contribuendo a consacrare il passaggio da una amministrazione burocratica verso un'amministrazione sempre più al servizio dei cittadini, sempre più aperta e trasparente.

Il principio di trasparenza, declinato in forma di accessibilità totale agli atti e documenti dell'amministrazione, ha contribuito da un lato, a portare a compimento il processo di democratizzazione dell'amministrazione pubblica, dall'altro, a implementare forme di democrazia partecipata da parte dei singoli cittadini. Una trasparenza amministrativa, dunque, che non si declina più semplicemente in termini di diritto di accesso, bensì anche come vero e proprio diritto all'informazione.

Nonostante l'affermazione del principio di trasparenza come condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, bensì anche dell'imparzialità, della qualità, dell'efficienza dell'azione amministrativa nella prospettiva del riconoscimento di un vero e proprio diritto ad una buona amministrazione[16], il medesimo principio necessita pur sempre di una corretta e consapevole applicazione, non potendo travalicarsi surrettiziamente i limiti dell'altrui riservatezza o del segreto, individuale o pubblico che sia[17].

[15] Per la bibliografia sul principio di trasparenza si rinvia alla nota 2.

[16] R. Resta, *L'onere di buona amministrazione*, in Annali Macerata, 1938, poi in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Padova, 1940, 104 ss. U. Allegretti, *Corte Costituzionale e Pubblica Amministrazione*, in *Le Regioni*, 1982, 1186; A. Andreani, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979; P. Barile, *Il dovere di imparzialità della P.A.*, in *Scritti in onore di P. Calamandrei*, Padova, 1958, IV, 136; G. Berti, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, 1986, 160; P. Calandra, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, 1987; G. Falzone, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953; N. Speranza, *Il principio di buon andamento – imparzialità nell'art. 97 Cost.*, FA, 1972, II, 86; R. Ferrara, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir. e proc. amm*, 2010, 31 ss.; A. Massera, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2011, 22 ss.; M.R. Spasiano, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli, 1995; Id., *Profili di organizzazione della pubblica amministrazione in cinquanta anni di giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Diritto Amministrativo e Corte Costituzionale*, a cura di G. Della Cananea - M. Dugato, Napoli, 2006, 163 ss.; Id., *Trasparenza e qualità dell'amministrazione*, in *Studi in onore di Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, III, 1435; Id., *Il principio di buon andamento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2023.

[17] G.P. Cirillo, *Diritto all'accesso e diritto alla riservatezza: un difficile equilibrio mobile,* 2004, in www.giustizia-amministrativa.it; M. Clarich, *Trasparenza e diritti della personalità nell'attività amministrativa*, convegno su "Trasparenza e protezione dei

E infatti, richiamando consolidata giurisprudenza, il Consiglio di Stato evidenzia la necessità di garantire una «ragionevole proporzione e un equilibrio fra gli opposti e meritevoli interessi coinvolti dall'accesso ai documenti amministrativi»[18].

A dire del Consiglio di Stato, la dialettica tra il diritto/dovere di un consigliere regionale di conoscere atti in possesso dell'amministrazione, pur nell'ambito dell'esercizio del suo fondamentale ruolo di controllo politico dell'attività della pubblica amministrazione, in un contesto di democrazia partecipata e partecipativa, e la riservatezza che la legge impone di osservare rispetto a una documentazione in relazione alla quale entrano in gioco interessi contrapposti, si risolve in favore della seconda nelle ipotesi in cui il sindacato (cui rimanda la richiesta di accesso) non sia relativo ad atti dell'ente di appartenenza dell'istante e laddove, in ogni caso, le disposizioni primarie e secondarie consentono di negare l'accesso per la tutela di contrapposti (e superiori) interessi dell'amministrazione e di soggetti terzi.

L'esito non sarebbe stato diverso se l'istanza d'accesso fosse stata formulata ai sensi dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33/2013.

Orbene, stando alla motivazione del giudice amministrativo, nel caso di specie, il diritto di conoscere, sia che fosse stato giustificato in ragione di un precipuo ruolo istituzionale – quello di consigliere regionale – che ha nella democrazia partecipata il proprio fondamento, sia che fosse stato manifestato quale espressione più generale del principio di trasparenza, intesa come accessibilità totale agli atti e ai documenti dell'amministrazione, legittimamente deve farsi retrocedere dinanzi a preminenti interessi di terzi e dell'amministrazione, a maggior ragione perché trattasi di atti di amministrazione diversa rispetto a quella cui il cittadino e/o il cittadino qualificato, qual è il consigliere regionale, appartiene.

Ebbene, nella motivazione a sostegno della legittimità del diniego, il giudice amministrativo fa leva sull'esigenza di veder tutelati i diritti dei terzi e dell'amministrazione, senza distinguere (o meglio uniformemente considerando) l'ipotesi di accesso dispiegata in qualità di consigliere, per l'assolvimento del proprio ruolo istituzionale, nonché l'ipotesi gradata di esercizio d'accesso nella forma – meno vincolata nei presupposti – dell'accesso civico generalizzato.

È pacifico[19], oramai, che le diverse forme di accesso possano anche fra loro cumularsi e che le relative istanze possano proporsi in via gradata, così come è pacifico che l'accesso qualificato dalla presenza di specifici presupposti (che sia l'accesso documentale cui alla legge generale sul procedimento amministrativo o le forme speciali di accesso che si rinvengono nelle discipline di settore, come quella oggetto di esame) e l'accesso civico generalizzato divergano non solo per finalità e requisiti (si pensi al-

dati personali nell'azione amministrativa", Roma, 11 febbraio 2004, consultabile al sito *www.giustizia-amministrativa.it*; C. Colapietro, *Il complesso bilanciamento fra principio di trasparenza e il diritto alla privacy: la disciplina delle diverse forme di accesso e degli obblighi di pubblicazione*, in *www.federalismi.it*, 2020, 64 ss.; V. Fanti, *La trasparenza amministrativa tra principi costituzionali e valori dell'ordinamento europeo: a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale (n. 20/2019)*, in *www.federalismi.it,* 4 marzo 2020; O. Pollicino - F. Resta, *Visibilità del potere, riservatezza individuale e tecnologia digitale. Il bilanciamento delineato dalla Corte*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, 110 ss.

[18] Consiglio di Stato, sez. V, 26 maggio 2020, n. 3345; Consiglio di Stato, sez. II, 28 marzo 2023, n. 3160; T.A.R. Lazio, sez. I, sentenza 11 maggio 2024, n. 9314.

[19] Cfr. Cons. stato, Ad. Pl., n. 10/2020.

le differenze relative all'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione) bensì anche – e soprattutto – per il diverso grado di profondità di conoscenza consentito.

Nel caso di specie, l'assimilazione nell'esito sembra essere giustificata dalla similare finalità che contraddistingue l'accesso civico generalizzato e l'accesso di un consigliere, ossia l'esercizio di un controllo democratico sul corretto esplicarsi dell'attività amministrativa.

Ciò non toglie però che quello del consigliere regionale sia un controllo qualificato, un controllo politico sull'esercizio dell'attività amministrativa da parte dell'organo di appartenenza, certamente – ove consentito – di portata ben più ampia dell'altro, giustificandosi nella necessità di un efficace espletamento del proprio mandato.

Per cui, a parità di condizioni, sussistendo tutti i presupposti di legittimazione, sarebbe questa l'istanza capace di fornire maggiori garanzie di accesso.

Restando, però, per il momento, al dato della sussistenza di interessi confliggenti, appartenenti a terzi e all'amministrazione, non può non evidenziarsi la fragilità e l'apoditticità della motivazione del giudice amministrativo – evidentemente posta più a corredo che a fondamento motivazionale.

Non può non ricordarsi che nell'era della trasparenza amministrativa, la definizione dei limiti e delle eccezioni al diritto di accesso ai documenti e alle informazioni della amministrazione non si invera sempre in preclusioni assolute, implicando un concreto bilanciamento fra accessibilità, da un lato, e riservatezza e/o segreto[20], dall'altro, cosa che non sempre porta a un diniego, potendosi valutare strumenti diversi qual è il differimento oppure, l'oscuramento di dati sensibili ma anche semplicemente la pubblicazione per estratto delle decisioni finali di specifici procedimenti di pubblico interesse, oppure ancora il rilascio di informazioni di pubblico interesse per la sola parte del documento o delle informazioni non oggetto di "censura".

Ciò varrebbe tanto per l'ipotesi di istanza di accesso qualificata (ossia esperita facendo valere il ruolo di consigliere regionale, dovendo questi poter avere accesso anche solo a notizie o informazioni utili per l'espletamento del proprio mandato) sia per l'istanza formulata in termini di accesso civico generalizzato, altrimenti depotenziandosi e vanificandosi le esigenze di controllo democratico sottese al principio di trasparenza.

Il diritto di accesso, infatti, costituisce un principio generale del nostro ordinamento democratico, ragion per cui i limiti e le eccezioni al medesimo debbono interpretarsi rigorosamente e restrittivamente, dovendo valutarsi anche ipotesi alternative al mero diniego.

Ma vi è un secondo dato che porta il giudice amministrativo ad appaiare, nell'esito, le due paventate forme d'istanza d'accesso: il fatto che il documento che si chiede di conoscere non sia riconducibile all'amministrazione di appartenenza del consigliere regionale. Quest'ultimo – si legge in sentenza – avrebbe dovuto chiedere l'accesso limitatamente agli atti in possesso della regione Molise o di enti pubblici ad essa rife-

[20] Sia sufficiente rinviare ai chiarimenti dell'ANAC (delibera 29 dicembre 2016, n. 1309) alla disciplina dei limiti all'accesso civico generalizzato di cui all'art. 5-*bis* d.lgs. n. 33/2013 e alle circolari della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 2/2017 e 1/2019. Sui temi: C. Deodato, *La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?*, *www.giustizia-amministrativa.it*, 20 dicembre 2017; M. Lipari, *Il diritto di accesso e la sua frammentazione dalla legge n. 241/1990 all'accesso civico: il problema delle esclusioni e delle limitazioni oggettiva*, *www.federalismi.it*, 2019.

ribili, sempre nel rispetto dei limiti generali fissati dalla normativa primaria.

Orbene, il requisito della pertinenza – come limite intrinseco per l'esercizio di questa speciale istanza di accesso – si spiega in ragione del fatto che il bisogno di conoscenza del titolare di una carica elettiva si ponga in rapporto di strumentalità con la funzione di indirizzo e di controllo politico-amministrativo, di cui è investito, nell'ordinamento dell'ente locale, l'organo di appartenenza.

Questo limite oggettivo – ossia della accessibilità ai soli documenti dell'amministrazione di riferimento – risponde alla finalità di garantire il rispetto del principio della separazione dei poteri. Pertanto, si esclude in una interpretazione estensiva della normativa di riferimento volta a ricomprendere fra gli atti dell'amministrazione di appartenenza tutti quegli atti, anche posti da organi differenti, aventi però ricadute sul territorio.

Ciò vale a maggior ragione nel caso di specie, in cui il documento di cui si chiede l'ostensione è un atto di alta amministrazione, una decisione presa dal Consiglio dei Ministri.

È evidente, dunque, che la ragione sottesa è di evitare un controllo democratico multilivello (o decentrato, se si preferisce) su tali atti amministrativi. Se si ammettesse, il fondato timore è che si creerebbe probabilmente un cortocircuito democratico inaccettabile, non potendo consentirsi un sindacato politico da parte di organi espressione della democrazia territoriale, locale, su un potere del governo centrale a sua volta frutto di scelte ampiamente discrezionali giustificate dall'esigenza di veder tutelati interessi nazionali strategici, pur avendo ricadute territoriali, producendo cioè i loro effetti su scelte e decisioni che impattano poi sul territorio regionale.

Purtuttavia, tale rischio, sebbene fondato, non giustifica di per sé l'esclusione del diritto di accesso. Resta, ad esempio, ancor oggi emblematico il caso di avvenuto riconoscimento – in sede giurisdizionale a seguito d'impugnazione del diniego – della legittimità del diritto di accesso agli atti e documenti del procedimento di approvazione di un progetto definitivo del DIPE (Dipartimento programmazione e Coordinamento della Politica Economica), relativo al collegamento viario Ragusa-Catania, da parte degli enti locali interessati alla realizzazione dell'opera[21].

La verità è che, fondamentalmente, la ragione dell'esclusione dell'accesso la si fa risalire alla *voluntas legis*, ossia nel richiamo ai limiti di cui all'art. 24, comma 2, l. n. 241/1990.

Purtuttavia, anche su questo limite è necessario qualche chiarimento.

Come noto, il limite di cui all'art. 24, comma 2, l. n. 241/1990 trova applicazione sia per le ipotesi di accesso documentale, sia disciplinato dalla legge generale sul procedimento amministrativo, sia che si tratti di fattispecie c.d. speciali (come quella in esame dell'accesso del consigliere), sia nell'ipotesi di accesso civico generalizzato, sebbene per quest'ultimo il rinvio al comma 2 dell'art. 24, l. n. 241/1990 abbiano sollevato non pochi dubbi nella definizione delle modalità di attuazione[22].

L'art. art. 24, comma 2, della l. n. 241 del 1990 consente alle amministrazioni di precisare le fattispecie di esclusione dell'acces-

[21] Cons. Stato, 20 dicembre 2019, n. 1468.

[22] C. Deodato, *La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?*, cit.; M. Lipari, *Il diritto di accesso e la sua frammentazione dalla legge n. 241/1990 all'accesso civico: il problema delle esclusioni e delle limitazioni oggettiva*, *www.federalismi.it*, 2019; A. Berti, *Il dedalo delle limitazioni assolute dell'accesso civico generalizzato*, al sito *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021

so già individuate dal legislatore nell'art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990, esplicitando i casi di segreto o di divieto di divulgazione per gli atti rientranti nella propria disponibilità. Diversamente, l'art 24, comma 2, non dovrebbe consentire alle amministrazioni di disciplinare autonomamente ipotesi di esclusione rientranti nella disciplina regolamentare di cui al comma 6 del medesimo articolo, diversamente ampliandosi oltremodo il loro potere discrezionale, perché così facendo si assegnerebbe loro una discrezionalità regolatoria incompatibile con il principio generale di accessibilità e trasparenza.

Nel caso di specie, la legittimazione a disciplinare, o meglio, a esplicitare le ipotesi di esclusione del diritto di accesso è data dal fatto che, ai sensi del combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 24 richiamato, la fattispecie in esame rientri in quelle ipotesi in cui il divieto di divulgazione è espressamente previsto dalla legge, in particolare ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 2, comma 5, del d.l. n. 21/2012, dell'art. 9, d.p.r. n. 86/2014 e art. 13, d.p.c.m. n. 133/2022. Queste disposizioni normative trovano, fra l'altro, un conforto nei vincoli di riservatezza comunque imposti dalla disciplina europea (si vedano in particolare gli artt. 10 e 3, comma 4 del Reg. UE 2019/452).

Queste norme interne cui si è fatto riferimento, sebbene non classifichino espressamente come segreto o riservato il documento di cui si chiede l'ostensione, escludono genericamente che le informazioni, i dati e le notizie contenute nei documenti originati dalle pubbliche amministrazioni per le finalità di cui è questione siano accessibili, se non per il caso di accesso difensivo.

Orbene, ci si rende conto che vi è innanzitutto una volontà politica di mantenere sostanzialmente oscurate determinate decisioni.

D'altra parte, si evince anche che, pur a fronte di pregevoli disquisizioni sui limiti di proporzionalità e adeguatezza ai fini della tutela della riservatezza dei terzi o dell'amministrazione, la stessa giurisprudenza si rifugia dietro la preclusione *ope legis*, che, come detto, lascia margini di apertura limitatamente alle sole ipotesi di accesso difensivo.

Va altresì ricordato, però, che in via generale, il limite di cui all'art. 24, comma 2, è stato interpretato nel senso di non implicare, per le ipotesi di istanze di accesso civico generalizzato, una preclusione assoluta all'accesso, dovendosi compiere un bilanciamento nel caso concreto.

Purtuttavia, come dimostrato, nel caso di specie, trattandosi di decisioni giustificate per la cura e la tutela di interessi strategici nazionali, ogni disquisizione in termini di proporzionalità e ragionevolezza[23], fuori dall'ipotesi di accesso difensivo, diviene velleitaria.

In definitiva ciò che emerge è che il *golden power*, anche con l'avvallo di una deferente giurisprudenza nazionale, si manifesti come un potere tendenzialmente segreto, che consente margini di accessibilità nella limitata ipotesi di accesso difensivo, anche in questo caso, inverati tutti i presupposti di legge, come noto stringenti (*ex* art. 24, comma 7, l. n. 241/1990).

Le ragioni, evidentemente politiche, sono da ricercarsi nella volontà di tutelare interessi pubblici ritenuti strategici.

Possiamo ritenere, dunque, che ancora oggi, nell'era della trasparenza, in alcune ipotesi, come quella in esame, il segreto resti lo strumento per preservare l'esercizio di

[23] M.P. Vipiana, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993.

funzioni sovrane, dispiegate in nome di superiori interessi pubblici che, evidentemente, necessitano di essere tutelati anche a garanzia dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico.

Ciò non toglie però che dovrebbe essere necessario circoscrivere o individuare più specificatamente, già a livello normativo, le ipotesi in cui sia legittimo ricorrere all'esercizio di tali poteri, altrimenti gli stessi non potrebbero dirsi "speciali", e poi, che la logica del segreto dovrebbe sempre considerarsi come *extrema ratio*.

Meritano, in particolare, di essere segnalate quelle voci in dottrina[24] che, al fine di rendere un po' meno opachi i vetri dell'amministrazione centrale, specie nel caso di esercizio di questi poteri speciali, auspicano, in linea con la maggiore democraticità che il principio di trasparenza vorrebbe assicurare, per lo meno una conoscibilità postuma di tali decisioni, ossia a procedimento concluso, da assicurarsi anche solo con la pubblicazione per estratto del provvedimento o, eventualmente, fornendo una nota riepilogativa, che offra maggiori dettagli, all'intero della relazione annuale che viene presentata al Parlamento *ex* art 3-*bis* del decreto n. 21/2012.

5. Uno sguardo oltre confine per qualche ulteriore riflessione critica.

A sostegno dell'analisi sin qui svolta, pare opportuno richiamare recente giurisprudenza europea che ci consente di guardare oltre la specifica questione, però per trarre utili spunti per qualche altra considerazione critica.

E invero, in una prospettiva meno garantista per l'esercizio di questi poteri sovrani speciali sembra porsi la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea che pare, in qualche modo, intenzionata proprio a ridimensionare l'ampiezza dell'esercizio dei poteri di *golden power* da parte degli Stati membri.

Emblematico il caso *Xella Magyarország*, con cui la Corte di Giustizia EU, seconda sessione, 13 luglio 2023, Causa 106/22, ha fornito una interpretazione formalistica e restrittiva del regolamento (Ue) 2019/452, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, ridimensionandone il perimetro di applicazione della disciplina, con evidenti ricadute in materia di esercizio del *golden power* da parte degli Stati membri[25].

In particolare, in questa pronuncia la Corte di Giustizia ha evidenziato che l'esercizio di un potere di veto da parte del Governo di uno Stato membro all'acquisizione di partecipazioni societarie (nel caso di specie trattavasi poteri esercitati dal Governo ungherese in merito all'acquisizione di una società da parte di un'altra, con particolare riferimento al settore edile) può incidere sull'esercizio di una libertà fondamentale: la libertà di stabilimento.

Di conseguenza, a dire della Corte, una restrizione di una libertà fondamentale garantita dal Trattato può essere ammessa uni-

[24] G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa del* golden power *e la rinascita dello Stato doganiere*, cit.; S. De Nitto, *I* golden power *nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale*, cit.

[25] Sul tema, approfonditamente: A. Sandulli, *Corte di Giustizia dell'Unione Europea, libertà di stabilimento, limiti al* Golden power, in *Riv. regolazione dei mercati*, 2/2023. Si v. altresì: D. Gallo, *La questione della compatibilità dei golden powers in Italia, oggi, con il diritto dell'Unione europea: il caso delle banche*, in *Riv. regolazione dei mercati*, 1/2021; nonché: E. Zampetti, *Infrastrutture e* golden power, in *Dir. amm.*, 1/2025, 177 - 205.

camente a condizione che la misura nazionale sia giustificata da un motivo imperativo di interesse generale (quali motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, difesa e di sanità pubblica) e che la stessa sia idonea a garantire il raggiungimento dell'obiettivo da essa perseguito senza andar al di là di quanto necessario per ottenerlo, non potendo tali misure essere giustificate da motivi di natura puramente economica, connessi alla promozione dell'economia nazionale o al buon funzionamento di quest'ultima[26].

Pertanto, è evidente che prima ancora delle ragioni (*recte*: delle motivazioni) a sostegno della misura adottata, al fine di valutarne la legittimità in termini di proporzionalità, rilevano i motivi sottesi all'esercizio di tali poteri, dovendo questi essere interpretati restrittivamente, non potendo la loro portata essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione.

E infatti, precisa ancora la Corte, ferma la libertà politica riconosciuta a ciascuno Stato membro di determinare, conformemente alle necessità nazionali, le esigenze dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza a fondamento dell'esercizio del *golden power*, tali motivi possono essere invocati solamente in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività, non potendo gli stessi essere piegati per il perseguimento di fini puramente economici[27].

La pronuncia, pertanto, si rivela particolarmente importante perché dilata le maglie del sindacato del giudice sull'esercizio del *golden power*, al contempo, circoscrivendo i limiti soggettivi e oggettivi che legittimano l'esercizio del medesimo da parte degli Stati membri.

E infatti, l'esercizio del sindacato del giudice non solo potrebbe dirigersi verso il provvedimento frutto dell'esercizio del potere speciale, bensì anche sull'atto regolamentare che ne regola i presupposti, il quale o potrebbe essere disapplicato oppure essere oggetto, assieme al provvedimento, di doppia impugnativa da parte del ricorrente. Ancora, se si volessero valorizzare le esigenze sociali sottese all'esercizio di tali poteri, potrebbe non escludersi un ampliamento della legittimazione e dell'interesse a ricorrere a nuovi attori, come associazioni di categoria, sindacati, imprese concorrenti[28].

Ad ogni modo, al di là del tipo di tutela esperibile, ciò che realmente rileva è assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale e del sindacato del giudice su tali poteri, pur nei limiti dell'ampia discrezionalità che li connota.

Infatti, il rischio che si corre a lasciar incondizionato e incontestato (*recte*: privo di sindacato) tale potere, nascondendosi dietro il velo dell'amplissima discrezionalità, è che il *golden power* si trasformi in un facile strumento di politica dirigista[29].

Ragion per cui, se la decisione resta nella sostanza inaccessibile e impenetrabile – se non scalfita in alcuni limitatissimi casi, attraverso un impervio sindacato di proporzionalità (come si è detto per il caso dell'istan-

[26] Cfr. sentenza del 27 febbraio 2019, Associação Peço a Palavra e a., C-563/17, EU:C:2019:144, punto 70 e giurisprudenza ivi citata; sentenze del 22 ottobre 2013, Essent e a., da C-105/12 a C-107/12, EU:C:2013:677.

[27] V. anche, sentenza del 14 marzo 2000, Église de scientologie, C-54/99, EU:C:2000:124, punto 17 e giurisprudenza citata.

[28] Così: H. Simonetti, *Il sindacato giurisdizionale sull'esercizio dei golden powers*, reperibile al sito *www.giustizia-amministrativa.it*.

[29] Così M. Clarich, *Il* golden power *rischia di trasformarsi in uno strumento di politica dirigista*, in *Milano Finanza*, 2022.

za di accesso difensivo), pare opportuno assicurare un crisma di legalità all'esercizio di tale potere anche attraverso un rafforzamento degli addentellati normativi legittimanti il medesimo.

Il che porterebbe a valorizzare, fra le possibili patologie del provvedimento, sintomatiche di vizi di legittimità sostanziale, anche quella tradizionale figura nota come sviamento di potere. Cosa che probabilmente consentirebbe di allargare le maglie del sindacato giurisdizionale valorizzando più efficacemente la correlazione esistente fra fatto – fattispecie – potere – atto (ossia: fatto – norma – potere – effetto), cogliendo più da vicino quella relazione intercorrente fra presupposti normativi, fatti accertati in sede istruttoria, motivazione del provvedimento e interessi pubblici effettivamente perseguiti.

Questa prospettiva sembra emergere dalle posizioni difensive del ricorrente, in una recente questione oggetto di pronuncia del T.A.R. del Lazio[30], espressasi sul delicato caso Unicredit/Banco BPM, successiva alla sentenza che si commenta. In particolare, la questione oggetto del giudizio richiamato verte su un ricorso promosso da UniCredit S.p.A. per l'annullamento – per difetto di presupposti richiesti dalla disciplina di legge – del DPCM del 18 aprile 2025, con il quale, in relazione all'offerta di scambio volontaria di UniCredit, avente ad oggetto la totalità delle azioni di Banco BPM S.p.A., sono stati esercitati, da parte del Governo, i poteri speciali di cui al decreto legge 15 marzo 2012, n. 21. Sulla questione certamente non è possibile indugiare nella presente sede.

Ciò che preme rilevare in questa sede è che, a fronte di un tentativo demolitorio del provvedimento in questione, operato dalla Unicredit s.p.a. proprio attraverso la valorizzazione del difetto dei presupposti normativi legittimanti l'esercizio del potere sovrano di *golden power*, la giurisprudenza amministrativa finisce per limitarsi a un tiepido sindacato sull'esercizio del medesimo.

Anche quest'ultima decisione cela un atteggiamento se non protezionistico per lo meno deferente dei giudici nei confronti del governo, tanto che in questa pronuncia il T.A.R. Lazio, attraverso un abile esercizio di erudizione normativa, si pone in posizione sostanzialmente antitetica rispetto all'indirizzo della giurisprudenza europea, arrivando a declinare la nozione di «sicurezza economica» come *species* del più ampio *genus* della «sicurezza nazionale», in virtù tanto della normativa nazionale, quanto di quella europea.

Non si può non sottolineare però che una strumentalizzazione dell'uso di tali poteri da parte del governo potrebbe anche esporre il nostro paese a una procedura di infrazione.

Orbene, è evidente che la complessità della materia ci porta molto lontano nei ragionamenti giuridici.

Tornando alle questioni che più da vicino ci hanno interessato, pare opportuno evidenziare che le diverse esigenze, così emerse, di valorizzazione di istituti partecipativi o di implementazione delle garanzie procedimentali o ancora, di demarcazione, in via interpretativa, degli indeterminati confini di suddetta materia, sono tutte manifestazioni della necessità di assicurare il rispetto di un livello minimo di democrazia partecipativa.

La valorizzazione delle istanze di accesso civico generalizzato o di istanze di accesso da parte dei rappresentanti degli enti locali a tali documenti, ad esempio, risponde al bisogno di assicurare un controllo demo-

[30] T.A.R. Lazio, sez. I, 12 luglio 2025, n. 13748.

cratico su decisioni che sono certamente il frutto di una visione politica nazionale strategica ma che, in alcuni specifici casi, potrebbero avere ricadute dirette o mediate anche in ambito locale e, eventualmente, avere come effetto latente quello di implementare divari territoriali di cittadinanza[31].

Favorire forme di democraticità partecipativa a supporto di scelte di rilevanza strategica nazionale, potrebbe tornare utile proprio in materie, come quella della sanità, oppure delle infrastrutture[32], che si presentano complesse, non avendo una disciplina uniforme, ma che hanno grande e rilevante impatto sui territori.

Circoscrivere l'esercizio di tali poteri speciali, attraverso una interpretazione restrittiva dei presupposti normativi e, al contempo, valorizzare l'esistenza di garanzie procedimentali, nonché di strumenti espressione di istanze partecipative, come le forme di accesso di cui si è detto, risponde a esigenze di democraticità che uno Stato di diritto è tenuto ad assicurare nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini.

Purtuttavia, non si può non evidenziare che queste esigenze non possono essere lasciate al buon senso o alla sensibilità giuridica o all'*interpretatio* di questo o di quell'altro giudice, ponendo il creazionismo giurisprudenziale[33] un grave *vulnus* alla certezza del diritto e di conseguenza al diritto di uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge.

Pertanto, concludendo, per evitare che un potere camaleontico[34] come il *golden power*, possa di fatto tradursi in uno oscuro strumento di politica dirigista capace, da un lato, di creare Stati *competitor*[35], dall'altro, di comprimere indebitamente diritti o libertà fondamentali dei cittadini, bensì anche di recare pesanti disallineamenti fra politiche centrali e realtà territoriali, così finanche esacerbando i già gravi e radicati divari territoriali di cittadinanza, sarebbe forse opportuno un ripensamento della normativa in questione a garanzia della legalità e del-

[31] Sul tema, complesso, dei divari di cittadinanza: Aa.Vv., *Le diseguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Atti del Convegno di Copanello 2005, a cura di F. Astone, M. Caldarera - F. Manganaro - A. Romano Tassone - F. Saitta, Torino, 2006; A. Police, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e attribuzioni regionali: la parabola dell'eguaglianza*, in Aa.Vv., *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di R. Cavallo Perin - A. Police - F. Saitta, vol. I, Firenze, 2016, 67 ss.; A. Barone, *Il tempo della perequazione: il Mezzogiorno nel PNRR,* in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2021, 7-11; A. Barone - F. Manganaro, *PNRR e Mezzogiorno*, in Quaderni costituzionali, 1/2022, 148-152; F. Manganaro, *Osservazioni sulla questione meridionale alla luce del PNRR e del regionalismo differenziato*, in *Nuove Autonomie*, 2/2022, 387- 404; Id., *Dalla cittadinanza alle cittadinanze. Questioni su un concetto polimorfico*, in *ambientediritto.it*, 4/2022, 323-334; Id., *Politiche di coesione (voce)*, in *Enc. Dir., Funzioni Amministrative*, III, Milano 2022, 839 ss. Infine, sia consentito rinviare a: R. Dagostino, *Sistema delle autonomie e divari territoriali di cittadinanza*, in *Dir e soc.*, 3/2023, 455-483.

[32] Sul tema delle infrastrutture si v.: E. Zampetti, *Infrastrutture e* golden power, cit.

[33] Sul tema, in generale, anche in riferimento ad altri rami dell'ordinamento giuridico: L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario,* Modena, 2018; Id., *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *Ars Interpretandi*, 2/2016, 23-43; D. Dalfino, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività,* in *Il Foro italiano*, 12/2018, 5, 385-393. Con particolare riferimento alla dottrina amministrativistica: P. Portaruli, *La cambiale di* Forsthoff. *Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021; A. Cassatella, *Separazione dei poteri, ruolo della scienza giuridica, significato del diritto amministrativo e del suo giudice. Osservazioni a margine di "Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri" di Massimo Luciani,* F. Saitta, *Regole processuali, indeterminatezza e creazionismo giudiziario*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2024, 263 - 343. Sia consentito altresì il rinvio a: R. Dagostino, *Le corti nel diritto del rischio*, Bari, 2020.

[34] L'espressione è di H. Simonetti, *Il sindacato giurisdizionale sull'esercizio dei golden powers,* cit.

[35] Così, specificatamente: E. Zampetti, *Infrastrutture e* golden power, cit.

la certezza del diritto, espressione primaria della democraticità di uno Stato di diritto.

Raffaella Dagostino

VI.
Edilizia e urbanistica

1. Il regime delle opere edilizie incompiute

Città "immaginata" e città "realizzata" secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2024, n. 14)

Sommario: 1. La vicenda. – **2.** L'orientamento (sino ad ora) consolidato del giudice amministrativo e le ragioni della remissione della questione all'Adunanza Plenaria. – **3.** Per una interpretazione in senso sostanziale del concetto di totale difformità dal permesso di costruire. – **4.** Conclusioni: l'eterogeneità delle ipotesi di "incompiutezza" e la conseguenziale esigenza di regimi differenziati.

1. La vicenda.

L'Adunanza Plenaria è stata chiamata a pronunciarsi sul regime giuridico applicabile alle opere edilizie regolarmente assentite ma solo parzialmente realizzate entro il termine di efficacia del titolo, con specifico riferimento all'ipotesi nella quale – a seguito della decadenza del permesso di costruire – non vi sia alcuna iniziativa da parte del soggetto interessato volta a conseguire il completamento dei lavori.

Come noto, ai sensi dell'art. 15 del d.P.R. n. 380/2001, l'opera deve essere completata non oltre tre anni dall'inizio dei lavori, con la conseguenza che, decorso tale termine "*il permesso decade di diritto per la parte non eseguita, tranne che, anteriormente alla scadenza, venga richiesta una proroga*"[1].

La norma, in effetti, non chiarisce espressamente il regime giuridico delle opere incomplete realizzate nel corso della vigenza del titolo, limitandosi a disporre che "*la realizzazione della parte dell'intervento non ultimata nel termine stabilito è subordinata al rilascio di nuovo permesso per le opere ancora da eseguire, salvo che le stesse non rientrino tra quelle realizzabili mediante segnalazione certificata di inizio attività*".

Il fenomeno non è affatto secondario. Nell'intera penisola si registra la presenza di numerosi manufatti – spesso di notevoli dimensioni e, quindi, particolarmente impattanti – i cui lavori vengono iniziati a seguito del rilascio di un legittimo titolo abili-

[1] In generale, sull'istituto della decadenza del permesso di costruire v. R. De Nictolis - F. Grassi, *Efficacia temporale e decadenza del permesso di costruire*, in Aa.Vv., *Testo unico dell'edilizia*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2015, 409 ss.; F. Saitta, *Efficacia e decadenza del permesso di costruire*, in *Riv. giur. urbanistica*, 3-4/2014, 588 ss.; M. Occhiena, *Breve ricostruzione storica dell'istituto della decadenza della concessione edilizia per mancata ultimazione dei lavori*, in *Riv. giur. edilizia*, 1998, 366 ss. Sulla natura dichiarativa della decadenza v. Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2024, n. 8672; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 31 agosto 2023, n.4945, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

tativo, ma mai portati a termine. Mura non intonacante e prive di copertura, pilastri da cui emergono armature di ferro arrugginite, scheletri di cemento del tutto privi di funzione e spesso da tempo abbandonati, che non solo deturpano la bellezza del nostro territorio, ma rappresentano altresì un chiaro ostacolo per il pianificatore, nonché per l'attuazione di processi di rigenerazione urbana.

Come emergerà nel prosieguo, la questione va ben al di là del profilo estetico, interessando aspetti di tipo ambientale (consumo dei suoli e inquinamento derivante dal deterioramento dei materiali), economico (deprezzamento dell'intera area), e sociale (attesa l'influenza del degrado urbano sulla qualità della vita).

La gran parte dei manufatti non ultimati è di proprietà privata[2], e solo in piccola percentuale si tratta di volumi abusivi in senso proprio, ovvero realizzati in assenza di un titolo abilitativo; molti di essi sono, al contrario, il frutto di lavori legittimamente assentiti – quindi originariamente dotati di regolare permesso di costruire – ma poi, per le più diverse ragioni, non ultimati.

La vicenda oggetto di pronuncia rientra per l'appunto in quest'ultima fattispecie, originando dal rilascio di un permesso di costruire finalizzato alla realizzazione di garages interrati, i cui lavori venivano sospesi poco dopo il loro avvio e non più ripresi. La sospensione avveniva in ragione di una sentenza penale con la quale erano stati condannati sia il commissario *ad acta* che aveva rilasciato il titolo sia il soggetto richiedente, sentenza che aveva *incidenter* accertato la assoluta illegittimità del permesso di costruire rilasciato. L'amministrazione comunale, tuttavia, non annullava il titolo abilitativo, bensì – decorsi i tre anni dalla comunicazione di inizio lavori – ne dichiarava la decadenza. Successivamente, su sollecitazione di WWF Italia, il comune dapprima ordinava il ripristino dello stato dei luoghi per come risultante in epoca antecedente all'esecuzione delle opere e, in seguito – attesa la mancata ottemperanza all'ordine da parte del proprietario – acquisiva la particella al patrimonio comunale.

Entrambi i provvedimenti (ordine di demolizione e acquisizione) venivano impugnati innanzi al T.A.R. Campania, che tuttavia concludeva per la legittimità degli stessi, affermando che la decadenza del permesso di costruire "travolgerebbe" anche le opere realizzate entro il termine di efficacia del titolo, salvo il caso in cui sia consentito ultimare l'intervento, circostanza esclusa nel caso di specie, atteso che nell'area di riferimento risultavano ammissibili unicamente interventi edificatori di iniziativa pubblica.

Avverso tale decisione veniva proposto appello, fondato essenzialmente sulla considerazione che le opere eseguite in virtù di un titolo edilizio legittimo ed efficace, poi decaduto (ma non annullato), non avrebbero potuto essere oggetto di una sanzione demolitoria. L'amministrazione, infatti, avrebbe erroneamente ritenuto potersi configurare nel caso di specie un'ipotesi di abuso edilizio, laddove, al contrario, l'inefficacia del titolo scaturente dalla decadenza del medesimo opererebbe *ex nunc*, ovvero unicamente nei confronti degli eventuali interventi eseguiti senza titolo successivamente alla scadenza del termine di tre anni dall'inizio dei lavori.

[2] In relazione alle opere pubbliche incompiute, si segnala che il legislatore statale ha istituito nel 2011 (art. 44-bis, d.l. 6 dicembre 2011 n. 201) l'Anagrafe delle Opere Incompiute presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, avente l'obiettivo non solo di fornire una mappatura completa e sempre aggiornata, ma anche di identificare modalità e strumenti (anche finanziari) atti a consentire il completamento delle opere stesse, ovvero la loro riconversione.

Ebbene, in sede di appello, il Collegio[3] – pur ricordando che la giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato si è più volte espressa nel senso di ritenere non applicabile la sanzione demolitoria nei confronti delle opere (anche parziali) realizzate nel periodo di validità del titolo edilizio, ove conformi al progetto assentito – prospetta una possibile differente ricostruzione della fattispecie, consistente nella configurazione dell'opera solo parzialmente eseguita in termini di manufatto difforme dal titolo abilitativo (e, quindi, abusivo), con conseguente inclusione della fattispecie nell'ambito applicativo dell'ordine di demolizione di cui all'art. 31 d.P.R. n. 380/2001. Ciò posto, il giudice remittente ha ritenuto opportuno, ai fini della soluzione della controversia, rinviare previamente la questione all'Adunanza Plenaria, sottoponendole il seguente quesito: "*quale sia la disciplina giuridica applicabile alle opere parzialmente eseguite in virtù di un titolo edilizio decaduto e che non siano state oggetto di intervento di completamento in virtù di un nuovo titolo edilizio*".

2. L'orientamento (sino ad oggi) consolidato del giudice amministrativo e le ragioni della remissione della questione all'Adunanza Plenaria.

L'interrogativo di fondo è se l'amministrazione possa intervenire con l'esercizio del potere sanzionatorio anche quando l'opera incompiuta sia il risultato di un'attività originata da un titolo abilitativo legittimo, attesa l'assenza di modifiche alle caratteristiche tipologiche del progetto presentato, nonché la mancanza di volumi ulteriori rispetto a quelli assentiti. La fattispecie comprende, in altri termini, le ipotesi nelle quali il privato si sia limitato a realizzare solo una parte di quanto avrebbe potuto (dovuto), ma sempre nei confini di quanto autorizzato.

La lacuna normativa dalla quale origina il quesito sottoposto all'Adunanza Plenaria concerne, quindi, la qualificazione – in termini di abuso o meno – di un immobile incompleto, in relazione al quale o manchi qualsiasi iniziativa volta a concludere i relativi lavori o, come nel caso di specie, un'eventuale iniziativa in tal senso sarebbe destinata a fallire in ragione dell'incompatibilità con la normativa urbanistico-edilizia di riferimento. Come già ricordato, la norma si limita a prevedere che, una volta decorso il termine, il permesso decada "per la parte non eseguita", il che sembrerebbe configurare quanto costruito come perfettamente legittimo, indipendentemente dallo stato di avanzamento dei lavori raggiunto.

Queste sono, in effetti, le conclusioni sulle quali si è assestata l'esigua giurisprudenza che sino ad oggi si è occupata della questione, laddove afferma che "*la decadenza dal titolo edilizio per mancata ultimazione dei lavori nei termini non implica l'obbligo di disporre la demolizione delle opere realizzate nel periodo di validità del titolo edilizio, le quali non possono essere ritenute abusive ove risultino conformi al progetto approvato con il permesso di costruire, ma comporta semplicemente la necessità del titolare decaduto di chiedere un nuovo permesso per l'esecuzione delle opere non ancora ultimate*"[4].

[3] Cons. Stato, sez. II, 7 marzo 2024, n. 2228, in *Riv. giur. edilizia*, 3/2024, 459.

[4] T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 2 agosto 2021, n. 9113, in *www.*

Tale orientamento si fonda sul presupposto (invero non contestabile) che la decadenza operi unicamente *ex nunc*, non travolgendo quindi l'efficacia del titolo *ab initio*[5]. Da qui deriverebbe come immediata conseguenza (questa volta, come si vedrà, contestabile) l'inapplicabilità al caso di specie del regime sanzionatorio di cui all'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001: l'ordine di demolizione sarebbe legittimo solo laddove avesse ad oggetto non le opere realizzate in costanza di efficacia del permesso, bensì eventuali interventi posti in essere successivamente alla scadenza del termine di tre anni, senza il previo ottenimento di una proroga o di un nuovo titolo.

In questa prospettiva, il giudice remittente svolge anche ulteriori riflessioni, con particolare riferimento alla disciplina di cui all'art. 38 del t.u. edilizia, ai sensi del quale – in caso di interventi eseguiti in base ad un permesso di costruire successivamente annullato – è prevista la possibilità di comminare una sanzione pecuniaria in luogo della restituzione in pristino[6]. Ebbene, osserva il Collegio, se la *ratio* dell'introduzione di un regime sanzionatorio più mite in relazione ad opere edilizie conformi ad un titolo abilitativo successivamente rimosso rispetto ad interventi *ab origine* abusivi si giustifica in ragione dell'opportunità di tutelare il legittimo affidamento del privato[7], "*striderebbe con i principi ritraibili dall'esame comparativo di tali norme un'applicazione estensiva della più grave sanzione demolitoria ex art. 31 del T.U. prima citato, in una fattispecie di opere eseguite in conformità ad un titolo (nemmeno rimosso ma semplicemente) decaduto*".

3. Per una interpretazione in senso sostanziale del concetto di totale difformità dal permesso di costruire.

In uno scritto di qualche anno addietro, chi scrive aveva provato a porre in discussione il descritto orientamento consolidato del giudice amministrativo, valorizzando, da un lato, la funzione sociale del diritto di proprietà e, dall'altro lato, la centralità del fattore temporale nelle dinamiche di trasformazione del territorio[8].

Una lettura non superficiale della funzione di pianificazione del territorio, così come risultante dalle coordinate costituzionali

giustizia-amministrativa.it. In senso analogo v. Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 2020, n. 2078, in *Riv. giur. edilizia*, 3/2020, 562; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 14 novembre 2014, n. 449, in *Riv. giur. edilizia*, 6/2014, 1225. In dottrina, sul punto, v. G. Pagliari, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2019, 457 ss.

5 Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2023, n. 11195, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Toscana, sez. III, 5 marzo 2021, n. 345, in *Foro amm.*, 3/2021, 543; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 3 gennaio 2014, n. 2, in *Foro amm.*, 2014, 197; T.A.R. Toscana, Sez. III, 26 novembre 2013, n. 1637, in *Foro amm.-TAR*, 2013, 3360.

6 A. Fabri - E.A. Taraschi, *La c.d. fiscalizzazione dell'abuso edilizio: alcune questioni aperte*, in *Dir. e proc. amm.*, 3/2022, 625.

7 "L' art. 38, d.P.R. n. 380/2001 si ispira ad un principio di tutela degli interessi del privato e la ratio è proprio quella di introdurre un regime sanzionatorio più mite per le opere edilizie conformi ad un titolo abilitativo successivamente rimosso, rispetto ad altri interventi abusivi eseguiti sin dall' origine in assenza di titolo, per tutelare un certo affidamento del privato, sì da ottenere la conservazione di un bene che è pur sempre sanzionato" (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 2 dicembre 2022, n. 7543, in *Foro amm.*, 2022, II, 1662). In termini cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2018, n. 2155; Cons. Stato, sez. VI, 28 novembre 2018, n. 6753, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*. In generale, sui presupposti applicativi dell'art. 38 cit., v. Cons. Stato, Sez. II, 25 ottobre 2023, n. 9243, in questa *Rivista*, 2024, con nota di R. Parisi, *Profili applicativi della fiscalizzazione degli abusi edilizi*.

8 M. Calabrò, *Decadenza del permesso di costruire e "non finito architettonico". La rilevanza della coordinata temporale nelle trasformazioni edilizie*, in *Riv. giur. edilizia*, 5/2015, 229 ss.

e dai principi generali di riferimento, non può limitarsi a valorizzarne la portata "spaziale", dovendosi attribuire alla stessa anche il ruolo di strumento per la definizione di un determinato modello di sviluppo socio-economico del territorio. L'esercizio del potere pianificatorio e dei correlati c.d. poteri conformativi, in altri termini, non è finalizzato alla sola ordinata distribuzione di volumi e infrastrutture, in una prospettiva, quindi, meramente quantitativa e dimensionale: al pianificatore, piuttosto, è richiesta la definizione di un vero e proprio "disegno" del territorio, che tenga conto delle potenzialità edificatorie non in astratto, bensì in relazione alle effettive esigenze economico-sociali della comunità[9]. In tale ottica, si giustifica la previsione di una zonizzazione funzionale, oltre che strutturale, volta a rivestire i singoli volumi di una dimensione anche qualitativa, con la conseguenza che il rilascio di un titolo abilitativo finisce per rappresentare il frutto di una valutazione (effettuata in sede di pianificazione) che va ben oltre la mera verifica quantitativa circa la compatibilità tra l'assetto del territorio ed i volumi in progetto[10].

Se si aderisce a tale ricostruzione, è bene chiarirlo sin d'ora, deve coerentemente ritenersi che al cittadino al quale venga rilasciato un permesso di costruire non possa essere consentito realizzare anche solo una parte di quanto progettato (purché nell'ambito dei volumi assentiti), come invece pure sostenuto da una parte della giurisprudenza[11]: egli, piuttosto – essendo chiamato (anche) a contribuire al complessivo disegno di sviluppo del territorio – è tenuto ad attuare esattamente quanto richiesto, e per di più nei tempi previsti. Non può ritenersi ammissibile, in altri termini, fissare gli obiettivi di sviluppo nel piano e lasciare alla libera iniziativa dei singoli la scelta circa il "se" e il "quando" attuarli, dovendosi al contrario dotarsi di strumenti in grado di incentivare e indirizzare la realizzazione di quanto prescritto, attraverso la definizione di mezzi, procedure e, per l'appunto, tempi[12].

A tale idea si ispira evidentemente il modello di pianificazione definito «a due stadi», laddove si affianca ad una parte strutturale, contenente le c.d. invarianti, una parte operativa, chiamata invece a definire concretamente le trasformazioni da realizzarsi e, soprattutto, entro quanto tempo ciò debba avvenire[13]: il piano, si ribadisce, nella sua

[9] Cfr. Corte Cost., 31 maggio 2000, n. 164, in *Giur. Cost*., 200, 1465; Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5081, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 8 luglio 2013, n. 3606, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 1950; Cons. Stato, Sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710, in *Urb. e app.*, 2013, 59 ss., con nota di P. Urbani, *Conformazione dei suoli e finalità economico sociali*, 64 ss. In tale ottica, Giannini parlava del piano urbanistico come documento volto a fornire coordinate di ordine spaziale e temporale «a fini di risultato», (M.S. Giannini, *Pianificazione*, voce in *Enc dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, 629 ss.).

[10] Sul tema v. M. R. Spasiano - M. Calabrò - M. Brocca - A. Giusti - G. Mari - A.G. Pietrosanti, *Fondamenti di diritto per l'architettura e l'ingegneria civile*, Napoli, 2023, 70 ss.; F. Saitta, *Governo del territorio e discrezionalità dei pianificatori*, in *Riv. giur. edilizia*, 6/2018, 421 ss.

[11] Cfr. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 29 dicembre 2011, n. 755, in *Riv. giur. edilizia*, 2012, 177, ove – nel sancire l'illegittimità di un'ordinanza di demolizione di opere realizzate nel periodo che ha preceduto la decadenza del titolo – si afferma che il permesso di costruire abiliterebbe "*non solo la realizzazione della costruzione, ma anche l'esecuzione di ogni fase intermedia in quanto parte del risultato finale*".

[12] In termini, v. P. Lombardi, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*, Milano, 2012, 114. Evidente è il richiamo anche al Programma pluriennale di attuazione, documento cui è affidato proprio il compito di evitare che lo sviluppo degli insediamenti possa avvenire in maniera episodica e irrazionale. noto, tuttavia, che questo strumento si è rivelato sostanzialmente fallimentare, anche in ragione del fatto che l'unico rimedio previsto in caso di eventuale inerzia da parte dei privati consiste nell'espropriazione dell'area interessata, eventualità remota per evidenti ragioni di ordine economico. Sul tema v. F. Saitta, *Jus aedificandi o… dovere di costruire*, in *Riv. giur. edilizia*, 2002, 1416 ss.

[13] F. Salvia - C. Bevilacqua - N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*,

dimensione operativa non si limita a riconoscere in capo al privato la possibilità di "calare" una certa volumetria sulla propria area, ma impone allo stesso anche il rispetto di una determinata tempistica per realizzare (esattamente) quanto autorizzato.

La centralità del fattore "tempo" trova, poi, piena conferma nella stessa disciplina del permesso di costruire e nella relativa indicazione dei termini di inizio e ultimazione dei lavori. Come ricorda la pronuncia in commento, "*l'indicazione dei termini nel titolo abilitativo trova la sua ragione nella necessità di avere una certezza temporale riguardo le attività di trasformazione urbanistico edilizia del territorio, che per propria natura è frazionata nel tempo, al fine di impedire che l'eventuale modifica delle previsioni pianificatorie possa essere condizionata senza limiti temporali da antecedenti permessi di costruire*". Al riguardo, la giurisprudenza ha da tempo chiarito che entro il termine di ultimazione dei lavori l'opera deve essere realizzata sia nella sua dimensione strutturale che funzionale, dovendo la costruzione essere potenzialmente idonea ad assolvere alla destinazione prevista. La stessa nozione di "opera completata" è, allora, legata non solo alla circostanza che il manufatto risulti materialmente realizzato nelle sue strutture portanti, ma anche che esso si riveli funzionalmente adeguato allo scopo per il quale era stato progettato[14].

Ebbene, come già osservato, nelle ipotesi in cui i lavori non risultino completati entro il termine indicato nel titolo, la norma dispone la decadenza dello stesso "per la parte non eseguita". La centralità riconosciuta alla coordinata temporale, tuttavia, non comporta una assoluta rigidità della stessa, se solo pensiamo che il legislatore ha previsto la possibilità per l'interessato, da un lato, di ottenere la proroga del termine prima della scadenza del permesso di costruire[15], e, dall'altro lato, in caso di avvenuta decadenza, di richiedere un nuovo titolo (o, nel caso, di presentare una s.c.i.a.) per il completamento delle opere[16].

Alla luce del contesto delineato, è allora possibile ricostruire correttamente la fattispecie in esame, facendone emergere la complessità e la correlata esigenza di effettuare puntuali distinguo. Come detto, a fronte di un intervento non ultimato e della relativa decadenza del titolo, il legislatore si limita ad indicare al soggetto interessato le modalità attraverso cui portare a compimento i lavori (la richiesta di un nuovo permesso o la presentazione di una s.c.i.a.), dando in qualche

Milano 2021, 108 ss.; M.A. Cabiddu, *Il governo del territorio*, Roma-Bari, 2019, 26; P. Stella Richter, *Diritto urbanistico*, Milano, 2012, 31; F. Pagano, *Il "piano operativo" nel processo di pianificazione*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 67 ss.; A. Bartolini, *Questioni problematiche sull'efficacia giuridica della pianificazione strutturale e operativa*, in *Riv. giur. urb.*, 3/2007, 262 ss.

[14] T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. II, 30 novembre 2022, n. 817, in *Foro amm.*, 2022, 1546. In termini cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 1° giugno 2012, n. 2612, in *Foro amm. - TAR*, 2012, 2022; Cons. Stato, Sez. V, 21 ottobre 1991, n. 1239, in *Riv. giur. urbanistica*, 1992, 421.

[15] "*Risponde ad un principio generale dell'ordinamento, la regola secondo cui la proroga del termine per il compimento di una certa attività deve essere richiesta prima della scadenza del termine medesimo, per esigenze di chiarezza, di trasparenza e di pubblicità, a garanzia delle parti e, più in generale, dei terzi; la presentazione della richiesta di proroga è infatti funzionale ad evidenziare la sussistenza e la perduranza dell'interesse del privato alla realizzazione dell'intervento programmato, sia nei rapporti con l'Amministrazione che aveva rilasciato il titolo, sia rispetto ai terzi che, per ragioni di* vicinitas*, potrebbero avere un qualche interesse ad opporsi all'altrui iniziativa edificatoria*" (Cons. Stato, sez. IV, 16 marzo 2023, n.2757, in *Riv. giur. edilizia*, 3/2023, 624).

[16] È bene sottolineare che, in base al principio del *tempus regit actum*, il nuovo titolo (permesso o s.c.i.a.) presuppone la perdurante compatibilità degli interventi ancora da realizzare con la disciplina urbanistica vigente. Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 16 aprile 2014, n. 2170, in *Foro amm.*, 2014, 1269; Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2012, n. 2471, in *Foro amm. CDS*, 4/2012, 923; T.A.R. Umbria, ez. I, 15 settembre 2010, n. 465, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, I, 2060.

modo per scontata la volontà di ultimare l'opera iniziata: manca del tutto, dunque, una disposizione atta a regolare il caso (invero, come è emerso, niente affatto raro) nel quale questa volontà non sussista.

Ciò posto, la Plenaria affronta la questione in una prospettiva, pienamente condivisibile, secondo la quale occorrerebbe in primo luogo verificare di volta in volta il livello di incompiutezza rilevabile: se gli interventi ancora da realizzarsi sono circoscritti e, di fatto, la loro assenza non preclude una (anche parziale) funzionalità dell'opera, appare coerente con la complessiva disciplina del regime dei suoli che la mancata realizzazione dell'intero intervento entro il termine finale comporti semplicemente l'inefficacia del titolo per la parte non eseguita. Al contrario, a fronte di un volume gravemente incompleto e, quindi, del tutto inidoneo a soddisfare quella funzione a cui era stato destinato (o altra analoga), la reazione dell'ordinamento non può che essere di diverso tenore, nella misura in cui l'inerzia del privato finisce per assumere un significato che va ben oltre la sua posizione individuale di proprietario[17]. Se, infatti, ci ricorda il Collegio, la *ratio* del previo rilascio del titolo abilitativo riposa nella necessaria verifica che il nuovo manufatto sia coerente con il complessivo disegno del pianificatore, assolvendo alla funzione di garantire il corretto inserimento del manufatto sul territorio, allora trova conferma la tesi secondo la quale il permesso di costruire non riconoscerebbe al cittadino la facoltà di realizzare ciò che desidera "entro" un certo volume, bensì "*gli consente l'edificazione di quello specifico fabbricato descritto nel progetto (quanto all'area di sedime, al perimetro, alla sagoma, ai volumi, alle altezze, ecc.)*".

La (grave) non conformità (strutturale e funzionale) del manufatto non permette, quindi, di tollerarne la permanenza sul territorio, con consequenziale dovere dell'amministrazione di ordinarne la demolizione. E ciò nel pieno rispetto della tassatività del regime sanzionatorio[18], nella misura in cui la fattispecie in questione non rappresenta affatto un'ipotesi ulteriore di abuso, rientrando piuttosto nella tipologia della totale difformità. L'accezione che di quest'ultima viene tralatiziamente proposta da parte della giurisprudenza, sia amministrativa che penale – ovvero di intervento connotato dalla esecuzione di volumi *ulteriori* rispetto a quelli autorizzati – si rivela a ben vedere errata o, meglio, parziale[19]. La totale difformità, infatti, ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001, si configura ogniqualvolta si realizzi un organismo edilizio integralmente diverso – per caratteristiche tipologiche, plano-volumetriche o di utilizzazione – da quello oggetto del permesso stesso, *ovvero* si eseguano volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto[20]. Il che consente di quali-

[17] "*La decadenza stabilita dall'art. 15, comma 2, d.P.R. n. 380/2001 sanziona l'inerzia dei privati, sia come disinteresse soggettivo sia come potenziale intralcio alla futura attività di pianificazione. Quest'ultima, infatti, verrebbe resa meno efficace se fosse consentito ai privati di mantenere indefinitamente i diritti edificatori non consumati*" (T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 14 ottobre 2021, n. 871, in *www.giustizia-amministrativa.it*). P. Capriotti, *L'inerzia proprietaria al tempo della rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1/2020, 49 ss.

[18] Cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 16 marzo 2009, n. 752, in *Foro amm. TAR*, 3/2009, 610.

[19] Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 30 giugno 2022, n. 4401; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-quater, 16 novembre 2020, n. 12035; Cass. pen., sez. III, 23 aprile 1990, n. 5891, tutte citate da R. Musone, *La disciplina giuridica applicabile alle opere parzialmente eseguite in virtù di un titolo edilizio decaduto e non oggetto di intervento di completamento in virtù di un nuovo titolo edilizio*, in *Urb. e appalti*, 6/2024, 749-751.

[20] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. II, 29 gennaio 2024, n. 906, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si afferma che "si è in presenza di difformità totale del manufatto o di variazioni

ficare come abusivo un immobile ogni qual volta il risultato finale consista in una struttura che non sia in alcun modo riferibile a quella assentita, con la specificazione che la realizzazione di un incremento volumetrico non consentito rappresenta solo una delle possibili fonti di tale difformità, configurabile, sottolinea la Plenaria, anche nel caso in cui vi sia il *"mancato completamento della costruzione e vi sia un* aliud pro alio".

Ebbene, nel condurre alle logiche conseguenze il proprio percorso argomentativo, il Collegio inquadra la fattispecie in esame nella categoria del "*non finito architettonico*"[21] – ravvisabile quando le opere realizzate risultano incomplete strutturalmente e funzionalmente, tanto da condurre ad un manufatto diverso da quello autorizzato – facendone poi derivare la piena sussistenza del fondamento normativo per disporre la restituzione in pristino, consistente nella configurazione di un abuso, *sub specie* di difformità totale dal permesso di costruire.

Interessante, al riguardo, una pronuncia del Consiglio di Stato che già nel 2021 sembrava accogliere tale prospettiva, laddove specificava come si potesse configurare la legittimità degli interventi realizzati prima della decadenza del titolo solo a condizione che "*dette opere siano autonome e scindibili*", ovvero abbiano una loro seppur parziale funzionalità[22]. Del resto, a supporto delle conclusioni cui giunge la pronuncia in commento, l'amministrazione giammai avrebbe potuto rilasciare il permesso di costruire nell'ipotesi in cui il progetto originariamente presentato dal privato fosse stato quello poi effettivamente realizzato, ovvero lo scheletro edilizio; pertanto, afferma la Plenaria, il principio di simmetria impone all'amministrazione di "*ordinare la rimozione dello 'scheletro', che risulti esistente in conseguenza della decadenza del permesso di costruire*".

In definitiva – una volta sollecitato, senza esito, il privato ad attivarsi al fine di portare a compimento l'opera – l'amministrazione non potrebbe non reagire di fronte ad un'ipotesi di grave abuso edilizio, con conseguente configurazione in capo alla stessa del dovere di emanare l'ordinanza di demolizione del manufatto, attesa la natura di atti obbligatori a contenuto non discrezionale riconosciuta ai provvedimenti repressivi in materia edilizia[23]. Tali conclusioni, osserva la Plenaria, non configurano affatto una violazione del principio di proporzionalità rispetto al regime meno lesivo di cui all'art. 38 del T.U. edilizia (come pure invece prospettato dalla Sezione remittente), trattan-

essenziali, sanzionabili con la demolizione, quando i lavori riguardino un'opera diversa da quella prevista dall'atto di concessione per conformazione, strutturazione, destinazione, ubicazione". In dottrina, v. F. Vetrò, *Interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali*, in Aa.Vv., *Testo unico dell'edilizia*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2015, 751 ss.

[21] Concetto originariamente approfondito dai teorici della progettazione urbana. Cfr. F. Costanzo (a cura di), *L'architettura del non finito. Una strategia progettuale per l'edificio incompiuto*, Melfi, 2015.

[22] Cons. Stato, sez. VI, 19 marzo 2021, n. 1377, in *Foro amm.*, 2021, 505: "Ai sensi dell'art. 15 d.P.R. n. 380/2001, l'inutile decorso del termine triennale d'efficacia del titolo edilizio comporta la decadenza dello stesso titolo per la parte non eseguita alla scadenza dei relativi termini e inibisce l'ulteriore corso dei lavori, ma non determina l'illiceità di quanto già realizzato nella vigenza del titolo stesso, purché dette opere siano autonome e scindibili rispetto a quelle da demolire". In termini cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2022, n. 5258, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[23] Cfr. Cons. Stato, sez. II, 8 febbraio 2024, n. 1297, in *Riv. giur. edilizia*, 3/2024, 497; Cons. Stato, sez. VI, 6 settembre 2017, n. 4243, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 1330; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 1 giugno 2012, n. 2616, in *Foro amm. TAR*, 2012, 2025; Corte Cost., 14 aprile 1988, n. 447, in *Giur. cost.*, 1988, I, 2057. In dottrina v. M.A. Sandulli, *Sanzione-IV) Sanzioni amministrative*, (voce), in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1992, 15; A. Cagnazzo - S. Toschei - F.F. Tuccari (a cura di), *Sanzioni amministrative in materia edilizia*, Torino, 2014.

dosi di due fattispecie del tutto differenti: in caso di non finito architettonico, il ripristino dello stato dei luoghi si giustifica a fronte della accertata divergenza tra quanto autorizzato e quanto realizzato, divergenza "*che non sussiste nell'ipotesi dell'art. 38 cit., in quanto in quel caso il legislatore ha ritenuto di disciplinare una fattispecie peculiare, caratterizzata dall'annullamento del permesso di costruire e dalla conformità delle opere al titolo ormai annullato*".

4. Conclusioni: l'eterogeneità delle ipotesi di "incompiutezza" e la consequenziale esigenza di regimi differenziati.

Alla luce delle considerazioni svolte, emerge con chiarezza come il fenomeno del non finito architettonico sia connotato da una notevole complessità intrinseca e abbia un impatto che va ben al di là del singolo episodio. A ben vedere, infatti, esso intercetta tre elementi centrali delle politiche di governo del territorio: la differenza tra città pianificata e città realizzata, la lotta al degrado urbano, la valorizzazione del fattore temporale. La mancata concretizzazione, nei tempi stabiliti, di quanto autorizzato rende "incompleto" il disegno del pianificatore, frustrando le istanze di sviluppo insite nel piano, con l'aggravio rappresentato dall'inserimento nel contesto urbano di un elemento (lo "scheletro" edilizio) fonte di per sé di degrado ambientale, paesaggistico e sociale.

Il fenomeno è, poi, direttamente legato a quello che forse oggi rappresenta il "tema per eccellenza" del governo del territorio: il consumo di suolo[24]. Gli episodi di incompiutezza architettonica e urbana concorrono, infatti, a rendere incoerenti gli insediamenti e ad incrementare il c.d. *sprawl* urbano, una delle principali fonti di perdita delle aree di valore ambientale[25].

Ciò premesso, appare evidente la rilevanza delle conclusioni cui giunge la Plenaria con una pronuncia attenta alle reali dinamiche e agli interessi sottesi alle trasformazioni edilizie. Il superamento del precedente orientamento e la consequenziale configurazione del "non finito architettonico" in termini di abuso edilizio, consente finalmente di valicare diversi ostacoli che sino ad oggi hanno spesso impedito di portare a termine processi di rigenerazione urbana, fornendo una soluzione ad un problema di grave degrado, e ottemperando, nel contempo, anche alle pressanti esigenze di razionalizzazione dell'utilizzo della risorsa territorio nell'ottica della riduzione del consumo di suolo. Tra le linee di azione volte ad ottimizzare le politiche di governo del territorio in considerazione della scarsità del suolo vi è, infatti, proprio l'esigenza di tenere in debito conto tutte le risorse inutilizzate, quali siti dismessi e, per l'appunto, edifici la cui costruzione non sia stata terminata.

Non secondaria, poi, la risoluzione di quella evidente contraddittorietà che si registrava tra l'assoggettare alle eventuali so-

[24] A.G. Pietrosanti, *Consumo di risorse naturali non rinnovabili. Tra diritti della natura, bilanciamento di interessi e tutela giurisdizionale*, Napoli, 2023; G.A. Primerano, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana*, Napoli, 2022; G. Pagliari, *Governo del territorio e consumo di suolo. Riflessioni sulle prospettive della pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. edilizia*, 5/2020, 325 ss.

[25] Su tale profilo v. E. Boscolo, *Le periferie in degrado (socio-territoriale) e i (plurimi) fallimenti dell'urbanistica italiana*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1/2021, 54 ss.; W. Gasparri, *Consumo di suolo e sviluppo sostenibile nella destinazione agricola dei suoli*, in *Dir. pubbl.*, 2/2020, 421 ss.

pravvenienze urbanistiche il proprietario che non avesse chiesto per tempo la proroga del permesso di costruire, e il ritenere legittimo (e, quindi, "intangibile") il manufatto incompleto, con conseguente impossibilità per l'amministrazione di ri-pianificare diversamente l'area.

Permangono, tuttavia, anche a seguito della pronuncia della Plenaria, alcuni elementi di incertezza nella interpretazione del fenomeno in questione. La sentenza, infatti, non chiarisce appieno quello che probabilmente rappresenta il profilo più delicato, laddove afferma che il non finito architettonico si configura qualora – a fronte di un manufatto incompleto – vi sia stata la decadenza del permesso di costruire e "*non sia possibile ottenere un nuovo titolo abilitativo, ovvero l'interessato non lo richieda*". L'incertezza si rinviene nella circostanza che il legislatore non indica affatto un termine entro il quale il privato sia tenuto a chiedere il nuovo titolo finalizzato a completare l'opera, il che rende se non altro problematica l'individuazione della sussistenza dell'ultimo presupposto indicato dalla Plenaria. In assenza di un termine legale, infatti, non vi è certezza su quando il titolo non possa essere più richiesto (se non nelle ipotesi in cui la disciplina urbanistico-edilizia dell'area sia mutata e non contempli più quel tipo di intervento edilizio), né tantomeno su quando si possa affermare che il privato non abbia intenzione di chiedere il nuovo titolo. *De iure condendo*, al fine di giungere ad un assetto di interessi davvero connotato da assoluta certezza, occorrerebbe stabilire *ex lege* un termine massimo entro cui il privato possa attivarsi per portare a compimento i lavori, ad esempio introducendo una modifica del seguente tenore all'art. 15 co. 3 del d.P.R. n. 380/2001: "La realizzazione della parte dell'intervento non ultimata nel termine stabilito è subordinata al rilascio di nuovo permesso per le opere ancora da eseguire, *da richiedere entro un anno dalla decadenza del precedente titolo*".

Altro profilo critico è rappresentato dall'indeterminatezza del concetto di "non finito" o "incompleto" architettonico[26]: non sempre, infatti, ci si trova di fronte a ipotesi come quella oggetto della pronuncia della Plenaria, ovvero nelle quali il grado di incompiutezza è tale da rendere non dubitabile l'assenza di una autonoma funzionalità degli interventi realizzati[27]; in molti casi, il manufatto incompiuto è dotato di una propria (magari minima) funzionalità, sebbene differente e incompatibile con quella originariamente prevista nel titolo: ci si chiede, allora, se anche in tale ipotesi si configuri una fattispecie di abuso per totale difformità. Sul punto, la Plenaria non assume una posizione chiara: in alcuni passaggi, infatti, essa sembra legare l'operatività dell'art. 31 cit. alle sole ipotesi di grave incompiutezza, ad esempio quando richiama la figura dello "scheletro" edilizio come paradigma del non finito architettonico (pag. 19); tuttavia, tale assunto si rivela in contrasto con quanto si legge in altra parte della medesima pronuncia, laddove si afferma che le trasformazioni edilizie sarebbero da considerarsi lecite solo allorquando vi sia "*coincidenza tra quanto è stato assentito e quanto è stato realizzato*", potendo essere ritenuti conformi unicamente i manufatti "*autonomi funzionalmente*" ai quali "*manchino soltanto opere marginali*" (pag. 20).

[26] Sul piano definitorio, invero, la Plenaria non "brilla" per chiarezza, nella misura in cui qualifica la medesima fattispecie prima come "non finito architettonico" (pag. 16) e poi come "incompleto architettonico" (pag. 18).

[27] Nel caso di specie, prima della sospensione dei lavori era stato effettuato unicamente lo scavo delle fondamenta, con l'installazione di alcuni pilastri strutturali.

Quel che è certo è che, a seguito delle precisazioni della Plenaria, non è più possibile ritenere che la categoria della totale difformità dal titolo edilizio sia connotata da uniformità: occorre, piuttosto, che l'amministrazione "misuri" di volta in volta le divergenze (strutturali e funzionali) e valuti se si configurino o meno i presupposti per l'ipotesi di non finito architettonico, con tutte le conseguenze in termini non solo di legittimità, ma anche di doverosità del successivo ordine di demolizione. Laddove, invece – nonostante l'incompiutezza di quanto realizzato – le opere dovessero comunque risultare autonome, scindibili e funzionali, le determinazioni del comune potrebbero essere tanto nel senso di considerarle sostanzialmente conformi al titolo abilitativo, quanto nel senso di ritenere applicabile la disciplina di cui all'art. 34 (Interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire) o all'art. 36 (Accertamento di conformità) del T.U. Edilizia[28].

In conclusione, gli approdi cui giunge la Plenaria – per quanto non esenti da perduranti profili di incertezza – sono senza dubbio da salutare con favore, in quanto consentono, da un lato, di attribuire valenza sostanziale al concetto di difformità edilizia e, dall'altro, di riconoscere appieno la centralità del fattore "tempo" nelle dinamiche di trasformazione urbana. La prospettiva delineata, infatti, impone che gli interventi edilizi si compiano non solo in conformità alla disciplina urbanistico-edilizia di riferimento, ma anche nel solco di una linea temporale ben definita, al fine di garantire effettiva concretezza allo sviluppo del territorio prospettato negli atti di pianificazione: solo in tal modo la "città immaginata" potrà coincidere con la "città realizzata"[29].

Marco Calabrò

[28] R. Musone, *La disciplina giuridica applicabile alle opere parzialmente eseguite in virtù di un titolo edilizio decaduto e non oggetto di intervento di completamento in virtù di un nuovo titolo edilizio*, cit., 744.

[29] M. Calabrò, *Il tempo "certo" ed il tempo "giusto" nell'azione amministrativa: spunti per un dialogo*, in A. Carbone - F. Aperio Bella - E. Zampetti (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo*, Roma, 2024, 159.

2. Inadempimento di convenzione urbanistica e perdita di *chance*

Inadempimento dell'amministrazione e perdita di *chance* del privato nelle convenzioni urbanistiche (commento a Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2025, n. 1962)

Sommario: 1. Il fatto. – **2.** Le convenzioni urbanistiche tra dimensione civile e amministrativa e un tratto in comune: la centralità dell'accertamento dell'inadempimento. – **3.** Canone di buona fede, proposte di modifica alla convenzione urbanistica e facoltà di recesso unilaterale. – **4.** La perdita di *chance* nelle convenzioni urbanistiche. – **5.** Qualche appunto conclusivo.

1. Il fatto.

In data 1° dicembre 2004, Roma Capitale sottoscriveva con la Regione Lazio l'accordo relativo al Programma di Recupero Urbano (d'ora innanzi PRU) "Acilia-Dragona", in seguito debitamente ratificato con deliberazione del Consiglio comunale, che prevedeva la realizzazione sia di interventi privati sia di opere pubbliche. Per dare attuazione al PRU, veniva sottoscritta apposita convenzione tra Roma capitale ed un consorzio di imprese, al cui interno figurava Monti di San Paolo Quinta S.p.a.: mentre il Comune si impegnava a realizzare alcune opere pubbliche, ed in particolare opere di collegamento viario e sottopassi, la società si obbligava a garantire la costruzione di diverse opere di urbanizzazione (parcheggi pubblici, illuminazione, reti fognarie ed idriche, etc.).

Tuttavia, Roma Capitale non realizzava parte delle opere di sua spettanza e, pertanto, Monti di San Paolo Quinta S.p.a. proponeva ricorso dinanzi al TAR Lazio chiedendo l'accertamento dell'inadempimento parziale del Comune nonché la risoluzione *in parte qua* della convenzione urbanistica, oltre al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi in conseguenza di tale inadempimento, a titolo di danno emergente per le spese sostenute e di lucro cessante per mancato utile di impresa sottoforma di perdita di *chance*[1]. Ciò in quanto l'inerzia di Roma Capitale nella realizzazione delle opere pubbliche avrebbe irrimediabilmen-

[1] Con la specificazione che il lucro cessante veniva richiesto in relazione alla mancata vendita di un terreno edificabile con destinazione commerciale oggetto di un preliminare di compravendita sospensivamente condizionato alla approvazione, non intervenuta nei termini della convenzione, da parte di Roma Capitale della progettazione delle opere viarie di collegamento previste a servizio del centro commerciale che si stava realizzando. Inoltre, il lucro cessante veniva richiesto anche con riferimento alla mancata vendita di altri terreni a destinazione residenziale.

te compromesso la possibilità per l'impresa di completare i programmi realizzativi delle capacità edificatorie e, di conseguenza, di massimizzare i profitti, impedendo la vendita dei beni oggetto di trasformazione urbanistica a favore di acquirenti concretamente interessati.

Il TAR Lazio, con sentenza 2 maggio 2019, n. 5552, ha accolto il ricorso dichiarando risolta la convenzione urbanistica e condannando Roma Capitale, oltre al risarcimento del danno per le spese sostenute dalla società ricorrente, a rifondere a quest'ultima sette milioni di euro per lucro cessante con riguardo alla componente commerciale, oltre ad una cifra sensibilmente inferiore[2] per i terreni a destinazione residenziale.

Il Comune ha appellato la sentenza di primo grado chiedendone la riforma in quanto errata in diritto, non ritenendosi inadempiente nell'attuazione della convenzione, ed in subordine la rimodulazione del risarcimento del danno ritenuto eccessivo e non giustificato nei termini sopra descritti.

Investito della questione, il Consiglio di Stato, dopo avere disposto una consulenza tecnica d'ufficio per accertare il contenuto delle reciproche obbligazioni assunte e l'effettivo stato dei lavori, ritiene fondato l'appello, negli stretti limiti di seguito precisati.

Da un lato, il Collegio conferma le ragioni di Monti di San paolo Quinta S.p.a. perché rileva l'inadempimento della convenzione urbanistica da parte di Roma Capitale, peraltro qualificandolo come «grave», essendone derivata l'impossibilità per l'appellato di dare seguito agli impegni assunti con terzi e il conseguente diritto ad ottenere la risoluzione della convenzione oltre al risarcimento dei danni. Dall'altro lato, però, i giudici d'appello, chiamati a valutare l'effettività della lesione economica, hanno ritenuto per alcuni profili insussistente il danno da perdita di *chance* e, per altri, eccessiva la sua quantificazione.

Più precisamente, il Consiglio di Stato, con riferimento ad un terreno dove realizzare un centro commerciale e per cui la società aveva già individuato un acquirente, osserva che la stessa non abbia mai fornito prova né del danno da perdita di *chance* causato dal Comune (consistente appunto nella mancata vendita a terzi del centro commerciale a causa dell'incompletezza dei lavori pubblici), né della relativa quantificazione, non avendo dimostrato un'adeguata consistenza probabilistica circa il conseguimento dell'utilità finale[3]. Cioè, il Collegio ritiene che, nel caso di specie, la perdita di *chance* non sussista in quanto al termine ultimo concordato tra la società e i soggetti terzi acquirenti per l'apertura del centro commerciale – 31 dicembre 2008 – Roma Capitale non risultava ancora inadempiente, perché la scadenza per la realizzazione delle opere di completamento viario di propria competenza era stata individuata nel 12 agosto 2010.

Nondimeno, seppure l'esistenza di *quel* contratto di vendita non abbia determinato di per sé il danno da perdita di *chance*, i giudici d'appello ritengono tale contratto una prova della probabilità di analoghe occasioni di alienazione di un fondo di fatto appetibile sul mercato; occasioni mai con-

[2] Nella sentenza in commento, non è specificato l'ammontare della cifra per gli immobili ad uso residenziale in quanto non fondamentale ai fini della controversia.

[3] Ciò in quanto il termine di avveramento della condizione sospensiva per la vendita del centro commerciale (31 dicembre 2008) da parte delle imprese appellate era anteriore rispetto alla scadenza ultima della realizzazione delle opere pubbliche per cui si era obbligato il Comune (12 agosto 2010).

cretizzatesi in futuro a causa dell'inadempimento del Comune, che di fatto risulta responsabile di un mancato guadagno.

Per la quantificazione del danno patrimoniale da perdita di *chance*, il Consiglio di Stato applica per pacifica giurisprudenza il principio della liquidazione per via equitativa *ex* art. 1226 c.c., stimato nella percentuale del dieci per cento del prezzo inizialmente concordato tra l'impresa appellata e il terzo acquirente (poco meno di trenta milioni di euro), cifra da ridurre ulteriormente a poco meno di un milione di euro in ragione della stima del grado di probabilità della vendita dell'immobile ed a fronte del fatto che, per l'area in cui sarebbe dovuto sorgere il centro commerciale, fosse pervenuta una sola proposta di acquisto.

Infine, con riferimento alla richiesta della società appellata di ottenere un risarcimento del danno per lucro cessante per la mancata vendita degli immobili a destinazione residenziale (sempre parametrato in via equitativa al dieci per cento del mancato utile), il Consiglio di Stato capovolge la pronuncia di prime cure, non riconoscendo tale somma in difetto della prova che la perdita di *chance* sia stata determinata dalla mancata realizzazione delle opere di collegamento viario.

In definitiva, l'appello principale viene accolto in parte: stante la conferma del «grave» inadempimento della convenzione urbanistica, per i terreni a destinazione commerciale il Consiglio di Stato nega il danno patrimoniale dovuto alla perdita di *chance* per *quella* mancata vendita del terreno su cui sarebbe dovuto sorgere il centro commerciale, ma riconosce la medesima perdita per analoghe possibilità di vendita future, sebbene con un ricalcolo al ribasso; diversamente, per i terreni a destinazione residenziale viene rilevato il difetto di prova del nesso causale *ex* art. 1223 c.c., essendo indimostrato che la mancata alienazione dei lotti sia stata causata dall'inadempimento del Comune.

2. Le convenzioni urbanistiche tra dimensione civile e amministrativa e un tratto in comune: la centralità dell'accertamento dell'inadempimento.

La sentenza, particolarmente complessa come risulta dalla descrizione del fatto, affronta un tema "tradizionale" del diritto amministrativo e, in specie di quello urbanistico, relativo agli strumenti negoziali dell'attività pubblica che, nel caso di specie, assumono la forma delle convenzioni urbanistiche[4], il cui modello normativo è notoriamente quello dell'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241, potendo atteggiarsi a seconda dei casi come accordo sostitutivo o integrativo del provvedimento[5]. Strumento dun-

[4] L'argomento è stato approfondito a più riprese dalla dottrina. Senza pretese di completezza, tra i lavori più significativi, F. Manganaro, *Nuove questioni sulla natura giuridica delle convenzioni urbanistiche*, in *Urb. app.*, 2006, n. 3, 344 ss.; M. Dugato, *Brevi note in tema di convenzioni edilizie ed accordi ex art. 11 l. 241/1990*, in *Le Regioni*, 1993, n. 3, 970 ss.; G.F. Cartei, *Convenzioni urbanistiche e limiti alla giurisdizione esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, n. 7, 715 ss.; N. Aicardi, *Convenzioni urbanistiche per opere energetiche e competenze comunali per l'edificazione: le situazioni soggettive tutelabili*, in *Riv. giur. urb.*, 1990, n. 3-4, 381 ss.; M. Magri, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, n. 4, 539 ss.; E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; M. De Donno, *Il principio di consensualità nel governo del territorio: le convenzioni urbanistiche*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, n. 5, 279 ss.

[5] Di recente, sulla qualificazione delle convenzioni urbanistiche come accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento amministrativo ai sensi dell'art. 11, l. n. 241/1990, oltre alla sentenza in commento, si v. di recente, tra le tante, anche TAR

que ibrido, a metà strada tra la dimensione civilistica e quella pubblicistica, con tutto quanto ne deriva in termini di principi (civilistici) applicabili, obbligazioni e richieste di risarcimento danni a fronte di eventuali inadempimenti della controparte[6].

Il fugace richiamo a questi aspetti, seppur di impronta più didascalica che scientifica, appare comunque necessario per procedere all'analisi di maggiore dettaglio degli altri punti della pronuncia meritevoli di attenzione.

Tra essi, c'è sicuramente il ricorso del Collegio alla consulenza tecnica d'ufficio (CTU), verso la quale il giudice amministrativo ha tradizionalmente mostrato alcune riserve per la preoccupazione di adottare una decisione che sconfini nel merito, ma che in un settore per l'appunto "ibrido" tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, e perciò rientrante nella giurisdizione esclusiva, sembra essere stato utilizzato senza particolari timori[7]. Nondimeno, a prescindere dal tipo di giurisdizione, con il fine di non "indebolire" eccessivamente il già rivisitato (rispetto al processo civile) metodo dispositivo in favore del metodo acquisitivo[8], va comunque ricordato che per il giudice amministrativo la CTU costituisce non già un mezzo di prova, ma al più di ricerca della prova, avente la funzione di fornire al giudice i necessari elementi di valutazione quando la complessità dei fatti di causa sul piano tecnico-specialistico impedisca una compiuta comprensione, senza però avere la funzione di esonerare la parte dagli oneri probatori[9].

Al di là di queste speculazioni, un aspetto è però evidente: la CTU si è rivelata utile per fornire al Consiglio di Stato una serie di elementi necessari per accertare l'inadempimento del Comune appellante e, allo stesso tempo, additarlo come "grave".

L'inadempimento e la sua gravità sono dunque i due aspetti che inducono il Collegio, e in primo grado il TAR, ad individuare la responsabilità del Comune per non avere rispettato gli impegni assunti – per l'appunto la realizzazione delle opere pubbliche – senza avere dimostrato che la mancanza fosse dovuta a cause a sé non imputabili, o comunque inevitabili con l'ordinaria diligenza: ovvero, dimostrazioni imprescindibi-

Lombardia, Milano, sez. IV, 25 ottobre 2024, n. 2898; Cons. Stato, sez. IV, 4 giugno 2024, n. 5001; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 10 novembre 2023, n. 2608; TAR Molise, sez. I, 20 dicembre 2023, n. 344.

6 In ultimo, questi profili sono ben descritti da Corte cass., sez. VI, 12 ottobre 2024, n. 25584, la quale rammenta che il se creditore agisce per la risoluzione dell'accordo, per il risarcimento del danno ovvero per l'adempimento, debba limitarsi a fornire la fonte dell'obbligazione e ad allegare l'inadempimento, mentre il debitore è chiamato a dimostrare il fatto estintivo dell'altrui pretesa o sollevare l'eccezione di inadempimento del creditore.

7 In letteratura, per un'analisi su questi profili ed un continuo confronto tra CTU e verificazione, G. Clemente di San Luca, *Verificazione e consulenza tecnica d'ufficio nel quadro dei mezzi di prova esperibili nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, n. 3, 761 ss. Con specifico riguardo alle titubanze del giudice amministrativo nell'utilizzo della CTU, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 280 ss., dove appunto l'A. ricorda come, anche in base agli artt. 19 e 63 c.p.a., la CTU sia vista come uno strumento da utilizzare «eccezionalmente» e comunque «se indispensabile». Cfr. anche S. Mirate, *La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 2000, n. 12, 2402 ss.; E. Giardino, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, in *Il Foro it.*, 2002, n. 9, 414 ss.; G. D'Angelo, *La consulenza tecnica nel processo amministrativo tra prassi consolidata e studi innovativi*, in *Il Foro amm. TAR*, 2005, n. 2, 579 ss.

8 Sull'applicazione del metodo acquisitivo nel processo amministrativo, per tutti, G. Manfredi, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, n. 3, 578 ss.

9 TAR Campania, Napoli, sez. V, 15 febbraio 2024, n. 1091; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 27 febbraio 2024, n. 703; Id., sez. I, 12 giugno 2023, n. 1831; TAR Marche, sez. I, 25 agosto 2021, n. 641.

li per evitare profili di responsabilità, come continua a ribadire la Corte di cassazione[10].

3. Canone di buona fede, proposte di modifica alla convenzione urbanistica e facoltà di recesso unilaterale.

L'influsso dei principi civilistici sulla convenzione urbanistica è nitido non solo con riguardo agli aspetti appena esaminati, che hanno portato il Consiglio di Stato a confermare la sentenza di prime cure, ma anche al capo relativo alla contestazione sul risarcimento del danno e, soprattutto, alla sua quantificazione. Il giudice d'appello si è trovato a doversi esprimere sulla (presunta) mancata collaborazione della società appellata, che avrebbe risposto alla domanda del Comune di rimodulare gli impegni convenzionali con una richiesta di risoluzione della convenzione in quanto, a quelle condizioni, «non più conveniente». Come a dire che il risarcimento non sarebbe stato dovuto a causa del difetto di un comportamento incline alla buona fede da parte di Monti di San Paolo Quinta S.p.a.

Non che il canone di buona fede non sia basilare nello sviluppo dell'azione amministrativa e, a maggior ragione, negli strumenti di natura consensuale in forza dell'influenza posta dai principi civilistici[11]; pensiero del resto rafforzato anche da quegli studi che propendono per una sostanziale omogeneità di fondo tra i poteri pubblici e privati e i relativi tratti ontologici, anche in considerazione dell'obbligo reciproco di rispettare gli interessi dell'una e dell'altra parte[12].

Senza però ampliare eccessivamente lo sguardo a tematiche di teoria generale – limitandosi a segnalare l'esistenza di tesi contrarie secondo cui nel potere amministrativo sono insiti dei profili non presenti nei c.d. "poteri privati"[13], cosa che comunque non può impli-

[10] *Ex multis*, Cass. civ., sez. III, 23 ottobre 2018, n. 26700.

[11] È noto che il principio di buona fede permei in generale tutta l'attività amministrativa, come peraltro stabilito anche dall'art. 1, comma 2-*bis*, l. n. 241/1990. Al riguardo, la lettura è molto copiosa, per cui si rimanda ad alcuni tra i più significativi contributi, senza pretese di completezza: A. Romano, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, n. 1, 111 ss.; E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Il dir. econ.*, 2001, n. 2, 317 ss.; G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali: le analogie tra sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, a cura di G.D. Falcon e B. Marchetti, Padova, 2013, 307 ss., spec. 323 ss., dove l'A. addita la buona fede e la correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. come vere e proprie clausole generali e, pertanto, elementi che caratterizzano non solo l'attività amministrativa ma anche (e di conseguenza) il sindacato sul provvedimento, in particolare tramite la valutazione di eccesso di potere; più di recente, sul tema S. Torricelli, *Buona fede e confini dell'imparzialità nel rapporto procedimentale*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, n. 2, 29 ss.; G. Tropea, *Buona fede e processo amministrativo, in P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, n. 2, 151 ss.; M.C. Cavallaro, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, *ibidem*, 131 ss.; A. Carbone, *Considerazioni generali su buona fede e responsabilità nel diritto amministrativo*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2023, n. 2, 603 ss.; A. Mandara, *La buona fede come parametro di validità del provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, n. 4, 527 ss. In giurisprudenza, tra le pronunce che richiamano espressamente il canone di buona fede come criterio di orientamento dell'attività amministrativa, di qualsiasi natura (consensuale, coattiva, discrezionale, etc.), tra le tante, Cons. Stato, sez. III, 7 febbraio 2025, n. 1003; TAR Trento, sez. I, 14 ottobre 2024, n. 149; Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2023, n. 10911; TAR Lazio, Latina, sez. II, 25 settembre 2023, n. 684; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 10 novembre 2023, n. 2608.

[12] G.G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., *passim*; su una posizione più mediata è B.G. Mattarella, *Poteri amministrativi e poteri privati: convergenze e divergenze*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, cit., 363 ss., il quale ricorda appunto che a fronte di una tendenziale convergenza tra poteri pubblici e privati, vi sono molti dei primi strutturalmente diversi dai secondi.

[13] V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, n. 1, 33 ss., che vede nella funzionalizzazione ad un interesse pubblico collettivo il decisivo elemento di discrimine tra poteri pubblici e privati. Il tema è stato altresì affrontato da A. Sandulli, *Il Diritto quale infrastruttura*

care un rinnegamento del canone di buona fede dell'azione amministrativa – e rimanendo nel perimetro delle convenzioni urbanistiche, si ravvisa che in tale ambito la giurisprudenza è tendenzialmente chiamata a pronunciarsi più sul comportamento dell'amministrazione che su quello del privato (al quale viene sostanzialmente richiesto di rispettare gli obblighi assunti)[14]. Ciò in quanto il legittimo affidamento che quest'ultimo ripone nell'accordo, sin dalla fase delle trattative[15], è potenzialmente minato non solo da circostanze sopravvenute rilevanti che alterano l'equilibrio sinallagmatico[16] ma anche dalla rivisitazione dell'interesse pubblico che l'amministrazione può attuare in base alle proprie valutazioni discrezionali; valutazioni che si possono concretizzare tanto in una variante allo strumento urbanistico che incide sulla convenzione quanto in una richiesta di modifica della stessa. Ma mentre la prima circostanza, che può precludere al privato l'esecuzione di attività economicamente rilevanti su cui c'è già l'accordo, è oggetto di risarcimento quantomeno per le spese sostenute[17], la seconda può legittimamente non essere accettata, per cui il rifiuto del privato non è di per sé motivo di inadempimento e, dunque, motivo di esclusione del risarcimento da parte dell'ente pubblico in caso di controversia.

Ed è proprio questa una delle affermazioni più nette del Consiglio di Stato nella pronuncia in commento: la richiesta del Comune appellante di negare, o comunque diminuire, il risarcimento del danno non può essere accolta in forza della mancata cooperazione del privato, che si atteggia come tale non essendo giuridicamente obbligato ad accondiscendere alle proposte di revisione dell'accordo avanzate da parte dell'amministrazione per i propri interessi[18]. Tanto è vero che, come

per i poteri privati? A proposito di un libro di Katharina Pistor, in *Dir. pubbl.*, 2021, n. 3, 999 ss.; G. Sigismondi, *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, in *Dir. pubbl.*, 2003, n. 2, 475 ss.; E. Bruni Liberati, *Poteri privati e nuova regolazione pubblica*, in *Dir. pubbl.*, 2023, n. 1, 285 ss.; C. Pinelli, *Il Costituzionalismo di fronte ai nuovi poteri privati*, in *Economia pubblica*, 2023, n. 1, 115 ss.; L. Torchia, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Il Mulino*, 2024, n. 1, 14 ss.

[14] L'affermazione è chiaramente generica e non corroborata da percentuali nella presentazione dei ricorsi da parte di privati o delle amministrazioni pubbliche. Ciò nonostante, pare evidente come, nel processo amministrativo, la ripartizione dei ruoli attribuisca generalmente al privato la parte di ricorrente ed alla amministrazione quella di resistente. Tuttavia, oggi è pacificamente condiviso che le stesse amministrazioni possano legittimamente presentare ricorso: per tutti, M. Delsignore, *L'amministrazione ricorrente*, Torino, 2020.

[15] Infatti, TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 7 gennaio 2022, n. 16, afferma che: «Anche nelle trattative per la formazione di accordi *ex* art. 11, l. n. 241/1990, in cui rientrano pacificamente le convenzioni urbanistiche, è configurabile una responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione allorché essa, con il proprio complessivo comportamento colpevole, leda l'affidamento in buona fede del privato in merito alla legittimità ed operatività dei provvedimenti preordinati alla conclusione dell'accordo medesimo, indipendentemente dal profilo della legittimità o meno dell'esercizio del potere autoritativo di autotutela».

[16] Tanto è vero che il giudice amministrativo presta attenzione a questa eventualità. Si v., ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2024, n. 9014, secondo cui in materia di convenzioni urbanistiche, in presenza di circostanze sopravvenute rilevanti, il privato può chiedere al Comune di rinegoziare i contenuti della convezione, in applicazione del principio di buona fede e correttezza *ex* art. 1375 c.c., in forza del rinvio contenuto dell'art. 11, l. n. 241/1990 ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti; inoltre, avendo il privato una posizione qualificata e differenziata in quanto parte dell'accordo, in presenza di un'istanza di riesame dei contenuti della convenzione, motivata in ragione di circostanze sopravvenute, è ben possibile configurare un obbligo di provvedere, ai sensi dell'art. 2, l. n. 241/1990, in capo alla controparte pubblica, che non necessariamente sarà tenuta ad assicurare il bene della vita cui aspira la parte privata, ma che dovrà, in ogni caso, istruire l'istanza e motivare le proprie determinazioni nel rispetto del canone generale di ragionevolezza e di proporzionalità.

[17] È quanto posto in evidenza, in ultimo, da Cons. Stato, sez. IV, 20 giugno 2024, n. 5514, il quale riconosce il diritto al risarcimento danni commisurato all'interesse negativo (spese sostenute) a favore del privato nel momento in cui l'amministrazione decida legittimamente di adottare una variante urbanistica che rivede i termini della convenzione urbanistica.

[18] L'affermazione secondo cui una parte può legittimamente non accogliere le proposte di modifica alla convenzione avanzata dall'altro soggetto non è così banale come potrebbe *prima facie*

già ricordato nel paragrafo 1, il diniego del risarcimento per alcuni aspetti e la sua diminuzione per altri sono dovuti ad una mancata dimostrazione della perdita di *chance*, non alla mancata volontà della società di rivedere gli accordi originariamente assunti.

Conclude sul punto la sentenza in commento: «era piuttosto il Comune che avrebbe dovuto valutare i presupposti per un recesso dall'accordo, previo pagamento di un eventuale indennizzo, motivando in ordine alla sussistenza di sopravvenuti motivi di interesse pubblico come previsto dall'art. 11 della legge n. 241 del 1990». Viene dunque mosso un rimprovero all'amministrazione, la quale anziché tentare di mantenere in vigore la convenzione apportando delle modifiche potenzialmente non condivisibili, avrebbe piuttosto dovuto ponderare l'ipotesi di recedere dall'accordo previo indennizzo, circostanza in cui vanta una maggiore autonomia di scelta.

4. La perdita di *chance* nelle convenzioni urbanistiche.

A questo punto, vale la pena soffermarsi su un altro dei passaggi principali della pronuncia, quello relativo al risarcimento del lucro cessante da perdita di *chance*, intesa come perdita di un risultato finale (a causa dell'inadempimento) anziché di *quello* specifico risultato[19].

Si è accennato nel primo paragrafo che, limitatamente ai terreni a destinazione residenziale, la sentenza in commento capovolge quella di primo grado in difetto della dimostrazione che il danno in questione sia stato causato dalla mancata realizzazione delle opere di collegamento viario da parte del Comune.

Ragionamento diverso, invece, è compiuto per il terreno a destinazione commerciale sul quale si sarebbe dovuta realizzare una grande struttura di vendita: in questa circostanza, il Collegio ritiene che la società abbia fornito prova sufficiente del nesso causale tra l'inadempimento di Roma Capitale ed il *vulnus* alle future aspettative economiche legate alla vendita del terreno stesso.

La perdita di *chance*, costruita sull'art. 1223 c.c., è tema complesso e scivoloso perché il risarcimento è subordinato ad una dimostrazione basata su un fattore ipotetico, o meglio ancora probabilistico, piuttosto che su un elemento reale[20]; proprio a causa della sua complessità, sotto il profilo squisitamente dogmatico si sono contrapposte tesi diverse sull'istituto, alcune delle quali

---

apparire se la si considera dal punto di vista della già sopra citata pronuncia Cons. Stato n. 9014/2024: se la richiesta della modifica è proposta dal privato, l'amministrazione dovrebbe quantomeno valutarla secondo buona fede, pur non essendo chiaramente obbligata ad accoglierla.

[19] Sul concetto di perdita di *chance*, di matrice chiaramente civilistica, nell'ambito del diritto amministrativo, tra gli studi più recenti si segnalano i contributi di A. Magliari, *Il risarcimento del danno da perdita di "chance" tra insuperabile certezza cognitiva e definitiva preclusione del risultato finale*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, n. 4, 936 ss.; L. Viola, *Il danno da perdita di "chances" a vent'anni da Cass. n. 500/1999*, in *Urb. app.*, 2020, n. 2, 182 ss.; F. Cortese, *Evidenza pubblica, potere amministrativo e risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, n. 2, 183 ss.; A. Travi, *In tema di risarcimento del danno da perdita di "chance" per annullamento di una gara*, in *Il Foro it.*, 2015, n. 9, 441 ss.; M.C. Cavallaro, *Risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Studium iuris,* 2001, n. 5, 573 ss.; G. Serra, *Tra danno e situazione giuridica soggettiva: osservazioni sulla perdita di chance nel diritto amministrativo*, in *Il dir. econ.*, 2023, n. 2, 11 ss. Per ulteriore bibliografia, molto estesa sul punto, per motivi di sintesi si rinvia ai contributi dottrinali appena citati.

[20] La norma richiama appunto il risarcimento del danno costituito dal danno emergente e dal lucro cessante.

hanno promosso la teorica eziologica della *chance*, altre ancora quella ontologica[21].

Per questi motivi, c'è stato un interessamento sul tema dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la quale con la sentenza 23 aprile 2021, n. 7 ha dichiarato che «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». Di conseguenza, continua l'Adunanza plenaria, «La valutazione causale *ex* art. 1223 cod. civ. assume 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»[22].

Prova che, nel caso della sentenza in commento, è costituita dall'esistenza di un contratto pregresso tra la società ed un acquirente terzo per la vendita del fondo: sebbene gli effetti di quel contratto non si concretizzarono per ragioni non imputabili all'inadempimento dell'amministrazione[23], la sola stipula dell'accordo è stata ritenuta un indizio «grave e preciso circa l'appetibilità commerciale del terreno», e dunque sufficiente per accertare la probabilità di analoghe occasioni di alienazione future, di fatto impedite dall'inadempimento del Comune che non realizzò mai le opere di collegamento viario.

Certo, si è già posta in dubbio l'effettiva efficacia del criterio probabilistico applicato al nesso di causalità poiché lascia qualche perplessità in termini di certezza del diritto[24], ma l'Adunanza plenaria ritiene inevitabile una valutazione costruita attorno al criterio della verosimiglianza; valutazione che, del resto, sembra in parte influenzata dal meccanismo per stabilire il risarcimento del danno delineato dalla sentenza delle

[21] Lo ricorda bene G. Serra, *Tra danno e situazione giuridica soggettiva*, cit., 13-14, quando osserva che la teoria eziologica della perdita di *chance* si basa su una perdita che non ha autonoma consistenza ma è presupposto causale per il raggiungimento del risultato sperato; diversamente, «la tesi ontologica qualifica la *chance* come bene autonomo rispetto al risultato perso, indicandola come possibilità attuale di raggiungere il risultato futuro, già presente nel patrimonio del danneggiato». Per maggiori approfondimenti bibliografici e giurisprudenziali al riguardo, si v. la nota 6 del lavoro.

[22] Cons. Stato, Ad. plen., n. 7/2021, punto n. 21 delle considerazioni in diritto.
Nella dottrina, sulla questione della probabilità si era già esposto L. Viola, *Il danno da perdita di chance*, in *Il Foro amm.*, 2020, n. 3, 587 ss.

[23] Si ricordi, infatti, come già scritto in fine del paragrafo 1, che la perdita di *chance* non fu riconosciuta per la mancata vendita del terreno su cui sarebbe dovuto sorgere il centro commerciale, perché la società si era obbligata alla realizzazione delle opere di urbanizzazione ed alla consegna del fondo in favore dell'acquirente in un momento anteriore rispetto al termine ultimo per Roma Capitale di eseguire la propria parte di lavori (in effetti mai realizzati).

[24] Per una critica al criterio probabilistico, si v. le riflessioni di G. Serra, *Tra danno e situazione giuridica soggettiva*, cit., 14-15, dove l'A. evidenzia le criticità legate alla definizione della perdita di *chance*, troppo spesso costruita su una base di criteri eccessivamente empirici che non offrono garanzie in merito alla certezza del diritto.

Sezioni unite 22 luglio 1999, n. 500[25] per la lesione degli interessi legittimi (pretensivi), basato su un giudizio di spettanza[26]. Sebbene le due valutazioni siano diverse – l'una su danno verosimile ma la cui accertabilità in concreto non è oggettiva, l'altra su un danno più "evidente" e cioè oggettivamente accertabile, che sarebbe stato evitato se l'amministrazione avesse agito in modo conforme a diritto – entrambe si basano su un ragionamento prognostico[27].

Al di là di queste speculazioni, però, un elemento appare chiaro dalla sentenza dell'Adunanza plenaria: la perdita di *chance* ha ormai trovato autonomo riconoscimento (anche) nel giudizio amministrativo, dovendosi valutare caso per caso il venir meno di un risultato più favorevole rispetto ad aspettative legittime.

Peraltro, limitatamente alle convenzioni urbanistiche, proprio in virtù del fatto che esse rappresentano uno strumento ibrido in larga parte influenzato dai principi civilistici, e sebbene anche in questo ambito fisiologicamente permangano delle incertezze nella valutazione che il giudice è chiamato a svolgere[28], si ha l'impressione che il giudizio di perdita di *chance* possa beneficiare di qualche elemento di certezza maggiore rispetto ai casi di "pura" giurisdizione di legittimità: cioè, nelle convenzioni urbanistiche l'accertamento della perdita di un risultato più favorevole potrebbe risultare meno difficoltoso in quanto spesso correlabile – come nel caso di specie – a dinamiche di mercato e di scambi commerciali, i cui costi seppure in termini probabilistici sono in linea teorica accertabili[29].

In ultimo, sulla quantificazione del danno da perdita di *chance*, la sentenza si limita a confermare «per pacifica giurisprudenza» il principio della liquidazione per via equitativa, individuando l'ammontare del risarcimento in 930.000 euro. Tale cifra è il risultato del 30% rispetto all'utile teorico (ossia il presso inizialmente concordato per

[25] Il parallelo è proposto anche da A. Magliari, *Il risarcimento del danno da perdita di "chance" tra insuperabile certezza cognitiva e definitiva preclusione del risultato finale*, cit., 938.

[26] Per un commento alla pronuncia, a fronte di copiosa letteratura, si rinvia ad alcuni degli studi più significativi. F.G. Scoca, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost*., 1999, n. 6, 4045 ss. e G. Cugurra, *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm*., 2000, n. 1, 1 ss.; L. Torchia, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm*., 1999, n. 9, 843 ss.; A. Travi, *La giurisprudenza della Cassazione sul risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi dopo la sentenza delle sezioni unite 22 luglio 1999 , n. 500/SU*, in *Il Foro it*., 2004, n. 3, 794 ss.; F. Satta, *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, in *Giur. cost*., 1999, n. 5, 3233 ss.; G. Greco, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Dir. pubbl. com*., 1999, n. 5, 1126 ss.; F. Fracchia, *Dalla negoziazione della risarcibilità degli interessi legittimi alla risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Il Foro it.,* 1999, n. 11, 3212 ss. Pochi mesi prima della pronuncia, sul tema è fondamentale il rinvio allo studio di A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm*., 1999, n. 1, 1 ss.

[27] In poche parole, è questo il senso delle riflessioni di G. Serra, *Tra danno e situazione giuridica soggettiva*, cit., 16-22, il quale individua la differenza tra risarcimento del danno per equivalente e risarcimento del danno da perdita di *chance* nel fatto che, nel primo caso, il bene della vita può essere oggettivamente accertato, mentre nel secondo caso tale accertamento sia impossibile: a quel punto, ha senso parlare di risarcimento da perdita di *chance*. Soprattutto, continua l'A., nel caso da perdita di *chance* per l'amministrazione non è possibile ripetere le sue valutazioni, il che rende appunto impossibile acclarare la spettanza al bene della vita. In termini sostanzialmente analoghi sull'impossibilità di accertare in modo oggettivo il risultato vantaggioso, anche Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268.

[28] Sull'impossibilità di avere delle certezze, si v. le riflessioni di A. Magliari, *Il risarcimento del danno da perdita di "chance" tra insuperabile certezza cognitiva e definitiva preclusione del risultato finale*, cit., *passim*.

[29] Si pensi, a titolo di semplice esempio, ad accurate indagini di mercato per individuare i costi al metro quadro di un certo terreno con una determinata destinazione.

la vendita del terreno, mai avvenuta) quantificabile in tre milioni di euro, a cui sono state ulteriormente decurtate altre somme per le seguenti circostanze: esistenza di una sola proposta di acquisto; esistenza di oggettive condizioni disincentivanti l'acquisto per le estreme difficoltà di attuazione del piano attuativo, ben visibili sin da principio; natura pubblicistica della convenzione che implica il rischio del recesso per il privato; il fatto che la società, chiedendo la risoluzione dell'accordo anziché l'adempimento, ha di fatto rinunciato alla possibilità di ricercare ulteriori *chance* di vendita.

5. Qualche appunto conclusivo.

Muovendo verso qualche breve considerazione conclusiva, la sentenza in commento è apprezzabile non tanto perché rileva l'inadempimento del Comune di Roma – punto fondamentale in diritto, eppure meno significativo nell'ottica dell'esegesi – quanto piuttosto per il tentativo di offrire indicazioni puntuali in merito alla quantificazione del danno da perdita di *chance*.

In parole più semplici, il Collegio non si è limitato a richiamare il passaggio dell'Adunanza plenaria n. 7/2021 sopra citato, dove si indica nella probabilità del mancato utile a causa del fatto ingiusto il "nucleo" della perdita di *chance*. Diversamente, quando la pronuncia n. 1962/2025 individua i motivi che hanno determinato l'ammontare della liquidazione in via equitativa, descrive per punti le ragioni che hanno condotto alla cifra finale riconosciuta come risarcimento[30], andando a proseguire nel solco già tracciato da precedente giurisprudenza secondo cui, ai fini del risarcimento, non è sufficiente un astratto richiamo alla probabilità del vantaggio economico che si sarebbe ottenuto in mancanza del fatto ingiusto, essendo invero doveroso un analitico vaglio sulla concretezza e l'attualità della *chance* oramai irrimediabilmente preclusa[31].

Vaglio più che mai opportuno perché, oltre a motivare il danno di cui si discute, serve a differenziarlo dal nocumento basato sul giudizio sulla spettanza, dove invece il mancato conseguimento del risultato vantaggioso è ancora accertabile e il relativo vantaggio ancora perseguibile; il che equivale a riconoscere come, al fine di evitare duplicazioni di tutele per il privato, la perdita di *chance* è riconosciuta in quanto assolutamente alternativa al risultato finale, oramai impossibile da ottenere[32]. Situazione, questa, che evidentemente si verifica nell'ipotesi di un inadempimento di una convenzione urbanistica, a cui segue peraltro è seguita la risoluzione dichiarata dal giudice.

Gabriele Torelli

[30] Si fa riferimento ai motivi elencati in fine del paragrafo n. 4.

[31] Il richiamo è alla già citata Cons. Stato, n. 6268/2021. Per la descrizione analitica dei punti da esaminare per rendere concreta l'analisi della perdita di *chance*, si rinvia ancora una volta ad A. Magliari, *Il risarcimento del danno da perdita di "chance" tra insuperabile certezza cognitiva e definitiva preclusione del risultato finale*, cit., 949-951, sostanzialmente relativi all'insuperabile deficienza cognitiva del processo eziologico, all'estremo rigore con cui accertare il danno alla condotta altrui, al livello elevato delle probabilità perdute, alla mancanza di un effetto conformativo della sentenza che garantirebbe al privato una seconda possibilità.

[32] A. Magliari, *op. cit.*, 943-944, 951.

3. Interpretazione secondo buona fede degli accordi in materia urbanistica (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 5 settembre 2024, n. 7435)

Sommario: 1. Il caso di specie. – **2.** L'interpretazione degli accordi tra Amministrazione e privati secondo la giurisprudenza amministrativa. – **3.** La natura dei termini per la presentazione di un Piano Urbanistico Attuativo e della documentazione di valutazione ambientale. – **4.** Osservazioni conclusive.

1. Il caso di specie.

Il problema giuridico sotteso alla sentenza che si annota attiene alla tematica degli accordi amministrativi di cui all'art. 11, legge n. 241 del 1990 e, in particolare, ai canoni ermeneutici da seguire per la loro corretta interpretazione.

È necessario, quindi, anzitutto ricostruire esattamente la vicenda che ha portato alla pronunzia del Consiglio di Stato.

Il 31 gennaio 2008 il Comune di Ozzano dell'Emilia approvava la variante n. 16 al Piano Regolatore Generale (PRG) mediante la quale veniva ammessa la possibilità di effettuare un intervento di stoccaggio rifiuti.

Successivamente, il 27 giugno 2011 il Comune sottoscriveva con tre imprese specializzate del settore uno specifico accordo *ex* art. 18 l.r. Emilia Romagna n. 20/2000 per l'inserimento nelle previsioni della variante del Piano Operativo Comunale (POC) di un'area adatta alla realizzazione di un impianto per la gestione ed il coordinamento dell'attività di raccolta e selezione dei materiali riciclabili e di un impianto di stoccaggio temporaneo e di recupero dei rifiuti classificati non pericolosi.

L'8 maggio 2017 veniva stipulato un nuovo accordo *ex* art. 18, l.r. Emilia Romagna n. 20/2000, nel quale si prevedeva un periodo di due anni, decorrente dall'approvazione della variante di Piano Operativo Comunale avvenuta il 20 dicembre 2017, entro il quale le parti si impegnavano ad individuare una localizzazione alternativa dell'impianto e le imprese attuatrici si impegnavano a non presentare il progetto. Decorso tale periodo, alle attuatrici erano concessi sei mesi per presentare le istanze necessarie all'approvazione del progetto.

Il 19 giugno 2020 le imprese attuatrici presentavano l'istanza di Piano Urbanistico Attuativo (PUA) con valore di permesso di costruire, ma il Comune, in data 1° ottobre 2020, previa valutazione delle osservazioni degli istanti, comunicava il provvedimento di rigetto.

Il 5 ottobre 2020 le imprese attuatrici inviavano al Comune una istanza di riesame con richiesta di annullamento in autotutela, rigettata però dall'Amministrazione comunale.

Le imprese attuatrici decidevano allora di impugnare i suddetti provvedimenti con ricorso straordinario al Capo dello Stato, che

veniva successivamente trasposto dinanzi al T.A.R. competente, ovvero il T.A.R. Emilia Romagna, sede di Bologna.

Il T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, con sentenza n. 825 del 2021, accoglieva il ricorso presentato dalle imprese attuatrici.

In particolare, il ricorso aveva per oggetto l'annullamento del provvedimento del 1° ottobre 2020 con cui il Comune ha respinto l'istanza di Piano Urbanistico Attuativo con valore di permesso di costruire presentata dalle imprese attuatrici, in quanto sarebbe divenuto inefficace il Piano Operativo Comunale del 2017 relativamente alla previsione denominata "Comparto per il completamento del polo impianti per il trattamento e riciclo dei rifiuti Ca' Bassone".

Ciò perché, ai sensi dell'art. 3, co. 2, dell'accordo stipulato *ex* art. 18, l.r. Emilia Romagna n. 20 del 2020, le imprese attuatrici, secondo la prospettazione dell'Amministrazione Comunale, avrebbero dovuto presentare le istanze necessarie all'approvazione del progetto entro 30 mesi decorrenti dall'approvazione della variante al Piano Operativo Comunale. Nel caso di specie, le imprese avrebbero però presentato entro il termine predetto, che sarebbe scaduto il 20 giugno 2020, esclusivamente l'istanza di permesso di costruire e non anche quella, altrettanto necessaria, di V.I.A. che è stata presentata solo in data 2 settembre 2020.

Il T.A.R. Emilia Romagna ha accolto il ricorso delle imprese attuatrici in quanto, anzitutto, il Comune avrebbe violato i principi di correttezza e buona fede nello scadenzare i tempi di presentazione delle istanze necessarie all'approvazione del progetto con valore di permesso di costruire, dato che dopo il biennio accordato nel precipuo interesse del Comune, i soggetti privati dovevano concentrare gli sforzi in una cornice temporale troppo ristretta; in ogni caso la presentazione dell'istanza di V.I.A. sarebbe tempestiva perché l'iniziale termine entro cui presentare le istanze necessarie all'approvazione del progetto è stato prorogato di 90 giorni alla luce dell'art. 103, co. 2-*bis*, d.l. 17 marzo 2020, n. 18; da ultimo, l'unica istanza da avviare entro i 30 mesi aveva per oggetto la VAS/Valsat (Valutazione della Sostenibilità Ambientale e Territoriale) e le imprese attuatrici hanno provveduto tempestivamente depositando il rapporto ambientale unitamente all'istanza di Piano Urbanistico Ambientale.

La sentenza del T.A.R. Emilia Romagna è stata impugnata dal Comune dinnanzi al Consiglio di Stato, che è stato chiamato a pronunziarsi sulla natura e sull'interpretazione degli accordi amministrativi *ex* art. 11, legge n. 241 del 1990.

Da qui occorre partire.

2. L'interpretazione degli accordi tra Amministrazione e privati secondo la giurisprudenza amministrativa.

In questo caso, come emerge dal paragrafo precedente, si è dinnanzi ad un accordo di cui all'art. 11, legge n. 241 del 1990, nell'ambito del quale l'Amministrazione comunale, nell'esercizio della sua potestà di pianificazione, tenendo conto della preoccupazione di almeno una parte della cittadinanza per nuovi impianti di trattamento dei rifiuti, ha chiesto alle imprese attuatrici di non presentare le istanze necessarie all'approvazione del progetto per almeno due anni dall'approvazione della variante del Piano Operativo Comunale.

Su queste basi, il Comune avrebbe dovuto, quindi, valutare l'istanza delle imprese attuatrici con ragionevolezza e con lo stesso spirito collaborativo mostrato dalle stesse.

Non si tratta certamente di legittimare una facoltà esercitabile senza limiti di tempo secondo l'arbitrio delle attuatrici, ma di contemperare opposte esigenze, ovvero quello certamente legittimo alla tempestiva definizione del procedimento, anche se per due anni tale esigenza non è stata soddisfatta per la stessa volontà dell'Amministrazione comunale, e quello, altrettanto legittimo, delle società attuatrici, di portare ad esecuzione, dopo due anni di attesa, gli interventi programmati con la presentazione delle istanze necessarie alla realizzazione del progetto.

Secondo il Comune la domanda di Piano Urbanistico Attuativo con valore di richiesta di permesso di costruire doveva essere respinta perché le imprese attuatrici hanno presentato l'istanza di V.I.A. solo il 2 settembre 2020 allorquando il termine sarebbe scaduto già il 20 giugno del medesimo anno.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto questa conclusione sproporzionata e irragionevole, in considerazione della circostanza, correttamente evidenziata dal T.A.R., che il Comune ha prima chiesto (e ottenuto) una sorta di differimento dell'esecuzione della realizzazione del progetto di due anni, per poi richiedere che la presentazione delle istanze necessarie alla realizzazione del progetto avvenisse entro termini ritenuti decadenziali.

Questa interpretazione dell'Amministrazione comunale non è però corretta neanche seguendo i criteri di interpretazione del contratto, applicabili al caso di specie, sia se si qualificasse l'accordo in questione ai sensi dell'art. 11, legge n. 241 del 1990, sia se lo si qualificasse come contratto di diritto privato.

Anzitutto occorre soffermarsi sugli accordi tra Amministrazione e privati, perché in questa categoria rientra l'accordo previsto dalla legge regionale Emilia Romagna oggetto del contenzioso.

Richiamando le parole di Nigro, l'accordo deve essere "*visto e compreso non già come una rottura del procedimento, come una soluzione eccezionale ed anomala dei problemi aperti dall'iniziativa di procedimento, ma come uno sbocco alternativo all'atto e come questo direttamente e coerentemente discendente dallo sviluppo dello stesso procedimento, nel cui complesso dispiegarsi … si pongono le premesse e si creano le condizioni per la formazione di quella consensualità che l'accordo porta alle sue naturali conseguenze*"[1].

Gli accordi tra Amministrazione e privati, disciplinati dalla legge n. 241 del 1990[2], costituiscono una possibile conclusione del procedimento amministrativo (accordi sostitutivi) ovvero rappresentano la modalità di definizione di alcuni elementi del provvedimento amministrativo finale (accordi integrativi), afferendo sempre all'esercizio di un potere pubblico e costituendo dunque moduli convenzionali di esercizio del potere amministrativo[3].

---

[1] Così M. Nigro, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, 3 ss.

[2] Cfr. in tema le osservazioni di V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217 ss.; G. Pastori, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, in F. Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, cit., 77 ss.

[3] Corte cost., 15 luglio 2016, n. 179, in *Giur. cost.*, 2016, 4, 1361 ss., secondo cui, in quanto inserite nell'ambito del procedimento amministrativo, le convenzioni e gli atti d'obbligo stipulati tra l'Amministrazione ed i privati costituiscono pur sempre espressione di un potere discrezionale della stessa Amministrazione Tali moduli convenzionali di esercizio del potere amministrativo non hanno, quindi, specifica autonomia. In coerenza con i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale, il fondamento della giurisdizione esclusiva

Infatti, ripercorrendo il magistrale insegnamento di F.G. Scoca, "*in tutti gli atti consensuali, siano essi necessari o eventuali, il potere che l'amministrazione esercita è sempre potere amministrativo, mai (almeno in linea di principio, e fatte salve eventuali situazioni speciali, o, meglio, eccezionali) un potere libero, qualificabile (a pieno titolo) come autonomia privata. Si tratta sempre, autoritativo o non autoritativo che sia, di potere (precettivo) soggetto allo statuto tipico dell'azione amministrativa*"[4].

Proprio perché trattasi di esercizio del potere[5] occorre sottolineare che l'art. 11, co. 1, legge n. 241 del 1990 non impone la conclusione di accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento amministrativo, ma lascia la facoltà di scelta in capo all'Amministrazione procedente, che senza dubbio può determinarsi in senso negativo con riguardo alla loro stipulazione. Al di là di tale aspetto deve poi potersi riscontrare, quale elemento necessario per poter utilizzare lo strumento convenzionale, il perseguimento dell'interesse pubblico[6] riferito ad attività di natura discrezionale e non vincolata, non potendosi contrattare con soggetti privati l'esercizio di un potere già conformato dal legislatore e quindi condizionato nella sua esplicazione[7].

L'accordo, ove ricorrano queste circostanze, superando il carattere unilaterale del potere dell'Amministrazione[8], unisce (o almeno dovrebbe unire) in sé i vantaggi degli strumenti pubblicistici e di quelli privatistici[9], consentendo di ottenere un equilibrio sull'assetto degli interessi altrimenti non raggiungibile per via autoritativa[10]. Il risultato delle manifestazioni concordi delle parti può essere considerato, secondo una parte della dottrina, come frutto d'una co-decisione: difatti, la manifestazione del privato, qualora si disconoscesse un suo valore determinante in questo senso[11], rappresenterebbe un semplice apporto alla decisione altrui[12] ed una partecipazione soltanto formale dei privati all'azione amministrativa[13].

del giudice amministrativo viene legittimamente individuato nell'esercizio, ancorché in via indiretta o mediata, del potere pubblico. La giurisprudenza della Corte così come quella del Consiglio di Stato è spesso riconducibile all'orientamento di F.G. Scoca, *Accordi e semplificazione*, in *Nuove aut.*, 2008, 558 ss.

[4] F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 431 ss.

[5] Si rinvia a P.L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, 210 ss.

[6] G. Soricelli, *Premesse per un'analisi giuridica degli accordi amministrativi ex art. 11, L. 11 agosto 1990 n. 241*, in *Foro amm.*, 2000, 1596 ss., osserva, al riguardo, come "*il fatto che la p.a. possa utilizzare lo strumento negoziale in via alternativa e, sotto certi aspetti, in modo ulteriore rispetto al provvedimento unilaterale, non significa snaturare la portata e la rilevanza giuridica del connotato pubblicistico dell'agire imperativo. Anzi, significa stimolarne il miglior perseguimento dell'interesse pubblico*".

[7] In tema si v. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 8 novembre 2021, n. 2470, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[8] Per le diverse tesi sulla natura di questi accordi cfr. G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; E. Bruti Liberati, *Accordi pubblici*, in *Encicl. dir.*, Milano, Aggiornamento, Vol. V, 2001, 1 ss.

[9] Cfr. M. Ramajoli, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 674 ss.

[10] Specialmente in materia urbanistica: si v. V. Cerulli Irelli, *L'accordo nella sistemazione e nella attrezzatura del territorio*, in A. Masucci (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, 1988, 63 ss.

[11] Secondo P.L. Portaluri, *Sugli accordi di diritto amministrativo*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 147 ss., la funzione dell'art. 11 è stata "*quella di fornire una sorta d'informe contenitore giuridico ex post, buono per raccogliere nel suo interno ogni vicenda in cui appare in risalto il ruolo del privato, la cui collaborazione fosse necessaria per il raggiungimento dell'obiettivo d'interesse pubblico. Insomma, tutti quei casi in cui la mistica dell'autosufficienza dell'atto unilaterale è troppo distante dalla realtà – e dunque ipocrita – per poter essere seriamente sostenuta: volendo usare una bella espressione della dottrina, si tratta di quelle situazioni, diffuse nella realtà, in cui una p.A. non ha la disponibilità della fattispecie*".

[12] Così F. Ledda, *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 391 ss.

[13] Sul punto cfr., ad esempio, A. Cauduro, *Gli obblighi dell'amministrazione pubblica per la partecipazione procedimentale*, Napoli, 2023; Id., *La partecipazione*

Per quanto concerne l'interpretazione degli accordi, si deve fare riferimento all'art. 11, co. 2, legge n. 241 del 1990 che prescrive l'applicabilità agli accordi tra Amministrazione e privati, ove non diversamente previsto, dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili, tra cui devono farsi rientrare anche i criteri di interpretazione del codice civile.

Difatti, se è vero che l'art. 11, legge n. 241/1990 non rende automaticamente applicabili agli accordi in cui sia parte l'Amministrazione le norme del codice civile in tema di obbligazioni e contratti nella loro interezza, bensì i principi[14], è altrettanto vero che non può escludersi la stessa applicazione delle norme dettate in tema di obbligazioni e contratti, nei casi in cui agli accordi debba riconoscersi, come nel caso di specie, una natura prettamente contrattuale[15].

Tra i criteri di interpretazione previsti dal codice civile, il criterio teleologico della comune volontà delle parti, di interpretazione letterale (art. 1362 cod. civ.) e di buona fede (art. 1366 cod. civ.) devono orientare l'interprete nell'esegesi dell'accordo in questione[16].

L'accordo, difatti, se correttamente interpretato, prevede il termine decadenziale solo per la presentazione della domanda di permesso di costruire, circostanza che nel caso di specie si è verificata con la presentazione del Piano Urbanistico Attuativo entro il termine di due anni da parte delle imprese attuatrici, ma non anche per altre istanze, come quella inerente la V.I.A. Ciò emerge chiaramente dal fatto che la decadenza è esplicitamente prevista solo per la

amministrativa come trasparente "associazione" o "dissociazione" dalle scelte dell'amministrazione pubblica, in *Dir. amm.*, 2022, 181 ss.; R. Ferrara, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, 209 ss.; M. Ricciardo Calderaro, *La partecipazione nel procedimento amministrativo tra potere e rispetto dei diritti di difesa*, in *Foro amm.*, fasc. 5-2015, 1310 ss.; ma già S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss.; M. Occhiena, *Partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, Vol. V, 3 ss.; R. Caranta - L. Ferraris - S. Rodriquez, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005; M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss.; M.R. Spasiano, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 283 ss.; F. Trimarchi, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 627 ss.; C.E. Gallo, *La partecipazione al procedimento*, in P. Alberti - G. Azzariti - G. Canavesio - C.E. Gallo - M.A. Quaglia, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992, 57 ss.; M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1980, 225 ss.; E. Casetta, *La partecipazione dei cittadini alla funzione amministrativa nell'attuale ordinamento dello stato italiano*, in *La partecipazione popolare alla funzione amministrativa e l'ordinamento dei consigli circoscrizionali comunali*, Atti del XXII Convegno di Scienza dell'Amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 23-25 settembre 1976, Milano, 1977, 67 ss.

[14] M.A. Quaglia, *Il contenuto della proprietà e la pianificazione mediante accordi*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 505 ss., evidenzia al riguardo che "*l'aver ricondotto gli accordi pubblicistici alle regole e ai criteri che governano l'ordinario esercizio del potere amministrativo, comporta, da parte dell'amministrazione, non un libero esercizio di autonomia negoziale – sono applicabili solo i principi del codice civile "compatibili" –, bensì il compito di perseguire il pubblico interesse negli stessi termini e con gli stessi limiti con cui lo stesso avrebbe dovuto essere perseguito mediante gli strumenti tradizionali – in forma autoritativa – dell'attività amministrativa*".

[15] Sul punto T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 12 giugno 2020, n. 2359, in *Foro amm.*, 2020, 1296 ss.

[16] Costituisce orientamento consolidato del Consiglio di Stato quello secondo cui i criteri di ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1362 e ss., cod. civ., oltre che per l'interpretazione dei contratti, degli atti unilaterali (in quanto compatibili, ai sensi dell'art. 1324, cod. civ.), dei provvedimenti amministrativi (nei limiti della compatibilità), devono applicarsi anche agli accordi di cui all'art. 11, legge n. 241 del 1990, in ragione del rinvio, da parte del secondo comma della suddetta disposizione, ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili: così Cons. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2024, n. 7407, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 1° marzo 2024, n. 2038, in *www.giustizia-amministrativa*.it; Cons. Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2019, n. 1150; *ivi*; id., 3 dicembre 2015, n. 5510, *ivi*; id., 16 giugno 2015, n. 2997, *ivi*; id., 17 dicembre 2014, n. 6164, *ivi*; id., 25 settembre 2014, n. 4812, in *Foro amm.*, 2014, 2292 ss.

presentazione dell'istanza di permesso di costruire.

Nello stesso senso depone anche l'interpretazione secondo buona fede *ex* art. 1366, cod. civ., criterio privilegiato di interpretazione che si pone quale collegamento tra i criteri di interpretazione soggettiva e oggettiva[17]: proprio la modulazione dei tempi per la presentazione delle istanze necessarie all'approvazione del progetto, decisamente sperequata a favore del Comune impone, nel dubbio, un'interpretazione meno rigorosa dei termini entro cui presentare le istanze diverse da quella relativa al permesso di costruire, considerando tali termini non perentori.

Il criterio di interpretazione secondo buona fede non può essere, difatti, relegato a criterio di interpretazione meramente sussidiario rispetto ai criteri di interpretazione letterale e funzionale, in quanto l'elemento letterale deve essere integrato con gli altri criteri di interpretazione, tra cui quello di buona fede o correttezza *ex* art. 1366, cod. civ., avendo riguardo allo scopo pratico perseguito dalle parti con la stipulazione del contratto e quindi alla relativa causa concreta[18].

D'altronde, l'art. 1362, cod. civ., prevede che "*nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole.*

Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto".

È altresì vero, come ricordato recentemente dal Consiglio di Stato[19], che sull'applicazione di questa disposizione non v'è unanimità di orientamenti neppure nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.

In base ad un primo orientamento, infatti, nell'interpretazione del contratto, il carattere prioritario dell'elemento letterale non deve essere inteso in senso assoluto, atteso che il richiamo nell'art. 1362, cod. civ. alla comune intenzione delle parti impone di estendere l'indagine ai criteri logici, teleologici e sistematici, anche laddove il testo dell'accordo sia chiaro ma incoerente con indici esterni rivelatori di una diversa volontà dei contraenti. In questo senso pertanto assume valore rilevante anche il criterio logico-sistematico di cui all'art. 1363, cod. civ., che impone di desumere la volontà manifestata dai contraenti da un esame complessivo delle diverse clausole aventi attinenza alla materia in contesa, tenendosi, altresì, conto del comportamento, anche successivo, delle parti[20].

Secondo un secondo orientamento, invece, i canoni legali di ermeneutica contrattuale sono governati da un principio di gerarchia, in forza del quale il criterio del senso letterale delle parole, di cui all'art. 1362, co. 1, cod. civ. è prevalente, potendo risultare assorbente di eventuali ulteriori e successivi criteri interpretativi[21].

Ma, anche l'orientamento che prefigura la priorità gerarchica del criterio letterale afferma che la regola compendiata dal bro-

[17] In tema cfr. G. Sciullo, *Buona fede e inadempimento negli accordi amministrativi*, in *Urb. e app.*, 2014, 196 ss.

[18] Cass. civ., Sez. III, 19 marzo 2018, in *Giust. civ. Mass.*, 2018; Cass. civ., Sez. III, 23 maggio 2011, n. 11295, in *Giust. civ.*, 2012, 2, I, 430 ss.

[19] Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2024, n. 6068, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[20] Cfr. Cass. civ., Sez. III, 17 novembre 2021, n. 34795, in *Giust. civ. Mass.*, 2022; Cass. civ., Sez. I, 2 luglio 2020, n. 13595, in *Giust. civ. Mass.*, 2020.

[21] Cfr., *ex aliis*, Cass. civ., Sez. lav., ord. 25 gennaio 2022, n. 2173, in *Giust. civ. Mass.*, 2022; Cass. civ., Sez. lavoro, ord. 03 novembre 2021, n. 31422, in *Giust. civ. Mass.*, 2021.

cardo "*in claris non fit interpretatio*" non trova applicazione quando le espressioni letterali utilizzate, benché chiare, non siano "univocamente intellegibili" oppure il loro significato risulti "ambiguo"[22].

Ciò porta a ritenere che il carattere decadenziale del termine fosse previsto dall'accordo solo per la presentazione della domanda di permesso di costruire e non anche per le altre istanze urbanistiche/ambientali, aderendo, in particolare, all'orientamento della Cassazione secondo cui la lettera del contratto deve essere integrata con altri canoni ermeneutici, come quello basato sulla buona fede.

L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza *ex* art. 1366, cod. civ., quale criterio d'interpretazione del contratto (fondato sull'esigenza definita in dottrina di "solidarietà contrattuale"[23]) si specifica in particolare nel significato di lealtà, e si concreta nel non suscitare falsi affidamenti e nel non contestare ragionevoli affidamenti ingenerati nella controparte[24].

Secondo il Consiglio di Stato, nessun accordo, di diritto privato o di diritto pubblico, può essere interpretato in contrasto con il principio di buona fede che affascia tutti i rapporti di diritto privato (art. 1175, 1375, cod. civ.) e di diritto pubblico (art. 1, co. 2-*bis*, l. n. 241 del 1990, art. 5 d.lgs. n. 36 del 2023).

Qualunque accordo, anche qualora riconducibile alla categoria degli accordi amministrativi *ex* art. 11, legge n. 241 del 1990, deve essere interpretato ed eseguito secondo correttezza e buona fede da entrambe le parti, quindi anche dall'Amministrazione, in considerazione di principi che sono espressione del dovere costituzionale di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.[25] e del principio di buon andamento *ex* art. 97 Cost., i quali caratterizzano lo statuto generale dell'attività amministrativa[26]: lo impone anzitutto la lettura degli articoli 1175 e 1375, cod. civ. cui compie espresso rinvio l'art. 11, co. 2, legge n. 241 del 1990, secondo cui a questi accordi "*si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili*".

Il criterio di buona fede oggettiva non consente di dare ingresso ad interpretazioni cavillose delle espressioni letterali contenute nelle clausole contrattuali, non rispondenti alle intese raggiunte[27] e deponenti per un significato in contrasto con la ragione pratica o causa concreta dell'accordo negoziale[28].

Assume dunque fondamentale rilievo che l'accordo venga interpretato avendo riguardo alla sua *ratio*, alla sua ragione pratica, in coerenza con gli interessi che le parti hanno specificamente inteso tutelare

[22] Cass. civ., Sez. lavoro, ord. 6 aprile 2022, n. 11182; Cass. civ., Sez. II, ord. 11 novembre 2021, n. 33451, in *Giust. civ. Mass.*, 2021.

[23] V., da ultimo, le riflessioni di G. Alpa, *Il principio di solidarietà nel diritto contrattuale*, in *Vita notarile*, 2023, fasc. n. 3.

[24] Cass. civ., Sez. III, 19 marzo 2018, n. 6675, in *Giust. civ. Mass.*, 2018; Cass. civ., Sez. III, 6 maggio 2015, n. 9006, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1293 ss.; ma già Cass. civ., Sez. lav., 20 maggio 2004, n. 9628, in *Giust. civ. Mass.*, 2004.

[25] Cons. Stato, Sez. IV, 20 giugno 2024, n. 5514 e Cons. Stato, Sez. IV, 30 maggio 2022, n. 4331, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[26] Sullo statuto generale dell'attività amministrativa, che è tale anche allorquando l'Amministrazione ricorra ad un atto consensuale, cfr. la tesi di F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Encicl. Dir.*, Milano, 2002, Agg. VI, 75 ss.; ovviamente, occorre rinviare altresì alla voce di M.S. Giannini, *Attività amministrativa*, in *Encicl. dir.*, Milano, 1958, 988 ss.

[27] Cass. civ, Sez. III, 23 maggio 2011, n. 11295, in *Giust. civ.*, 2012, 2, I, 430 ss.

[28] Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 6 maggio 2024, n. 1356, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ma altresì Cass. civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Giust. civ.*, 2011, 2, I, 497 ss.

mediante la stipulazione contrattuale[29], con convenzionale determinazione della regola volta a disciplinare il rapporto contrattuale (art. 1372, cod. civ.)[30].

L'accordo in questione, poi, malgrado il vano tentativo del Comune di qualificarlo come una generica "intesa preliminare", può essere certamente fatto rientrare nella categoria delle convenzioni urbanistiche[31], le quali, secondo giurisprudenza consolidata, concretizzano un accordo integrativo o sostitutivo di provvedimento di cui all'art. 11, legge n. 241/1990[32].

La natura di tali accordi è stata chiarita dalla giurisprudenza, secondo la quale all'interno delle convenzioni di urbanizzazione risulta prevalente il profilo della libera negoziazione[33]. In sostanza, sebbene sia innegabile che tali convenzioni, a causa dei profili di stampo giuspubblicistico che si accompagnano allo strumento dichiaratamente contrattuale, rappresentino un istituto di complessa ricostruzione, non può negarsi che nelle stesse, pur vincolate dallo scopo del perseguimento dell'interesse generale, si assista all'incontro di volontà delle parti contraenti, con tutto ciò che ne discende in termini di interpretazione delle relative clausole contrattuali[34] in applicazione del principio di buona fede oggettiva.

Interessano in particolare gli art. 1366, 1362 co. 2 e 1371, cod. civ. secondo i quali la convenzione deve essere interpretata tenendo conto del comportamento delle parti anche posteriore alla stipula e, qualora essa rimanga oscura, nel senso più favorevole per l'obbligato, se a titolo gratuito, e in modo da realizzare l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se a titolo oneroso. Per chiarire il contenuto della convenzione ove le parti non abbiano disposto in modo espresso, interessano poi, sotto un altro e complementare profilo, le norme di legge suppletive[35].

Come tali, le convenzioni urbanistiche sono assoggettate, ove non diversamente stabilito e nei limiti della compatibilità, ai principi generali in materia di obbligazioni e contratti, e, in particolare, a quelli di correttezza e buona fede nell'esecuzione dell'accordo[36], e di tutela dell'affidamento della controparte[37] sulla situazione venutasi a creare per effetto della conclusione dell'accordo medesimo[38].

[29] Cass. civ., Sez. III, 22 novembre 2016, n. 23701, in *Giust. civ. Mass.*, 2017.

[30] T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 26 novembre 2021, n. 2619; in *www.giustizia-amministrativa.it*, che richiama Cass. civ., Sez. III, 19 marzo 2018, n. 6675, in *Giust. civ. Mass.*, 2018.

[31] Cfr., *ex aliis*, M. Nigro, *Convenzioni urbanistiche e rapporti fra privati (problemi generali)*, in *Atti del Convegno sul tema Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1978, ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, tomo II 1303 ss.; ma più recentemente v. anche M. De Donno, *Il principio di consensualità nel governo del territorio: le convenzioni urbanistiche*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 279 ss.; F. Manganaro, *Nuove questioni sulla natura giuridica delle convenzioni urbanistiche*, in *Urb. e app.*, 2006, 344 ss.

[32] *Ex pluribus*, T.A.R. Piemonte, Sez. II, 28 ottobre 2019, n. 1090, in *Foro amm.*, 2019, 10, 1651 ss.; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 18 giugno 2018, n. 1525, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 5, I, 1362 ss.; in senso concorde, ad esempio, cfr. G. Poli, *Il problema della sinallagmaticità nell'accordo amministrativo. Brevi note sull'eccezione di inadempimento*, in *Dir. amm.*, 2014, 725 ss.

[33] Difatti, sono altresì definite l'archetipo dell'accordo pubblico-privato nella pianificazione urbanistica: cfr. A. Crismani, *Spunti e riflessioni sul modello consensuale nella gestione dei beni pubblici ambientali*, in *Riv. giur. edil.*, 2021, 47 ss.; P. Urbani, *Urbanistica consensuale, "pregiudizio del giudice penale" e trasparenza dell'azione amministrazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 47 ss.

[34] Così, ad esempio, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 8 gennaio 2019, n. 36, in *Guida dir.*, 2019, 14, 22 ss.

[35] T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 16 luglio 2009, n. 1504, in *Foro amm. Tar*, 2009, 1991 ss.

[36] Cons. Stato, Sez. III, 22 gennaio 2014, n. 293, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[37] T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 12 marzo 2015, n. 107, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[38] T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 10 novembre 2023, n. 2608, in *Foro amm.*, 2023, 11, II, 1488 ss.

Si può, pertanto, affermare che la convenzione urbanistica si sostanzia in un accordo bilaterale, intercorrente fra i privati e l'Amministrazione, alternativo rispetto agli strumenti urbanistici attuativi e avente ad oggetto la definizione dell'assetto urbanistico di una parte del territorio comunale.

Lungi dal costituire un contratto di diritto privato immediatamente disciplinato dal codice civile, deve essere inquadrata tra i contratti ad oggetto pubblico, per i quali trova applicazione, rientrando essi tra gli accordi sostitutivi di provvedimento, la disciplina degli accordi di cui all'art. 11 della legge n. 241 del 1990, in quanto moduli consensuali di esercizio del potere amministrativo sottoposti ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti se compatibili[39].

Ma vi è di più.

Come correttamente richiamato dal Consiglio di Stato, correttezza, buona fede e tutela dell'affidamento costituiscono principi generali dello statuto dell'attività amministrativa in quanto applicazione di principi costituzionali, che sussisterebbero anche se non fossero codificati dalla legge[40].

Il legislatore però è voluto intervenire, si potrebbe dire a scopo rafforzativo, primariamente nella legge generale sul procedimento amministrativo. Questa, difatti, all'art. 1, co. 1-*bis*[41], stabilisce che l'Amministrazione, allorquando non adotta atti autoritativi, agisce secondo le norme di diritto privato, e quindi secondo i principi stabiliti dal codice civile[42]; ma il co. 2-*bis* della medesima norma, introdotto dal decreto Semplificazioni del 2020, si spinge oltre, prevedendo esplicitamente che i rapporti tra il cittadino e l'Amministrazione debbono essere improntati ai principi della collaborazione e della buona fede.

Difatti, come ricordato anche dalla giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato, le parti del rapporto amministrativo devono tenere una condotta conforme ai principi di collaborazione e di buona fede. Si tratta di una tendenza normativa a voler configurare un rapporto di tipo orizzontale tra cittadini ed Amministrazione, che, se genera in capo alla seconda doveri di protezione o obblighi correlati a diritti soggettivi, parimenti comporta anche una più marcata responsa-

---

[39] Sul punto v. T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 9 febbraio 2021, n. 102, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[40] Così, ad esempio, Cons. Stato, Sez. IV, 20 giugno 2024, n. 5514, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[41] Sull'opportunità dell'introduzione di questa norma nella legge n. 241 del 1990 si rinvia quantomeno tra i primi commenti a: V. Italia, *Commento al comma 1-bis*, in Aa.Vv., *L'azione amministrativa. Commento alla l. 7 agosto 1990, n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35,* Milano, 2005, 76 ss.; B.G. Mattarella, *Il provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 469 ss.; G. Napolitano, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 481 ss.; N. Paolantonio, *Commento all'art. 2, comma 1-bis*, in N. Paolantonio - A. Police - A. Zito, *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, 77 ss.; A. Travi, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Foro amm. Tar*, supplemento n. 6/2005, 17 ss.; F. Trimarchi Banfi, *L'art. 1, comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 947 ss.; D. De Pretis, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in *GiustAmm*,, 2006; L. Iannotta, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2006, 353 ss.

[42] B.G. Mattarella, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1 ss., osserva, al riguardo, che "*il co. 1-bis, nell'escludere l'applicazione del diritto privato quando la legge disponga diversamente, nega se stesso, perché la legge dispone sempre diversamente, ogni volta che attribuisce un potere amministrativo. O, per lo meno, questa è la conclusione che si deve trarre dal fatto che atti come le concessioni e le autorizzazioni hanno continuato ad avere la forma di provvedimenti amministrativi, emanati a seguito di procedimenti e impugnabili dinanzi al giudice amministrativo (per fortuna, dato che procedimento e giurisdizione amministrativa sono strumenti di controllo e garanzia e non di sopraffazione)*".

bilizzazione dei primi[43], sia in seno al procedimento che con riguardo al processo[44].

Nel caso di specie si pone un evidente problema di tutela dell'affidamento che le imprese attuatrici avevano riposto nell'accordo stipulato con l'Amministrazione comunale: si tratta di un affidamento tipizzato, a fronte del quale recede il potere di pianificazione urbanistica.

Il Comune ha infatti indotto il privato ad attendere 24 mesi, per poi pretendere nei successivi 6 il deposito di documentazione (per l'assoggettabilità a VIA) non chiaramente determinata a priori.

Questo in considerazione del fatto che occorre intendere l'affidamento come un principio generale dell'azione amministrativa che opera tanto con riferimento all'attività paritetica dell'Amministrazione quanto a quella autoritativa. Esso non costituisce, quindi, una posizione giuridica soggettiva autonoma, ma si colloca nella tradizionale dicotomia diritti soggettivi-interessi legittimi, potendo riferirsi a posizioni dell'uno come dell'altro tipo a seconda dell'attività posta in essere dall'Amministrazione[45].

Ovviamente la lesione del legittimo affidamento potrebbe al massimo operare quale presupposto per il configurarsi di una fattispecie di responsabilità risarcitoria in capo all'Amministrazione (sussistendo però tutti gli altri elementi della fattispecie), non già quale vizio di legittimità del provvedimento impugnato, sulla base della nota distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità[46]: in questo caso l'illegittimità del provvedimento di diniego consiste nella violazione di previsioni puntuali dell'accordo urbanistico che il Comune ha sottoscritto.

D'altronde, la sentenza del Consiglio di Stato che si commenta è del tutto conforme all'orientamento dell'Adunanza Plenaria che, con la pronunzia n. 5 del 2018, ha evidenziato, in particolare, come la giurisprudenza, sia civile che amministrativa, abbia in più occasioni affermato che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'Amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza[47].

È un dato di fatto che l'Amministrazione non possa liberarsi legittimamente dal vincolo di un accordo amministrativo con un privato, peraltro dopo che lo stesso ha avuto consistente e durevole esecuzione, mediante un'attività provvedimentale che, in assenza di un adeguato corredo motivazionale comparativo degli opposti interessi, leda l'affi-

[43] Come ricordato anche da Cons. Stato, Ad. Plen., 24 aprile 2024, n. 7, in *Foro it.* 2024, 78, III, 404, con riferimento alle procedure di appalto pubblico.

[44] Così Cons. Stato, Sez. III, 13 dicembre 2023, n. 10744, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[45] Da ultimo, cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 4 ottobre 2023, n. 5392, in *Foro amm.*, 2023, 1379 ss.

[46] Cfr., in tema, Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2024, n. 7193, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[47] Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1594 ss., con nota di S. Foà - M. Ricciardo Calderaro, *Responsabilità contrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*.

damento del privato stesso, al di fuori degli strumenti tipici del recesso esercitato mediante un formale provvedimento assunto ai sensi dell'art. 11, co. 4, legge n. 241 del 1990, ovvero dell'annullamento d'ufficio[48].

In questo caso, invece, l'Amministrazione comunale è volontariamente venuta meno agli obblighi assunti in via convenzionale con i soggetti attuatori, attraverso un'interpretazione del tutto sbilanciata a proprio favore, anche per quanto concerne la natura perentoria o meno dei termini di presentazione delle istanze.

Proprio sui termini occorre svolgere alcune ulteriori considerazioni.

3. La natura dei termini per la presentazione di un Piano Urbanistico Attuativo e della documentazione di valutazione ambientale.

Secondo la pronunzia del Consiglio di Stato che si commenta l'interpretazione del Comune risulta contraria ai canoni di buona fede e correttezza anche sotto un altro punto di vista.

Difatti, secondo i giudici di Palazzo Spada non può essere seguita l'impostazione fornita dal Comune, in quanto, in relazione alle istanze necessarie all'approvazione del progetto, esclusa quella relativa al permesso di costruire, non era previsto alcun termine a pena di decadenza. Contrariamente a quanto sostiene l'Amministrazione, proprio la circostanza che l'istanza di Piano Urbanistico Attuativo equivalga ad istanza di rilascio di permesso di costruire comporta l'assoggettamento di quest'ultima, ma solo di questa istanza, al termine di decadenza.

In questo senso depone, peraltro, anche la circostanza che i termini perentori devono essere interpretati in senso restrittivo, perché il carattere della perentorietà del termine può essere attribuito a una scadenza temporale solo da una espressa norma di legge: e difatti, nello Stato di diritto, solo la legge può collegare in via generale al decorso del tempo il mutamento di una situazione giuridica, sia esso un potere dell'Amministrazione (perenzione), sia esso un diritto o una facoltà del privato (decadenza).

Quindi, in assenza di specifica disposizione che espressamente preveda il termine come perentorio, comminando la perdita della possibilità di azione da parte dell'Amministrazione al suo spirare o la specifica sanzione della decadenza, il termine deve essere inteso come meramente sollecitatorio o ordinatorio[49].

D'altronde, come ricordato dalla giurisprudenza amministrativa, ove manchi un'espressa indicazione relativa alla natura del termine, deve aversi riguardo alla funzione che lo stesso in concreto assolve nel procedimento, nonché alla peculiarità dell'interesse pubblico coinvolto, con la conseguenza che, in mancanza di elementi certi per qualificare un termine come perentorio, per evidenti ragioni di *favor*, esso deve ritenersi ordinatorio[50].

[48] Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 4 giugno 2021, n. 3747, in *Foro amm.*, 2021, 1037 ss.; v. altresì Cons. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2020, n. 7373, in *Foro amm.*, 2020, 2121 ss.

[49] Così Cons. Stato, Sez. IV, 6 agosto 2024, n. 7004, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2289, in *L'Amministrativista*.

[50] Cons. Stato, Sez. II, 9 maggio 2024, n. 4200, in *www.giustizia-amministrativa.it.*; Cons. Stato, Sez. IV, 6 giugno 2017, n. 2718, *ivi*; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 16 febbraio 2024, n. 160, *ivi*.

L'individuazione del termine come perentorio, dunque, – oltre che dalla definizione come tale – discende in primo luogo dalla ragione della sua introduzione, normalmente consistente nell'esigenza di celerità insita nella fase specifica del procedimento[51], in coerenza con la giurisprudenza prevalente, secondo cui, per i termini esistenti all'interno del procedimento amministrativo, il carattere perentorio o meno deve essere ricavato dalla loro *ratio*[52] nonché dalle specifiche esigenze di rilievo pubblico che lo svolgimento di un adempimento in un arco di tempo prefissato è indirizzato a soddisfare[53].

Di conseguenza, i termini previsti nell'accordo in questione non potevano considerarsi perentori, ad eccezione di quello previsto per la presentazione del Piano Urbanistico Attuativo avente valore di istanza di permesso di costruire.

L'interpretazione dell'accordo fornita dal Comune è ancor più irragionevole se si pensa che le società attuatrici hanno presentato il 19 giugno 2020 istanza di Piano Urbanistico Attuativo con valore di permesso di costruire, unitamente al rapporto ambientale indispensabile per la Valutazione della Sostenibilità Ambientale e Territoriale (VALSAT), che ha escluso la necessità di assoggettare l'intervento previsto alla Valutazione d'Impatto Ambientale.

Peraltro, l'Amministrazione comunale ha definitivamente approvato il Piano Urbanistico Attuativo inerente il Comparto con delibera della Giunta comunale del 10 agosto 2023 e sottoscritto la convenzione urbanistica il successivo 13 settembre 2023.

Tutto ciò dimostra che una lettura eccessivamente formalistica della presente vicenda sarebbe, comunque, controproducente e non in linea con lo spirito di leale collaborazione che deve caratterizzare il rapporto tra cittadino ed Amministrazione.

Si aggiunga che, come correttamente ritenuto dal T.A.R. in primo grado e dalla sentenza del Consiglio di Stato annotata, all'accordo stipulato tra il Comune e le imprese attuatrici si applica l'art. 103, co. 2-*bis*, d.l. 17 marzo 2020 n. 18, conv. in legge 24 febbraio 2020, n. 27, secondo cui "*il termine di validità nonché i termini di inizio e fine lavori previsti dalle convenzioni di lottizzazione di cui all'articolo 28 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, ovvero dagli accordi similari comunque denominati dalla legislazione regionale, nonché i termini dei relativi piani attuativi e di qualunque altro atto ad essi propedeutico, in scadenza tra il 31 gennaio 2020 e il 31 luglio 2020, sono prorogati di novanta giorni*"[54].

[51] Cons. Stato, Sez. VII, 30 marzo 2024, n. 2979, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[52] Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 10, in *Foro it.*, 2014, 4, III, 213.

[53] Cons. Stato, Sez. V, 7 marzo 2023, n. 2354, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[54] Peraltro, Corte cost. 21 dicembre 2021, n. 245, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, co. 1, lett. a), legge reg. Lombardia 7 agosto 2020, n. 18, come delimitato – nel suo ambito di applicazione – dall'art. 20, co. 2, lett. b), legge reg. Lombardia 27 novembre 2020, n. 22, laddove prevede la proroga dei termini dei titoli abilitativi disposta durante l'emergenza COVID-19 in scadenza dal 31 gennaio 2020 e fino al 31 dicembre 2021, per tre anni dalla data di relativa scadenza, perché in contrasto con la disciplina statale che, incidendo sulla durata dei titoli abilitativi, partecipa della natura di principio fondamentale della materia del governo del territorio. L'art. 28, co. 1, lett. a), legge reg. Lombardia n. 18 del 2020, nel disporre la proroga dei titoli abilitativi in modo difforme da quanto previsto nella disciplina statale (artt. 103, co. 2, d.l. n. 18 del 2020, come convertito, e 10, co. 4, d.l. n. 76 del 2020, come convertito), entra in collisione con un principio fondamentale. Il raffronto tra le norme statali interposte e la disciplina regionale rende palese la diversità della proroga automatica disposta dalla Regione Lombardia, con riferimento sia all'oggetto – individuato in tutti i certificati, attestati, permessi, concessioni, autorizzazioni e atti o titoli abilitativi, comunque denominati in scadenza dal 31 gennaio

Si tratta di una norma la cui *ratio* consisteva nell'esigenza di prorogare i termini in un periodo storico in cui, a causa delle conseguenze socio-economiche della pandemia da Sars Covid-19, era particolarmente difficoltoso rispettarli[55].

Il Piano Operativo Comunale, susseguente all'accordo, ha introdotto l'obbligo di presentazione di un Piano Urbanistico Attuativo (e dunque un Piano attuativo), che le società attuatrici hanno depositato il 19 giugno 2020. Dato che la disposizione si riferisce testualmente a qualunque atto ad essi propedeutico, nell'elencazione esemplificativa non può che trovare collocazione anche un'intesa, come quella oggetto del giudizio, la quale disciplina tempi e modalità di presentazione del permesso di costruire, del Piano Urbanistico Attuativo e degli atti collaterali.

Pertanto, non solo il Piano Urbanistico Attuativo è stato depositato tempestivamente, ma anche qualora si considerassero perentori gli altri termini – ipotesi errata secondo quanto ricostruito in precedenza – anche la procedura di *screening* ambientale a partire dalla VALSAT è stata attivata in anticipo rispetto ai termini prorogati dal d.l. n. 18 del 2020, ricordando che lo *screening*, data la sua complessità e l'autonomia riconosciutagli dallo stesso Codice dell'ambiente, che all'art. 19 ne disciplina lo svolgimento, è esso stesso una procedura di valutazione di impatto ambientale, meno complessa della V.I.A., la cui previsione risponde a motivazioni comprensibilmente diverse[56].

Per questo motivo lo *screening* è spesso definito in maniera impropria come un subprocedimento della V.I.A., pur non essendo necessariamente tale. Esso è qualificato altresì come preliminare alla V.I.A.[57], dizione questa da intendere solo in senso cronologico, stante che è realizzato preventivamente, ma solo con riguardo a determinate tipologie di progetto rispetto alle quali alla valutazione vera e propria si arriva in via eventuale, in base cioè proprio all'esito in tal senso della verifica di assoggettabilità[58].

Il rapporto tra i due procedimenti appare configurabile graficamente in termini di cerchi concentrici caratterizzati da un nucleo comune rappresentato dalla valutazione della progettualità proposta in termini di negativa incidenza sull'ambiente, nel primo

---

2020 fino al 31 dicembre 2021, laddove l'art. 103, co. 2, d.l. n. 18 del 2020, prevedeva la proroga automatica degli atti e titoli abilitativi in scadenza tra il 31 gennaio 2020 e il 31 luglio 2020 –, sia alla durata della proroga, che la disposizione regionale ha indicato in tre anni dalla scadenza, mentre la norma statale ha individuato il termine finale nel novantesimo giorno successivo alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza.

[55] P. Otranto, *In tema di normazione ad effetto incerto. Dalla "cura" al "rilancio": legislazione dell'emergenza e disciplina dell'attività edilizia*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 397 ss., osserva criticamente come, "*considerate le conseguenze – urbanistiche e non solo edilizie – degli interventi previsti dalla convenzione di lottizzazione e la consistenza degli stessi, appare irragionevole la norma richiamata, laddove, ai sensi del comma 2, per interventi di minore impatto e rilevanza (finanche per quelli oggetto di semplice s.c.i.a.) la proroga di novanta giorni decorre non dalla originaria scadenza dell'atto, ma dalla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza. Siamo probabilmente innanzi ad un'ulteriore previsione introdotta senza un'adeguata valutazione della complessiva coerenza rispetto ad altre disposizioni della stessa legge e, più in generale, all'intero sistema*".

[56] Cons. Stato, Sez. II, 7 settembre 2020, n. 5379, in *Foro amm.*, 2020, 9, 1709 ss.; e in *Riv. giur. edil.*, 2021, 192 ss., con nota di G.A. Primerano, *La verifica di assoggettabilità a valutazione d'impatto ambientale. Questioni attuali.*

[57] Cfr. R. Dipace - A. Rallo - A. Scognamiglio (a cura di), *Impatto ambientale e bilanciamento di interessi. La nuova disciplina della Valutazione di impatto ambientale.* Raccolta degli Atti del Convegno Nazionale Associazione Italiana di Diritto dell'Ambiente 2018 (Campobasso, 13 aprile 2018), Napoli, Esi, 2018.

[58] Cons. Stato, Sez. IV, 10 giugno 2024, n. 5154, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 13 gennaio 2023, n. 443, *ivi.*

caso in via sommaria e, appunto, preliminare, nel secondo in via definitiva, con conseguente formalizzazione del provvedimento di avallo o meno della stessa[59].

Quindi, soltanto ove venga effettivamente ravvisata una significatività del progetto in termini di incidenza negativa sull'ambiente[60], si impone il passaggio alla fase successiva della relativa procedura, che in questo caso è stata esclusa.

Nel caso di specie lo *screening* ambientale correttamente instaurato dalle società attuatrici nei termini previsti dall'accordo ha condotto la Regione ad escludere la necessità di assoggettamento dell'intervento alla procedura di V.I.A.

4. Osservazioni conclusive.

L'analisi dei criteri interpretativi degli accordi tra Amministrazione e privati ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 deve far riflettere su come debbano essere utilizzati moduli negoziali di esercizio del potere da parte dell'Amministrazione per il perseguimento dell'interesse generale[61]. In questi casi, il rispetto dei principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento[62] emerge come fondamento essenziale, determinando una forma di responsabilità pubblica nella comparazione di tutti gli interessi, pubblici e privati.

L'interpretazione degli accordi, specie quelli attuativi della pianificazione urbanistica, deve poggiare non solo su criteri letterali e teleologici, ma altresì sull'applicazione rigorosa della buona fede, della correttezza e quindi della protezione degli affidamenti legittimi riposti dai cittadini nell'azione dell'Amministrazione. Così, quest'ultima, qualora richieda nell'accordo, mediante cui essa stessa si è auto-vincolata, una temporanea sospensione della presentazione delle istanze, deve adottare criteri di proporzionalità e ragionevolezza, senza generare pregiudizio per l'affidamento del privato. La sentenza del Consiglio di Stato che si commenta conferma questa impostazione, oramai consolidata nella giurisprudenza amministrativa, sancendo che l'esercizio del potere pubblico non può ledere la fiducia legittimamente riposta dai privati, rafforzando così il concetto di lealtà e di reciproca collaborazione.

L'approccio integrato tra diritto pubblico e privato, basato sui principi del codice civile applicabili agli accordi tra Amministrazione e privati, si rivela indispensabile per costruire un rapporto di fiducia tra cittadini ed Amministrazioni.

Gli accordi amministrativi devono, infatti, fungere da strumenti di co-decisione che valorizzano un'Amministrazione orientata alla collaborazione piuttosto che all'esercizio del potere esclusivamente in via unilaterale[63]. Questo equilibrio tra flessibilità negoziale, assicurata dagli atti consensuali, e

[59] Cons. Stato, Sez. II, 7 settembre 2020, n. 5379, cit.

[60] In questi termini v. F. Fracchia, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in A. Crosetti - R. Ferrara - F. Fracchia - N. Olivetti Rason, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Bari, 2018, 260.

[61] Anche E. Casetta, *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, Vol. I, 522 ss., resta perplesso sulla "*presenza di autonomia in ogni attività di diritto privato della pubblica amministrazione*".

[62] Su questo non si può che rimandare allo studio di F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

[63] In tema v. già la ricostruzione di R. Ferrara, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1993, Vol. VIII, 543 ss.; F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 21 ss.

il dovere di tutelare l'interesse pubblico favorisce una forma di Amministrazione il più possibile paritaria e garantisce che la salvaguardia dell'interesse generale resti prioritaria proprio perché l'Amministrazione continua ad esercitare un potere pubblico[64].

Solo mediante questi canoni interpretativi che impongono la necessità di una buona fede e correttezza reciproca si può giungere ad una efficace gestione giuridica dei vincoli pattuiti che assicuri però, al contempo, coerenza, prevedibilità e integrità dell'azione amministrativa, comparando in modo organico esigenze pubbliche e private, anche nella pianificazione territoriale[65].

Michele Ricciardo Calderaro

[64] P. Urbani, *Alla ricerca della città pubblica*, in *Riv. giur. edil.*, 2023, 3 ss., evidenzia come invece purtroppo spesso "*negli accordi urbanistici assistiamo al contrario alla degradazione dell'interesse pubblico a favore dell'interesse privato*".

[65] Cfr., al riguardo, N. Aicardi, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 1 ss.; più di recente v. A. Giannelli, *Gli accordi amministrativi (ancora) in cerca di identità: riflessioni sull'ipotesi della connotazione doverosa*, in *Dir. e soc.*, 2021, 59 ss.

4. La nozione di "area idonea" tra disciplina statale e normativa regionale (nota a T.a.r. Veneto, 18 dicembre 2024, n. 2997)

Sommario: 1. La vicenda oggetto del contenzioso. – **2.** Evoluzione della normativa in materia di installazione di impianti F.E.R. alla luce del riparto di competenze tra Stato e Regioni. – **3.** La decisione del T.a.r. nel caso di specie. – **4.** Prospettive future: il D.M. 21 giugno 2024 e la sentenza del T.a.r. Lazio del 13 maggio 2025 n. 9155.

1. La vicenda oggetto del contenzioso.

La sentenza qui in esame riguarda l'installazione dei c.d. "impianti F.E.R." in zona agricola e si rivela particolarmente interessante per l'interprete in quanto offre una possibile soluzione in caso di antinomia tra la normativa statale e quella regionale – nel caso di specie della Regione Veneto – in ordine a requisiti richiesti per l'attivazione di un impianto collocato in una c.d. "area idonea"[1].

Il ricorso che ha dato avvio al contenzioso era stato proposto da una società privata avverso il parere reso dall'Amministrazione comunale al SUAP competente recante diniego al rilascio della Procedura Abilitativa Semplificata (PAS)[2] richiesta per la realizzazione di un impianto fotovoltaico con moduli posizionati a terra della potenza di 7426 KW ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, il conseguente provvedimento di conclusione negativa della conferenza di servizi attivata nell'ambito della procedura e il contestuale ordine di non effettuare l'intervento ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 28/2011[3].

[1] Secondo l'art. 2, comma 1 lett. ggg) del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 per "area idonea" si intende «*area con un elevato potenziale atto a ospitare l'installazione di impianti di produzione elettrica da fonte rinnovabile, anche all'eventuale ricorrere di determinate condizioni tecnico-localizzative*».

[2] L'art. 4 del d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, nel prevedere che: «*la costruzione e l'esercizio di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili sono disciplinati secondo speciali procedure amministrative semplificate, accelerate, proporzionate e adeguate, sulla base delle specifiche caratteristiche di ogni singola applicazione*» ha introdotto, accanto al regime generale dell'autorizzazione unica, quello della procedura abilitativa semplificata (PAS) e della comunicazione relativa alle attività in edilizia libera. Per quanto riguarda la PAS, la stessa era disciplinata dall'art. 6 del d.lgs. 28/2011 fino alla sua abrogazione, intervenuta per opera del d.lgs. 25 novembre 2024 n. 190 recante "*disciplina dei regimi amministrativi per la produzione di energia da fonti rinnovabili*", che prevede la PAS all'art. 8. Per un'analisi approfondita di questa procedura si rinvia a G. La Rosa, *La procedura abilitativa semplificata per impianti FER: dalle esigenze di semplificazione ai dubbi applicativi*, in *AmbienteDiritto.it*, 3/2023.

[3] Il ricorso in analisi era stato posto in via principale contro una prima nota del 12 ottobre 2023 con cui il Comune di

A tale ricorso accedeva altresì domanda cautelare, rigettata dal T.a.r. Veneto con ordinanza n. 123/2024[4] per mancanza di *periculum in mora*[5], riformata in appello dal Consiglio di Stato[6], per il quale le esigenze cautelari della ricorrente avrebbero potuto essere soddisfatte, ai sensi dell'art. 55, comma 10 c.p.a., mediante la celere fissazione dell'udienza di merito da parte del Tribunale di prime cure[7].

Il diniego opposto dall'Amministrazione comunale alla realizzazione dell'impianto fotovoltaico era fondato sulla mancata produzione nella procedura di PAS del c.d. "*atto di asservimento*", non previsto dalla normativa statale, ma richiesto dall'art. 4 della L.R. 19 luglio 2022, n. 17[8] quale ulteriore "*parametro per l'insediamento degli impianti fotovoltaici nelle zone classificate agricole dagli strumenti urbanistici*"[9].

Nello specifico, la norma regionale subordina la realizzazione di un impianto fotovoltaico con moduli posizionati a terra in zona agricola al previo asservimento di un'area agricola pari ad almeno quindici volte l'area occupata dall'impianto, tramite la sottoscrizione di apposito vincolo pertinenziale.

Secondo la ricorrente, tale ulteriore adempimento non sarebbe dovuto, trovandosi l'impianto fotovoltaico in area classificata come idonea dalla legge statale ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199[10] e, precisamente, in area classificata come agricola racchiusa «*in un perimetro in cui i punti distino non più di 500 metri da zone a destinazione industriale, artigianale e commerciale, compresi i siti di interesse nazionale*»[11].

L'idoneità *ex lege* impressa all'area dalla normativa nazionale avrebbe dovuto portare alla disapplicazione della normativa regionale che, secondo la tesi del ricorrente, potrebbe trovare applicazione solo ed

---

Rovigo aveva espresso il proprio parere non favorevole alla conclusione della PAS; contro la nota del 3 novembre 2023 che costituiva comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della PAS ai sensi dell'art. 10-*bis* l. 241/90 e il provvedimento recante convocazione della conferenza di servizi decisoria in forma semplificata asincrona per l'esame delle osservazioni presentate dalla Società, tutti provvedimenti fatti comunque oggetto di impugnazione anche nel successivo ricorso per motivi aggiunti che ha portato alla sentenza qui in esame.

[4] T.a.r. Veneto, ord. 23 ottobre 2024, n. 123.

[5] Il T.a.r. motiva l'assenza del *periculum* per il fatto che, trattandosi di un interesse pretensivo, lo stesso non avrebbe potuto trovare diretta soddisfazione dall'accoglimento della domanda cautelare. Inoltre la parte non avrebbe allegato elementi idonei a dimostrare la sussistenza di un danno grave e irreparabile derivante dall'esecuzione dei provvedimenti suddetti.

[6] Cons. Stato, ord. 7 giugno 2024, n. 2139.

[7] Rispetto a questa disposizione, vista come strumento utile «*al fine di ricondurre ad equilibrio il rapporto tra ontologica strumentalità delle misure cautelari rispetto alla decisione di merito e tendenza, nella prassi, "anticipatamente decisoria" delle medesime*» si confronti S. Monzani, *La tutela cautelare a contenuto decisorio nel processo amministrativo*, in *Dir. ec.*, 1/2021, 129.

[8] Legge Regionale 19 luglio 2022, n. 17 avente ad oggetto "*Norme per la disciplina per la realizzazione di impianti fotovoltaici con moduli ubicati a terra*". Si tratta di legge emanata «*in conformità al decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 "Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità" e al decreto ministeriale 10 settembre 2010 "Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili"*» mediante l'individuazione di aree con indicatori di presuntiva non idoneità nonché «*in applicazione del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199 "Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili"*» di aree con indicatori di idoneità alla realizzazione di impianti fotovoltaici e ciò «*al fine di preservare il suolo agricolo quale risorsa limitata e non rinnovabile*».

[9] L'art. 4 della L.R. 17/2022 prevede per l'insediamento degli impianti fotovoltaici nelle zone classificate agricole dagli strumenti urbanistici comunali: per gli impianti di potenza uguale o superiore ad 1 MW la realizzabilità solo in forma di impianto agro-voltaico, mentre per quelli con moduli fotovoltaici posizionati a terra applicando il regime di asservimento, oggetto del presente contenzioso.

[10] Per un'analisi di questo decreto si confronti il par. 2 del presente contributo.

[11] Art. 20, comma 8, lettera c-*ter*) del d.lgs. 199/2021.

eventualmente in aree diverse da quelle già individuate come idonee di diritto dalla norma statale.

Secondo il Comune, invece, la normativa regionale non metterebbe in discussione la qualificazione di "*area idonea di diritto*" prevista dal d.lgs. 199/2021, cui si affiancherebbe integrandone le disposizioni, nell'alveo consentito dalla potestà regionale concorrente riconosciuta nella materia di "*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*" dall'art. 117 della Costituzione[12] definendo indicatori di presuntiva idoneità e non idoneità e parametri specifici per talune fattispecie, perseguendo peraltro l'ulteriore finalità di tutelare il suolo agricolo.

Chiarite sinteticamente le posizioni delle parti, il T.a.r., rigettate le eccezioni in rito sollevate dal Comune[13], entra nel merito del controversia che può essere risolta «*alla luce della "ragione più liquida"*[14] *correlata alla dedotta violazione e falsa applicazione degli artt. 20 del d.lgs. 199/2021, 4 e 6 del d.lgs. 28/2011, 117 e 3 Cost., 12 del d.lgs. 387/2003, della direttiva 2018/2001, del Regolamento UE 2577/2022 e della L.R. Veneto 17/2022, nonché dei criteri di risoluzione delle antinomie normative e delle linee guida nazionali di cui al D.M. 10.09.2010, rivestendo detto profilo carattere assorbente, rispetto alle altre questioni sollevate da parte ricorrente (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 5 gennaio 2015, n. 5, nonché Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242)*».

Prima di analizzare la soluzione offerta dal giudice rispetto al rapporto tra normativa statale e normativa regionale veneta in materia di localizzazione di impianti F.E.R., con particolare riguardo al caso della localizzazione degli impianti in area agricola, si ritiene utile effettuare un breve *excursus* normativo in materia, evidenziando in particolare l'evoluzione del ruolo riconosciuto al legislatore statale nella definizione delle c.d. "aree idonee".

---

[12] Cfr. par. 2.

[13] Nello specifico, il T.a.r. rigetta una prima eccezione di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti che, secondo l'Amministrazione resistente, si porrebbe in violazione dell'art. 43 c.p.a. per non contenere domande nuove di annullamento di atti sopravvenuti o motivi ulteriori rispetto ad atti già impugnati e ciò sul presupposto che, con il ricorso per motivi aggiunti ben si possono far valere in via derivata contro i provvedimenti sopravvenuti gli stessi motivi di illegittimità fatti valere rispetto agli atti impugnati con ricorso principale. Viene altresì rigettata una ulteriore eccezione di inammissibilità correlata alla natura endoprocedimentale degli atti presupposti alla determinazione conclusiva del procedimento e ciò per il fatto che è sempre possibile impugnare gli atti presupposti al provvedimento finale per farne valere in via derivata i vizi che quest'ultimo eredita dai primi, risultando l'inammissibilità nei soli casi in cui non sia stato impugnato anche il provvedimento conclusivo del procedimento. Infine è rigettata anche l'eccezione di tardività rispetto all'impugnazione di tali atti endoprocedimentali, già impugnati con il ricorso principale e ciò in quanto il termine di impugnazione per gli atti suddetti decorre dal momento dell'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento.

[14] Come evidenziato dall'Adunanza plenaria n. 4/2015, richiamata dallo stesso T.a.r. si tratta della possibilità «*che il giudice, in ossequio al superiore principio di economia dei mezzi processuali in connessione con quello del rispetto della scarsità della risorsa-giustizia (cfr. da ultimo Sez. un., nn. 26242 e 26243 del 2014 cit.; Ad. plen., n. 9 del 2014 cit.), derogando alla naturale rigidità dell'ordine di esame, ritenga preferibile risolvere la lite rigettando il ricorso nel merito o nel rito in base ad una ben individuata ragione più liquida "... sulla scorta del paradigma sancito dagli artt. 49, comma 2, e 74 c.p.a. ... sempre che il suo esercizio non incida sul diritto di difesa del contro interessato e consenta un'effettiva accelerazione della definizione della lite..." (Ad. plen. n. 9 del 2014 cit.), e purché sia stata preventivamente assodata, da parte del medesimo giudice, la giurisdizione e la competenza*». Per un'analisi critica dell'applicazione di questo principio da parte della giurisprudenza amministrativa che ha seguito la Plenaria suddetta si confronti l'interessante contributo di G. Gallone, *Criterio della "ragione più liquida" e processo amministrativo tra applicazioni giurisprudenziali ed auspici di sistema*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2024, 619.

2. Evoluzione della normativa in materia di installazione di impianti F.E.R. alla luce del riparto di competenze tra Stato e Regioni.

La normativa in materia di sviluppo di fonti di energia rinnovabile rappresenta un caso emblematico di regolazione "multilivello"[15], che parte dal livello internazionale[16], intercetta quello europeo[17] per poi attuarsi a livello nazionale con l'apporto del legislatore statale e di quello regionale, alla luce del riparto di potestà legislativa delineato dall'art. 117 della Costituzione[18].

Nello specifico, la disciplina interna è il frutto del recepimento della normativa elaborata a livello europeo, dal momento che l'Unione e gli Stati membri condividono la competenza in questo settore ai sensi degli artt. 4, lett. i) e 194 del TFUE[19].

L'attuazione interna segue il riparto di competenze disegnato dall'art. 117, comma 3, della Costituzione che assegna la materia "*produzione, trasporto e distribuzione dell'energia*" alla competenza concorrente Stato-Regioni[20].

L'autonomia normativa delle Regioni è dunque delimitata dai principi statali che, in un primo tempo, erano individuati dall'art. 12 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387[21] il quale disciplinava[22]: la tipologia di procedu-

[15] L. Cuocolo, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni. Un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente*, Milano, 2011, 1 e ss. Più di recente si confronti altresì M. Battistelli, *La competenza legislativa regionale in materia di energie rinnovabili al vaglio dei limiti statali e delle competenze trasversali*, in *Federalismi.it*, 28/2024, 1.

[16] Per una ricostruzione organica sotto il profilo internazionalistico si veda S. Quadri, *Energia sostenibile. Diritto internazionale, dell'Unione Europea e interno*, Torino, 2012, 46 e ss.

[17] Sulle ragioni dell'ascesa a livello europeo della politica sull'energia da fonti rinnovabili si confronti M. Cocconi, *Poteri pubblici e mercato dell'energia. Fonti rinnovabili e sostenibilità ambientale*, Milano, 2014, 18 e ss., per la quale «è stata, in altre parole, un'applicazione dinamica e positiva del principio di sussidiarietà, ossia il riconoscimento dell'esistenza di interessi transnazionali che non possono essere disciplinati in modo soddisfacente dagli Stati membri e che, a causa della loro dimensione non più nazionale, possono essere realizzati meglio a livello comunitario a spiegare la progressiva ascesa della politica energetica in sede europea».

[18] Sulle concrete modalità di attuazione di questo riparto si confronti E. Di Salvatore, *La materia della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" nella giurisprudenza della corte costituzionale (gennaio-maggio 2010)*, in *AIC*, 4/2010. Più recentemente si confronti la ricostruzione compiuta da P. Mastellone, *La disciplina in materia di fonti di energia rinnovabili e la tendenza "decentralizzante": quale ruolo per lo Stato?*, in *Ceridap*, 1/2024, in particolare 170 e ss.

[19] L'art. 4 TFUE prevede la competenza concorrente dell'Unione con quella degli Stati membri nel settore dell'energia, mentre l'art. 194 TFUE prevede «*Nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: a) garantire il funzionamento del mercato dell'energia;b) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione; c) promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili; d) promuovere l'interconnessione delle reti energetiche*». Per un'analisi delle competenze dell'Unione Europea nel settore dell'energia si confronti R. Miccù, *Regolazione e governo multilivello del mercato europeo dell'energia*, in R. Miccù (a cura di), *Multilevel Regulation and Government in Energy Markets. Implementation of the «Third Package» and Promotion of Renewable Energy*, Napoli, 2016, 3 e ss.

[20] Come però giustamente osservato da L. Cuocolo, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni*, cit., 25 per comprendere l'effettivo riparto di competenze nella materia "energia" si deve tener conto anche della competenza, sempre concorrente, in materia di "tutela della salute" e di "governo del territorio", nonché le competenze attribuite in via esclusiva allo Stato tra cui "la tutela della concorrenza" e la "tutela dell'ambiente".

[21] Il decreto in questione è stato emanato per l'attuazione della Direttiva 2001/77/CE sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità.

[22] L'art. 15 del d.lgs. 25 novembre 2024, n. 190 ha disposto che a far data dall'entrata in vigore del decreto suddetto ai sensi dell'articolo 17, le disposizioni di cui all'allegato D, che contengono le disposizioni abrogate dal decreto suddetto, tra cui, l'art. 12 del d.lgs. 387/2003, continuano ad applicarsi alle procedure in corso, fatta salva la facoltà del soggetto proponente di optare per l'applicazione delle disposizioni di cui al presente decreto.

ra autorizzatoria, gli enti competenti al rilascio, il luogo di ubicazione degli impianti[23].

Con riguardo a tale ultimo aspetto qui di interesse, l'art. 12, comma 10, affidava a linee guida adottate in sede di conferenza unificata il compito di porre i criteri in base ai quali le Regioni avrebbero individuato con atti pianificatori generali, le "aree non idonee" all'installazione di impianti di energia rinnovabile[24].

Come correttamente osservato, si trattava di una disciplina relativa alla localizzazione degli impianti particolarmente articolata, che contemplava un procedimento collaborativo tra Stato e Regioni nella determinazione dei principi normativi e un successivo intervento regionale a livello amministrativo all'esito di una articolata istruttoria e a salvaguardia di interessi concorrenti[25].

Come noto, tuttavia, nelle more dell'approvazione delle linee guida suddette, avvenuta solo sette anni dopo, con il D.M. 10 settembre 2010, le Regioni hanno introdotto regole il più delle volte maggiormente restrittive di quelle statali in relazione alla possibilità di realizzare impianti F.E.R. sul territorio e, di conseguenza, penalizzanti per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

Le disposizioni regionali hanno previsto divieti alla localizzazione degli impianti in assenza della cornice normativa unitaria costituita dalle linee guida, voluta dal legislatore in nome del principio di leale collaborazione[26], hanno introdotto moratorie, variamente motivate, nel rilascio dei titoli autorizzativi[27] o ancora, hanno contemplato divieti generali ed indiscriminati, sull'intero territorio regionale, alla localizzazione di impianti F.E.R.[28].

Per tali ragioni, le stesse sono state oggetto di censura da parte della Corte Costituzionale che ha difeso le esigenze di una regolazione omogenea di questo settore sull'intero territorio nazionale.

Tale tendenza[29] non è cessata nemmeno in seguito all'approvazione delle linee

[23] Così M. Battistelli, *La competenza legislativa regionale in materia di energie rinnovabili*, cit., 3.

[24] Così precisamente l'art. 12 d.lgs. 387/2003 «*In Conferenza unificata, su proposta del Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del Ministro per i beni e le attività culturali, si approvano le linee guida per lo svolgimento del procedimento di cui al comma 3. Tali linee guida sono volte, in particolare, ad assicurare un corretto inserimento degli impianti, con specifico riguardo agli impianti eolici, nel paesaggio. In attuazione di tali linee guida, le regioni possono procedere alla indicazione di aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti. Le regioni adeguano le rispettive discipline entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore delle linee guida. In caso di mancato adeguamento entro il predetto termine, si applicano le linee guida nazionali*».

[25] C. Mainardis, *Competenza concorrente e fonti secondarie nel "governo" delle energie rinnovabili*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020. Disponibile in: *http://www.osservatoriosullefonti.it*.

[26] Corte cost. nn. 166/2009 (punto n. 6 - Regione Basilicata); 282/2009 (punto n. 4 – Regione Molise); 119/2010 (punto n. 3 - Regione Puglia); 168/2010 (punto n. 4 – Regione Valle d'Aosta); 44/2011 (punto n. 5 – Regione Campania).

[27] Corte cost. nn. 364/2006 (punto n. 3 – Regione Puglia); 282/2009 (punto n. 6 – Regione Molise); 168/2010 (punto n. 5 – Valle d'Aosta).

[28] Corte cost. nn. 124/2010 (punto n. 7 – Regione Calabria); 308 /2011 (punto n. 3 – Regione Molise).

[29] Si confronti la sentenza della Corte cost. 23 febbraio 2023, n. 27 con la quale è stato dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 16 della legge reg. Abruzzo n. 1 del 2022 che, proroga la moratoria già prevista per la Regione per approvare lo strumento di pianificazione contenente l'individuazione delle aree e dei siti inidonei all'installazione di specifici impianti da fonti rinnovabili. La moratoria, in particolare, confligge con la previsione di un termine massimo entro il quale concludere il procedimento unico, con le funzioni di mera accelerazione e semplificazione del procedimento di autorizzazione unica e acuendo, proprio in ragione della proroga, il contrasto con l'obiettivo acceleratorio, nonché violando gli impegni assunti dallo Stato italiano nei confronti dell'Unione europea e a livello internazionale. In termini si confrontino anche la sentenza 27 ottobre 2022, n. 221 relativa alla legge reg. Lazio n. 14 del 2021; la sentenza 21 ottobre 2022, n. 216 relativa alla legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia 02/11/2021 n. 16 art. 4, co. 17; la sentenza del 13 maggio 2022, n. 121, relativa alla legge della Regione Basilicata 26/07/2021 n. 30. Per una analisi

guida[30] previste dalla norma di legge che, ponevano in capo alle Regioni la possibilità di porre limitazioni e divieti in atti di tipo programmatori o pianificatori per l'installazione di specifiche tipologie di impianti alimentati a fonti rinnovabili, esclusivamente nell'ambito e con le modalità di cui al paragrafo 17[31].

Il paragrafo 17 indica i criteri e i principi che le Regioni devono rispettare al fine di individuare le zone nelle quali non è possibile realizzare gli impianti alimentati da fonti di energia alternativa[32] sulla base dei criteri di cui all'allegato 3. L'allegato 3 prevede, poi, che l'individuazione delle aree e dei siti non idonei alla realizzazione degli impianti in questione «*deve essere differenziata con specifico riguardo alle diverse fonti rinnovabili e alle diverse taglie di impianto*» e che non può riguardare «*porzioni significative del territorio o zone genericamente soggette a tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, né tradursi nell'identificazione di fasce di rispetto di dimensioni non giustificate da specifiche e motivate esigenze di tutela*».

La disciplina in esame ha quindi attribuito alle Regioni il potere di individuare «*aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti*», nel rispetto del principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili e degli impianti F.E.R.[33].

della giurisprudenza costituzionale qui richiamata e di quella ulteriore avente quale specifico oggetto le norme regionali che riguardavano specificatamente l'installazione di impianti fotovoltaici si confronti M. Romeo, *La disciplina delle energie rinnovabili che coinvolgono ambiente, agricoltura e paesaggio, tra Stato e Regioni*, in *RivistaDGA.it*, n. 2/2023, 1.

[30] La Corte Costituzionale ha attribuito alle stesse la qualificazione di "norma interposta", la cui violazione determina un'indiretta lesione della legge statale di principio. Si confronti, *ex multis*, la sentenza della Corte cost., 15 gennaio 2014, n. 11, ove si legge: «*le "Linee guida", costituiscono, in un ambito esclusivamente tecnico, il completamento del principio contenuto nella disposizione legislativa. Se è ovvio che essi, qualora autonomamente presi, non possono assurgere al rango di normativa interposta, altra è la conclusione cui deve giungersi ove essi vengano strettamente ad integrare, in settori squisitamente tecnici, la normativa primaria che ad essi rinvia. In detti campi applicativi essi vengono ad essere un corpo unico con la disposizione legislativa che li prevede e che ad essi affida il compito di individuare le specifiche caratteristiche della fattispecie tecnica che, proprio perché frutto di conoscenze periferiche o addirittura estranee a quelle di carattere giuridico le quali necessitano di applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale, mal si conciliano con il diretto contenuto di un atto legislativo. Non a caso per la loro definizione è prevista una procedura partecipativa estremamente ampia ed articolata. Poiché essi, come si è detto, fanno corpo con la disposizione legislativa che ad essi rinvia, il loro mancato rispetto comporta la violazione della norma interposta e determina, nel caso si verta nelle materie di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost. e qualora la norma interposta esprima principi fondamentali, l'illegittimità costituzionale della norma censurata*».

[31] Secondo G. Barozzi Reggiani, *Il principio di massima diffusione delle energie rinnovabili e il bilanciamento tra valori costituzionalmente rilevanti nella disciplina delle c.d. "aree idonee"*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, 608 «*Lo schema logico e la ratio del combinato tra le disposizioni normative primarie (ed in particolare l'art. 12, comma 10, del D. Lgs. n. 387/2003) e le linee guida dalle medesime previste appare in sé chiaro: attribuire alle Regioni il potere di individuare aree nelle quali, pur non sussistendo un divieto generale di realizzazione di impianti a FER, l'ottenimento di autorizzazioni alla realizzazione di tali impianti risulti altamente improbabile per la difficile conciliabilità della realizzazione degli impianti con altri beni e valori, e in particolare quelli paesaggistici*».

[32] L'individuazione della non idoneità dell'area è operata dalle Regioni attraverso un'apposita istruttoria avente ad oggetto la ricognizione delle disposizioni volte alla tutela dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio storico e artistico, delle tradizioni agroalimentari locali, della biodiversità e del paesaggio rurale che identificano obiettivi di protezione non compatibili con l'insediamento, in determinate aree, di specifiche tipologie e/o dimensioni di impianti, i quali determinerebbero, pertanto, una elevata probabilità di esito negativo delle valutazioni, in sede di autorizzazione.

[33] Come osserva C. Mainardis, *Competenza concorrente*, cit., 1341 «*i margini d'azione per ciascuna singola Regione sono rilevantissimi*» anche perché «*i parametri a cui rapportare la valutazione di non idoneità si presentano come particolarmente ampi (tutela dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio storico-artistico-culturale), se non generici (elevata concentrazione di impianti nella medesima zona; semplici "interazioni" con altri piani, progetti e programmi): configurando dunque scelte amministrative connotate, per un verso, dalla loro natura tecnica; per altro verso, vicine per fino al merito; per altro verso ancora, e nella più stringente delle ipotesi, colle-gate a previsioni pianificatorie e programmatorie ed espressione, dunque, di una discrezionalità molto estesa ed assai difficilmente sindacabile in sede giurisdizionale*».

Sull'estensione di tale potere la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 13/2014[34], ha ribadito il carattere "eccezionale" dell'attività di individuazione delle aree "non idonee" all'installazione degli impianti a F.E.R., che deve essere effettuata caso per caso, avendo (come prescritto dalle linee guida) riguardo alle diverse fonti e alle specifiche "taglie" dell'impianto e comunque solo al fine di «*proteggere interessi costituzionalmente rilevanti*», rimarcando la preclusione, per le Regioni, a fissare «*limiti generali, valevoli sull'intero territorio regionale, specie nella forma di distanze minime*» dal momento che ciò «*contrasterebbe con il principio fondamentale di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili, stabilito dal legislatore statale in conformità alla normativa dell'Unione europea*».

Con particolare riguardo alle aree agricole, sempre l'art. 12 ammetteva l'ubicazione degli impianti F.E..R anche in tali zone, avendo riguardo «*delle disposizioni in materia di sostegno nel settore agricolo, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, alla tutela della biodiversità, così come del patrimonio culturale e del paesaggio rurale di cui alla legge 5 marzo 2001, n. 57, articoli 7 e 8, nonché del decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228, articolo 14*»[35]. L'Allegato 3 delle linee guida precisa poi che «*le zone classificate agricole dai vigenti piani urbanistici non possono essere genericamente considerate aree e siti non idonei*».

In tale quadro le Regioni potevano comunque limitare l'installazione di impianti di produzione di energia rinnovabile, individuando aree agricole "di pregio", «*interessate da produzioni agricolo-alimentari di qualità (produzioni biologiche, produzioni D.O.P., I.G.P., S.T.G., D.O.C., D.O.C.G., produzioni tradizionali) e/o di particolare pregio rispetto al contesto paesaggistico-culturale*», o prevedendo limiti anche per le altre aree agricole "comuni", purché si trattasse di limiti ragionevoli e proporzionati e mai di divieti assoluti e aprioristici[36].

L'equilibrio disegnato dalle linee guida nazionali e dalla successiva attuazione regionale nell' individuazione delle aree (non) idonee per la localizzazione degli impianti F.E.R. è stato di recente completamente ridisegnato dal legislatore[37], che ha invertito il previgente sistema di governo territoriale

[34] Corte Cost., 30 gennaio 2014, n. 13. Tale sentenza aveva ad oggetto la legge regionale della Campania 1° luglio 2011, n. 11 recante "*Disposizioni urgenti in materia di impianti eolici*" la quale, prescrivendo che la costruzione di nuovi aerogeneratori debba rispettare una distanza pari o superiore a 800 metri dall'aerogeneratore più vicino preesistente o già autorizzato, impone un vincolo ulteriore da applicarsi in via generale su tutto il territorio regionale, in violazione dei principi fondamentali contenuti nell'art. 12, comma 10, del d.lgs. n. 387 del 2003 e nelle linee guida adottate con d.m. 10 settembre 2010.

[35] Così, specificatamente, l'art. 12, co. 7, d.lgs. 387/2003.

[36] A. di Cagno, *La produzione di energia da fonte rinnovabile: tra interesse energetico, ambientale e paesaggistico,* in *AmbienteDiritto.it*., 4/2022, 24. In giurisprudenza si confronti T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 29 gennaio 2009, n. 118, per la quale: «*emerge dunque dal quadro normativo sopra delineato come le amministrazioni comunali, nel favorire l'installazione di impianti di energia pulita, conservino in ogni caso un certo potere discrezionale teso a disciplinare – se del caso anche mediante atti regolamentari a carattere generale – il corretto inserimento di tali strutture nel rispetto dei fondamentali valori della tradizione agroalimentare locale e del paesaggio rurale*».

[37] Evidenzia una qualche forma di continuità tra le due normative G. Barozzi Reggiani, *Il principio di massima diffusione*, cit., 604, per il quale «*La normativa disciplinante l'individuazione di aree "idonee" all'installazione di impianti a FER è, come si accennava, di introduzione recente. Non configura, tuttavia, una "fenice comparsa dal nulla", dal momento che, in certa misura, le radici della medesima possono rinvenirsi nella disciplina (di precedente introduzione e permanente vigenza) concernente l'individuazione di aree "non" idonee alla realizzazione di impianti a FER, di cui la normativa recente costituisce, in qualche modo, il (quasi) simmetrico contraltare, condividendo al contempo con essa la matrice genetica di fondo*».

nella localizzazione delle aree idonee alla realizzazione di questi impianti[38].

Ciò è avvenuto con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 che ha recepito la Direttiva n. 2018/2001/UE "*sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili*", in attuazione della legge delega 22 aprile 2021, n. 53.

Nello specifico, l'art. 20 del suddetto decreto demanda a successivi decreti, da adottarsi da parte del Ministro della transizione ecologica, di concerto con il Ministro della cultura e di quello delle politiche agricole, alimentari e forestali, previa intesa in sede di Conferenza unificata, la definizione di criteri e principi direttivi per l'individuazione «*delle aree idonee e non idonee all'installazione degli impianti*» da parte delle Regioni.

Ai sensi del terzo comma dell'art. 20, la definizione delle disciplina delle aree idonee dovrà avvenire tenendo conto «*delle esigenze di tutela del patrimonio culturale e del paesaggio, delle aree agricole e forestali, della qualità dell'aria e dei corpi idrici, privilegiando l'utilizzo di superfici di strutture edificate, quali capannoni industriali e parcheggi, nonché di aree a destinazione industriale, artigianale, per servizi e logistica e verificando l'idoneità di aree non utilizzabili per altri scopi, ivi incluse le superfici agricole non utilizzabili*».

La concreta individuazione delle aree idonee è poi rimessa alle Regioni, che devono provvedervi con legge[39] entro 180 giorni dall'entrata in vigore dei decreti previsti dall'art. 20, comma 1, del d.lgs. n. 199/2021[40].

La disciplina sull'individuazione delle aree idonee si chiude con due ulteriori disposizioni di chiaro *favor* per la diffusione degli impianti F.E.R. sul territorio: la prima, prevista dal settimo comma, per la quale: «*le aree non incluse tra le aree idonee non possono essere dichiarate non idonee all'installazione di impianti di produzione di energia rinnovabile, in sede di pianificazione territoriale ovvero nell'ambito di singoli procedimenti, in ragione della sola mancata inclusione nel novero delle aree idonee*», con ciò rimarcando la necessità che l'eventuale "non idoneità" di un'area costituisca il frutto di una adeguata istruttoria e non

[38] F. Vetrò, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica*, in *Riv.it. dir. pubbl. com.*, 1/2022, 97, per il quale si tratta di «*una scelta marcatamente innovativa che, all'evidente fine di semplificare e accelerare gli iter autorizzatori capovolge il previgente paradigma fondato sull'individuazione delle superficie e aree non idonee*». In termini anche C. Vivani, *La localizzazione degli impianti di produzione di energia da fonte rinnovabile: transizione energetica, ambiente e paesaggio*, in G.F. Cartei (a cura di), *Energie rinnovabili e piano nazionale di ripresa e resilienza*, Napoli, 2021, 134, il quale parla di un «*cambio di prospettiva estremamente significativo*».

[39] Come giustamente osservato da N. Berti - A. Bonaiti, *Aspetti e problemi delle recenti riforme in tema di realizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *AmbienteDiritto*.it, 1/2023, 21 la scelta di ricondurre l'individuazione delle aree idonee a una legge regionale «*riduce significativamente le garanzie giurisdizionali e procedurali dei cittadini, in quanto le disposizioni di legge (di localizzazione di aree idonee) – a differenza degli atti amministrativi – non possono essere impugnate direttamente davanti al tribunale territoriale, ma possono essere incidentalmente deferite al giudice costituzionale da un processo in corso, se tale processo deve essere deciso secondo la disposizione controversa; e richieder una scelta basata su criteri astratti, cioè non verificati in concreto che possono mancare del necessario adattamento a ciascuna realtà territoriale*».

[40] Si tratta di un vero e proprio obbligo posto in capo alle Regioni per il quale, in caso di inerzia, è previsto l'esercizio del potere sostitutivo dello Stato ai sensi dell'art. 41 della l. 24 dicembre 2012, n. 234. Per un'analisi di tale quanto disciplina si confronti in particolare C. Tovo, *Commento all'art. 41 l. 234/2012*, in L. Costato - L.S. Rossi - P. Borghi (a cura di), *Commentario alla legge 24.12.2012 n. 234 "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea"*, Napoli, 2015, 362 ss.; G. Morgese, *La partecipazione degli enti territoriali italiani ai processi decisionali dell'Unione europea*, in E. Triggiani – A.M. Nico - M.G. Nacci (a cura di), *Unione europea e governi territoriali: risorse, vincoli e controlli*, Bari, 2018, 91 ss.

discende, in via automatica, dalla mancata individuazione quale area idonea.

La seconda, particolarmente rilevante ai fini della controversia posta alla cognizione del T.a.r. Veneto, è prevista dall'ottavo comma dell'art. 20 in esame, che individua alcune tipologie di aree come idonee *ex lege*, nelle more dell'adozione delle leggi regionali[41].

L'elenco delle "aree idonee" all'installazione di impianti F.E.R., originariamente limitato a sole due ipotesi[42], è stato ampliato dalla normativa successiva, in particolare dal d.l. 11 marzo 2022, n. 17, convertito in l. 27 aprile 2022 n. 34 ("Decreto energia") e il successivo d.l. 17 maggio 2022, n. 50, convertito in l. 15 luglio 2022, n. 91, ricomprendendo, ai fini che qui più interessano «*esclusivamente per gli impianti fotovoltaici, anche con moduli a terra, in assenza di vincoli ai sensi della parte seconda del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 le aree classificate agricole, racchiuse in un perimetro i cui punti distino non più di 500 metri da zone a destinazione industriale, artigianale e commerciale, compresi i siti di interesse nazionale, nonché le cave e le miniere*».

L'individuazione di un'area come idonea all'installazione di impianti F.E.R. determina l'applicazione di un regime autorizzativo semplificato, con una sostanziale inversione del rapporto tra autorizzazione unica e procedure semplificate, che vengono preferite in applicazione dei criteri di proporzionalità e adeguatezza[43].

A ciò deve aggiungersi quanto contemplato dall'art. 22 del d.lgs. 199/2021, il quale prevede che: «*nei procedimenti di autorizzazione di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili su aree idonee, ivi inclusi quelli per l'adozione del provvedimento di valutazione di impatto ambientale, l'autorità competente in materia paesaggistica si esprime con parere obbligatorio non vincolante*», con una espressa ipotesi di silenzio devolutivo nel caso in cui il parere non venga reso nel termine previsto[44].

Inoltre, si prevede che il termine di conclusione della procedura di autorizzazione unica sia ridotto di un terzo[45].

Rispetto alla disciplina così delineata che, come visto, ricomprende a determinate condizioni anche le aree agricole tra le aree idonee, si deve rilevare una inversione di tendenza da parte del legislatore

[41] Si evidenzia comunque che, seppur tale disciplina sia considerata come disciplina transitoria, i decreti ministeriali di individuazione dei criteri e principi direttivi per l'individuazione delle aree idonee da parte delle Regioni, ai sensi dell'art. 20, comma 1, dovranno tenere conto espressamente anche di quanto previsto dal suddetto comma 8.

[42] Segnatamente, i siti oggetto di bonifica individuati a sensi del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (lett. b) nonché «*le cave e le miniere cessate, non recuperate o abbandonate o in condizioni di degrado ambientale*».

[43] Così espressamente l'art. 4, co. 2-*bis*, d.lgs. 28/2011 «*nelle aree idonee identificate ai sensi dell'articolo 20 del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199, comprese le aree di cui al comma 8 dello stesso articolo 20, i regimi di autorizzazione per la costruzione e l'esercizio di impianti fotovoltaici di nuova costruzione e delle opere connesse nonché, senza variazione dell'area interessata, per il potenziamento, il rifacimento e l'integrale ricostruzione degli impianti fotovoltaici esistenti e delle opere connesse sono disciplinati come segue: a) per impianti di potenza fino a 1 MW: si applica la dichiarazione di inizio lavori asseverata per tutte le opere da realizzare su aree nella disponibilità del proponente; b) per impianti di potenza superiore a 1 MW e fino a 10 MW: si applica la procedura abilitativa semplificata; c) per impianti di potenza superiore a 10 MW: si applica la procedura di autorizzazione unica*».

[44] Su questi profili si confronti N. Berti - A. Bonaiti, *Aspetti e problemi delle recenti riforme*, cit., 18 ss.

[45] Si chiede tuttavia giustamente G. Barozzi Reggiani, *Il principio di massima diffusione*, cit., 628 «*quale sia il risvolto pratico-operativo immediato di tale applicazione, considerata in particolare la compressione delle tempistiche di conduzione della Conferenza forse eccessivamente consistente che essa determina rispetto ai carichi istruttori e lavorativi da cui sono oberate certe Amministrazioni*».

nazionale[46], il quale, con l'art. 5 del d.l. 15 maggio 2024, n. 63 convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 2024, n. 101, ha introdotto una serie di limitazione all'installazione di impianti fotovoltaici con moduli collocati a terra in zone classificate agricole dai piani urbanistici vigenti[47], che non risulta applicabile al caso di specie, in forza della disciplina intertemporale tracciata dalla disposizione suddetta[48].

Tracciata la cornice normativa relativa alla localizzazione degli impianti F.E.R. che viene in rilievo nel caso esaminato dal T.a.r., la questione interpretativa che si pone e che si rivela centrale, come si vedrà, per la risoluzione della vertenza portata alla cognizione del T.a.r. Veneto, riguarda il rapporto tra le presunzione di idoneità *ex lege*

[46] Per una analisi critica di questa disposizione normativa si confronti L. Bitto, F. Furlan *La transizione dalle aree non idonee alle aree idonee tra ambiziosi obiettivi europei e cauta legislazione domestica*, in *Le Regioni*, 3-4/2024, 521 per i quali «*Le forti restrizioni all'installazione di moduli fotovoltaici a terra in aree agricole, introdotte dall'articolo 5 del decreto Agricoltura, si pongono in contrasto con alcuni principi contenuti nello stesso articolo 20 del d.lgs. 199/2021: da un lato confliggono con il comma 6 (il quale continua a prevedere che: "Nelle more dell'individuazione delle aree idonee, non possono essere disposte moratorie ovvero sospensioni dei termini dei procedimenti di autorizzazione") poiché il divieto generalizzato e senza scadenza è chiaramente più restrittivo di una moratoria; per altro verso, si pongono in antitesi con il principio contenuto nel comma 7 ("Le aree non incluse tra le aree idonee non possono essere dichiarate non idonee all'installazione di impianti di produzione di energia rinnovabile, in sede di pianificazione territoriale ovvero nell'ambito di singoli procedimenti, in ragione della sola mancata inclusione nel novero delle aree idonee"), poiché non si introduce un principio per l'individuazione delle aree idonee ma si pone un limite localizzativo*».

[47] Nello specifico, l'installazione di impianti fotovoltaici in area agricola risulta consentita esclusivamente:
- in siti ove sono già installati impianti della stessa fonte, limitatamente agli interventi per modifica, rifacimento, potenziamento o integrale ricostruzione degli impianti già installati, a condizione che non comportino incremento dell'area occupata [cfr. comma 8, lettera a)];
- nelle cave e miniere cessate, non recuperate o abbandonate o in condizioni di degrado ambientale, o le porzioni di cave e miniere non suscettibili di ulteriore sfruttamento), incluse le cave già oggetto di ripristino ambientale e quelle con piano di coltivazione terminato ancora non ripristinate, nonché le discariche o i lotti di discarica chiusi ovvero ripristinati [cfr. comma 8, lettera c)];
- in siti e impianti nelle disponibilità delle società del gruppo Ferrovie dello Stato italiane e dei gestori di infrastrutture ferroviarie nonché delle società concessionarie autostradali [cfr. comma 8, lettera c-*bis*)];
- in siti e impianti nella disponibilità delle società di gestione aeroportuale all'interno dei sedimi aeroportuali, ivi inclusi quelli all'interno del perimetro di pertinenza degli aeroporti delle isole minori, ferme restando le necessarie verifiche tecniche da parte dell'Ente nazionale per l'aviazione civile (ENAC) [cfr. comma 8, lettera c-*bis*1)];
- in siti privi di vincoli ai sensi della parte seconda del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 che costituiscono aree interne agli impianti industriali e agli stabilimenti, nonché aree classificate agricole racchiuse in un perimetro cui punti distino non più di 500 metri dal medesimo impianto o stabilimento; aree adiacenti alla rete autostradale entro una distanza non superiore a 300 metri [cfr. comma 8, lettera c -*ter*) n. 2) e n. 3)]. Tali impianti non sono invece più ammessi nei seguenti siti:
- in siti oggetto di bonifica individuate ai sensi del Titolo V, Parte quarta, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 [cfr. comma 8, lettera b)];
- nelle aree classificate agricole, racchiuse in un perimetro i cui punti distino non più di 500 metri da zone a destinazione industriale, artigianale e commerciale, compresi i siti di interesse nazionale, nonché le cave e le miniere [cfr. comma 8, lettera c -*ter*) n. 1)].
Il divieto si applica anche se tali aree non sono sottoposte a tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, o non sono gravate da usi civici di cui all'articolo 142, comma 1, lettera h), del medesimo decreto, e anche se ricadono nella fascia di rispetto di 500 metri dei beni sottoposti a tutela ai sensi della parte seconda oppure dell'articolo 136 del medesimo decreto legislativo [cfr. comma 8, lettera c -quater)]. Infine, la norma prevede una deroga ai divieti sopra esaminati per il caso di progetti che prevedano impianti fotovoltaici con moduli collocati a terra finalizzati alla costituzione di una comunità energetica rinnovabile, nonché in caso di progetti attuativi delle altre misure di investimento del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e del Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR (PNC), ovvero di progetti necessari per il conseguimento degli obiettivi del PNRR.

[48] L'art. 5, comma 2, del d.l. 63/2024 prevede che: «*l'articolo 20, comma 1*-bis*, primo periodo, del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199, introdotto dal comma 1 del presente articolo, non si applica ai progetti per i quali, alla data di entrata in vigore del presente decreto, sia stata avviata almeno una delle procedure amministrative, comprese quelle di valutazione ambientale, necessarie all'ottenimento dei titoli per la costruzione e l'esercizio degli impianti e delle relative opere connesse ovvero sia stato rilasciato almeno uno dei titoli medesimi*».

fissata dalla legge statale e la legge regionale che detta ulteriori requisiti per l'installazione degli impianti suddetti: in altre parole ci si chiede se la legge regionale possa legittimamente ritenere non idonee aree previste come tali in via presuntiva dalla legge statale, oppure se, come avvenute nel caso di specie, possa introdurre dei requisiti ulteriori che, limitino la localizzazione degli impianti F.E.R. in aree giudicate idonee dalla legge statale.

3. La decisione del T.a.r. nel caso di specie.

La questione posta all'attenzione del T.a.r. Veneto può essere riassunta nel seguente modo: se esista o meno l'obbligo, nel caso di specie, per la ricorrente di asservire all'impianto aree ulteriori di estensione pari a quindici volte l'area occupata dall'impianto, ai sensi dell'art. 4, comma 2, lett. a) della L.R. 17/2022, e ciò tenendo in considerazione che l'impianto si dovrebbe realizzare in area agricola, individuata come area idonea di diritto.

Si tratta in sostanza di comprendere se l'individuazione di idoneità da parte della legge statale costituisca un "principio fondamentale" della materia che guida il Legislatore regionale nell'esercizio della propria potestà concorrente e al quale quest'ultimo deve conformarsi senza poter prevedere ulteriori condizioni che, almeno secondo la tesi della ricorrente, nel caso di specie si tradurrebbero in una sostanziale impossibilità a realizzare l'impianto anche in area considerata idonea *ex lege*.

Orbene, secondo un criterio di interpretazione letterale «*ai fini dell'idoneità* ex lege *all'installazione di FER – è sufficiente verificare l'assenza dei soli vincoli contenuti nella parte seconda del codice dei beni culturali e del paesaggio (al punto c-ter la norma recita espressamente che l'area con le descritte caratteristiche è idonea "in assenza di vincoli ai sensi della parte seconda del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42")*» e pertanto, implicitamente, non sarebbero ammessa la previsione di requisiti ulteriori all'installazione di impianti F.E.R. da parte della legge regionale per quanto riguarda le aree idonee.

Sempre secondo il T.a.r., la ricostruzione della normativa effettuata in forza del criterio letterale trova conforto anche alla luce della *ratio* dell'art. 20 del d.lgs. 199/2021 il quale, come sopra evidenziato, ha visto nel tempo un progressivo ampliamento delle aree considerate idonee *ex lege* e ciò per un evidente *favor* di recente espresso dal legislatore in materia di incentivazione alla produzione di energia da fonti rinnovabili.

L'interpretazione letterale e teleologica della normativa «*depongono quindi nel senso per cui l'installazione degli impianti fotovoltaici (anche con moduli a terra) in aree considerate idonee* ex lege *deve considerarsi sempre consentita, senza che possano rilevare limitazioni o restrizioni imposte da normative regionali previgenti o successive all'entrata in vigore della disciplina nazionale*».

Tuttavia, il T.a.r. non ritiene che la normativa regionale applicabile al caso di specie sia illegittima, in quanto sarebbe possibile una lettura integrata della normativa statale e di quella regionale in forza del quale i criteri previsti dall'art. 4 della L.R. 17/2022 varranno esclusivamente nelle aree agricole diverse da quelle "idonee di diritto".

Orbene, tale conclusione cui perviene il Tribunale di prime cure non sembra pienamente condivisibile e ciò, in primo luogo, alla luce della concreta applicazione del requisito dell'asservimento delle aree che,

come messo ben in luce dalla stessa ricorrente, «*si traduce in un sostanziale divieto di installazione degli impianti in aperta violazione del divieto di introdurre moratorie dei procedimenti autorizzativi stabilito dall'art. 20, comma 6 d.lgs. 199/2021*», *dal momento che costringe il privato che intende realizzare un impianto fotovoltaico a terra su area agricola a procurarsi un'area quindici volte più estesa rispetto a quella effettivamente necessaria per l'installazione dell'impianto suddetto.*

In altre parole, nelle aree agricole non considerate idonee *ex lege* dalla legge statale, la legge regionale introdurrebbe surrettiziamente un divieto generalizzato all'installazione di impianti F.E.R., imponendo ai privati che intendono realizzare l'impianto un obbligo di asservimento sproporzionato ed eccessivamente oneroso.

Tale prescrizione si pone in contrasto diretto con la giurisprudenza costituzionale che, come sopra visto, ha ripetutamente sanzionato le normative regionali che hanno introdotto divieti generalizzati all'installazione di impianti F.E.R. come di fatto si rivela quello qui in esame.

In secondo luogo, le considerazioni cui arriva il T.a.r. rispetto al rapporto tra normativa statale e regionale in materia di installazione di impianti F.E.R devono essere confrontate con le novità normative intervenute, non considerate nella sentenza qui in analisi, e con gli ultimi approdi giurisprudenziali che saranno, quindi, oggetto di analisi nel prossimo paragrafo.

4. Prospettive future: il D.M. 21 giugno 2024 e la sentenza del T.a.r. Lazio del 13 maggio 2025 n. 9155.

Il rapporto tra normativa statale e regionale nell'individuazione delle aree idonee all'installazione degli impianti F.E.R. si è posto nuovamente all'attenzione dell'interprete all'indomani dell'approvazione del D.M. 21 giugno 2024 che reca, in attuazione dell'art. 20, comma 1, del d.lgs. 199/2021 "*Disposizioni per l'individuazione di superfici e aree idonee per l'installazione di impianti a fonte rinnovabile*".

In particolare, ai fini che qui più rilevano l'art. 7 del D.M. prevede che le Regioni per l'individuazione delle aree idonee tengano conto, tra l'altro, «*della possibilità di fare salve le aree idonee di cui all'art. 20, comma 8 del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199 vigente alla data di entrata in vigore del presente decreto*».

Inoltre l'art. 7 in questione richiama quanto previsto dall'art. 5 del decreto-legge 15 maggio

2024, n. 63, che, come sopra visto, pone una disciplina restrittiva relativamente all'installazione di impianti fotovoltaici in zone classificate agricole dai vigenti piani urbanistici[49].

[49] Identico richiamo è effettuato anche all'art. 2 del d.lgs. 25 novembre 2024, n. 190 recante "*Disciplina dei regimi amministrativi per la produzione di energia da fonti rinnovabili in attuazione dell'art. 26, commi 4 e 5 lett. b) e d) della legge 5 agosto 2022, n. 118*", per il quale gli interventi di realizzazione degli impianti F.E.R. «*sono considerati di pubblica utilità, indifferibili e urgenti e possono essere ubicati anche in zone classificate agricole dai vigenti piani urbanistici nel rispetto di quanto previsto dall'art. 20, comma 1 bis del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199*».

Tale decreto è stato tempestivamente impugnato dagli operatori del settore, e ciò, ai fini che qui più interessa, con specifico riferimento all'art. 7 che, come visto, attribuisce alle Regioni la semplice facoltà di far salve le aree già considerate idonee dall'art. 20, comma 8, del d.lgs. 199/2021, non prevedendo, invece, l'obbligo di recepire la disposizione statale sul punto.

A tal riguardo, il Consiglio di Stato, esprimendosi in sede cautelare[50], ha ritenuto che: «*la norma in questione appare – al sommario esame proprio di questa fase cautelare – non pienamente conforme all'art. 20, comma 8, del d. lgs. 199/2021, il quale già elenca le aree contemplate come idonee: in tale disciplina di livello primario non sembra possa rinvenirsi spazio per una più restrittiva disciplina regionale*», sospendendo il D.M. impugnato limitatamente alla sola norma dell'art. 7, comma 2, lettera c) e chiarendo al contempo che le aree idonee rimarranno disciplinate dall'art. 20, comma 8, del d.lgs. 199/2021 stesso sino al termine di efficacia dell'ordinanza.

In sede di merito, in altro contenzioso generato dall'impugnazione del D.M. suddetto, il T.a.r. Lazio, con una recentissima e articolata sentenza[51] ha annullato l'art. 7, commi 2 e 3, del D.M. nella parte in cui non avrebbe previsto criteri sufficientemente precisi e omogenei per l'individuazione delle aree idonee e non idonee all'installazione di impianti F.E.R. da parte delle Regioni.

È interessante rilevare come rispetto allo specifico aspetto messo in evidenza dall'ordinanza del Consiglio di Stato e quindi su una possibile illegittimità della previsione della sola facoltà per le Regioni di tener conto delle ipotesi di idoneità *ex lege* previste dalla legge statale, il T.a.r. Lazio non si sia soffermato espressamente, riconoscendo tuttavia in maniera indiretta alle Regioni questa specifica facoltà.

Infatti, il giudice ha evidenziato come «*la concessione della suddetta facoltà, infatti, non assicura il mantenimento della qualificazione di area idonea operata* medio tempore *dalla legge*», con ciò dunque avallando la possibilità per le Regioni di discostarsi dall'individuazione delle aree idonee effettuate dalla legge statale.

Partendo da questo presupposto, tuttavia, il gravato decreto ministeriale sarebbe comunque illegittimo per non aver previsto alcuna misura di salvaguardia per i procedimenti di autorizzazione degli impianti F.E.R. in corso di svolgimento nelle aree idonee *ope legis* che potrebbero essere penalizzati da una mutata qualificazione delle aree da parte delle Regioni che potrebbero non qualificarla più come area idonea.

Occorre da ultimo segnalare, per il rilievo specifico di questo profilo in relazione all'insediabilità degli impianti in area agricola, come il T.a.r. Lazio, con altra sentenza resa nell'ambito del medesimo filone contenzioso[52], ha ritenuto rilevanti e non manifestamente infondate, nei termini espressi

[50] Si tratta dell'ordinanza 14 novembre 2024, n. 4302 emanata per la modifica dell'ordinanza Consiglio di Stato sez. IV 17 ottobre 2024 n. 3867, che in accoglimento dell'appello e in riforma dell'ordinanza T.a.r. Lazio, sede di Roma, sez. III, 7 settembre 2024 n. 4082, aveva accolto ai fini di una più sollecita fissazione dell'udienza di merito l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente. Nello specifico, il Consiglio di Stato ha ritenuto di dover modificare il proprio precedente provvedimento alla luce di due diverse sopravvenienze, costituite, da un lato, dalla ritenuta impossibilità per il T.a.r. di accogliere l'istanza presentata di abbreviazione dei termini *ex* art. 53 c.p.a. per esigenze organizzative, dall'altro, per la predisposizione del disegno della legge regionale attuativa del decreto impugnato da parte della Regione Sardegna, in senso ritenuto sostanzialmente impeditivo delle iniziative della parte ricorrente.

[51] T.a.r. Lazio, sez. III, 13 maggio 2025, n. 9155.

[52] Si tratta della sentenza del 13 maggio 2025, n. 9164.

in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 5, co. 1 e 2, d.l. n. 63/2024, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 101/2024, nonché dell'art. 2, co. 2, primo periodo, d.lgs. n. 190/2024, per violazione degli artt. 3, 9, 11 e 117, co. 1, Cost., anche in relazione ai principi espressi dalla Direttiva (UE) 2018/2001 e dal Regolamento (UE) 2018/1999, come modificati dalla Direttiva (UE) 2023/2413, nonché dal Regolamento (UE) 2021/1119.

In particolare, il T.a.r. Lazio ha ritenuto che la disciplina censurata presenti profili di contrasto con gli artt. 11 e 117, co. 1 della Costituzione, sotto il profilo del mancato rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e, in particolare, del principio di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili, derivante dalla normativa europea.

Ciò in quanto, in forza della disciplina introdotta «*la generalità dei terreni classificati agricoli (circa la metà della superficie del Paese) è preclusa a qualsiasi intervento di installazione di impianti fotovoltaici con moduli collocati a terra che non che non consista nel mero rifacimento/modifica/ricostruzione, con conseguente preclusione all'utilizzo di nuovo terreno agricolo*».

Alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale qui brevemente richiamata, *de iure condendo*, si dovrà attendere la riedizione del decreto con la definizione di principi e criteri direttivi maggiormente specifici, volti a indirizzare la potestà legislativa regionale nell'individuazione delle aree idonee e non idonee all'installazione di impianti a fonti rinnovabili, e prim'ancora, la pronuncia della Corte costituzionale in merito alla legittimità dell'art. 5 del d.l. 63/2024 che, quale norma statale primaria, influenza il contenuto dei decreti ministeriali di attuazione.

De iure condito, con specifico riguardo alla normativa regionale veneta, si ritiene che il previsto requisito dell'asservimento non debba trovare applicazione non solo con riferimento agli impianti da realizzarsi sulle aree idonee *ex lege*, come stabilito dal T.a.r., ma nemmeno per gli impianti da realizzarsi in aree agricole diverse da quelle considerate idonee dalla normativa statale.

Questo perché tale requisito si dimostra del tutto sproporzionato e vessatorio, ponendo in capo all'attuatore dell'iniziativa l'onere economico di avere un terreno che sia di estensione quindici volte maggiore rispetto a quello necessario per l'impianto, rendendo di fatto impossibile o comunque oltremodo difficile, la realizzazione di questo tipo di impianto F.E.R.

Rimane quindi ferma, a parere di chi scrive, la necessità di sottoporre la disposizione in questione allo scrutinio della Corte costituzionale, non essendo possibile, a differenza di quanto evocato dal T.a.r. Veneto, una sua interpretazione costituzionalmente orientata.

Clara Silvano

5. Rigenerazione urbana e discrezionalità amministrativa

La proprietà pubblica in un equilibrio instabile tra onere e scelta (nota a Cons. St., sez. IV, 2 luglio 2025, n. 5719)

Sommario: **1.** L'ambiguità della nozione di rigenerazione urbana e ambientale. Un invariante necessaria. – **2.** Il caso dell'Arena di Milano: la legittimità della scelta di non acquisire la proprietà al patrimonio pubblico. – **3.** Il ruolo ordinante della pianificazione urbanistica tra razionalità economica e valori costituzionali. – **3.1.** Il peso economico delle scelte pubbliche: sostenibilità finanziaria e regime dei beni nella rigenerazione urbana. – **3.2.** Il grande evento come fattore determinante nella qualificazione dell'opera di interesse generale. – **4.** La dimensione necessariamente pluralista della rigenerazione urbana.

1. L'ambiguità della nozione di rigenerazione urbana e ambientale. Un invariante necessaria.

Le attività ascrivibili all'ampia e indefinita nozione di rigenerazione urbana sfuggono, come noto, a una sistemazione e categorizzazione fissa e immutabile, aspetto che rende incerto se la stessa attività di cui si discorre rappresenti un fine cui ambire o uno strumento diretto al raggiungimento di obiettivi ulteriori.

Lo sviluppo razionale e sostenibile dei territori deve, oggi, prevedere quale premessa logica e necessaria il contenimento del consumo di suolo[1], che deve realizzarsi attraverso una serie di interventi e di politiche pubbliche, tra le quali si deve segnalare proprio la rigenerazione urbana, che consente di orientare e condizionare le attività urbanistiche principalmente verso quelle che integrano interventi di riqualificazione e valorizzazione dell'esistente.

Dalla fine degli anni 2000, la progressiva riduzione delle iniziative pubbliche di rigenerazione urbana – che si era nel frattempo

[1] Sulla necessaria complementarità tra tali due aspetti, cfr. G.A. Primerano, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana. La salvaguardia di una matrice ambientale mediante uno strumento di sviluppo sostenibile*, Napoli, 2022, 81 ss.; di recente, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 20 gennaio 2025, n. 188, in *Riv. giur. edil.*, 2025, 2, I, 241, per il quale è legittima una previsione pianificatoria comunale che riduca le aree destinate a interventi urbanizzativi in modo da evitare che si consumi suolo libero. I comuni hanno potere di procedere alla modifica dello strumento urbanistico e prevedere attraverso lo stesso la riduzione del consumo di suolo, senza necessità di attendere gli adempimenti posti in capo al decisore pubblico regionale e provinciale, correlati all'individuazione della soglia di riduzione del consumo di suolo, al fine di assicurare un bilancio ecologico del suolo, in attuazione del principio di inesauribilità della funzione di pianificazione urbanistica, la cui attribuzione spetta agli enti locali.

imposta come modello di riferimento – a causa delle diverse crisi economiche verificatesi, ha imposto, in termini generali, un ripensamento dell'intero modello di amministrazione dei territori, soprattutto urbani, attraverso alcuni accorgimenti, tra i quali il riconoscimento di un ruolo sempre crescente ai privati[2] o, in ogni caso, il ricorso a forme di collaborazione tra pubblico e privato[3].

Nell'ultimo decennio, tuttavia, le politiche pubbliche in tema di rigenerazione urbana hanno attraversato una fase di rinnovata centralità e hanno consentito di riportare la pianificazione al centro del dibattito e, per tale via, hanno restituito peso al decisore pubblico, da intendersi soprattutto quale ente locale preposto all'intervento, anche in termini di soggetto in capo al quale ricadono gli oneri e le poste passive dell'attività.

La rigenerazione urbana e ambientale deve, oggi, attuarsi attraverso una pianificazione o programmazione di ampio respiro, sostenibile e di carattere strategico, al fine di ambire a divenire strumento ordinario di razionalizzazione dei territori[4], superando anche la contingenza di singole e isolate linee di finanziamento pubblico.

La crisi economica e l'affannosa rincorsa a garantire la sostenibilità degli interventi sono i cardini e le spinte intorno alle quali deve muoversi un percorso induttivo, nel quale gli strumenti, ma anche gli attori, sono individuati e definiti in forma riflessa, in funzione degli obiettivi – da intendersi come correlati ai vincoli – da perseguire.

L'indeterminatezza semantica, e quindi di regime, dell'espressione rigenerazione urbana non è fugata, né superata, ma resta una nozione che si pone, come osservato[5], tra il diritto alla città[6] e il diritto delle città e che potrebbe finanche assurgere al rango

[2] In tema, imprescindibile è il rinvio a P. Stella Richter, *I sostenitori dell'urbanistica consensuale*, in P. Urbani (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, Torino, 2013, 21 ss., il quale osserva che la spinta alla depianificazione ha fatto sì che la consensualità divenisse il fulcro delle politiche di riqualificazione e il cardine dell'urbanistica in trasformazione, anche in termini di ripartizione degli oneri, non solo economici di recente, D. Caldirola, *La capacità generativa della comunità nel rinnovamento urbano*, in *Federalismi*, 2024, 27, 25 ss., dal tenore del quale si desumono anche le criticità insite nella c.d. rigenerazione dal basso.

[3] Sulle tracce evolutive del modello, necessario è il rinvio a R. Ferrara, *La programmazione «negoziata» fra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 1999, 2, 429 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Napoli, 2023, 251 ss., 275, il quale nel rilevare criticità applicative e interpretative, osserva che, proprio sul piano urbanistico si è passati da modelli caratterizzati da marcata elasticità a modelli rigorosi e formalizzati.

[4] Si v. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 11 dicembre 2020, n. 2473, per il quale la rigenerazione urbana costituisce lo strumento attraverso il quale l'ente pianificatore – comunale e sovracomunale – realizza la riqualificazione del territorio degradato in vista del suo migliore e più valido impiego, mediante previsioni di riutilizzo o riuso che consentono altresì di limitare o impedire il consumo di suolo inedificato. Si deve, però, osservare che la nozione di rigenerazione non investe solo la mera programmazione e pianificazione di recupero o di risanamento, ma arriva a ricomprendere la coesione territoriale e sociale. "In tale prospettiva, che consente un ampio utilizzo dello strumento della rigenerazione urbana – la previsione di misure di incentivazione dipende strettamente dall'obiettivo perseguito dall'ente pianificatore, essendo ipotizzabile che quest'ultimo perseguirà con priorità e maggiore intensità la riqualificazione di comparti destinati a soddisfare esigenze pubbliche in un dato momento storico valutate di primario rilievo, ivi prevedendo misure di incentivazione più intense, mentre in altri ambiti potrà discrezionalmente decidere di incentivare con modalità differente, oppure in misura più debole, ovvero ancora di non incentivare il perseguimento dell'obiettivo di rigenerazione disposto dal piano".

[5] Cfr. G. Gardini, *Alla ricerca della "città giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *Federalismi*, 2020, 24, 74 ss., "rigenerazione urbana" integra un'espressione polisemica, la cui identificazione è complicata dall'incertezza che avvolge alcuni concetti chiave e dalla circostanza che indica attività molto diverse tra loro; necessario è il rinvio P. Urbani, *Il declino del piano: un nuovo rapporto tra autorità e libertà?*, in *Riv. giur. urb.*, 2025, 1, 127 ss., 131.

[6] Sul tema, pur se nella prospettiva del verde urbani, si v. M.F. Errico, *Per "fare" una città di vuole un albero? Note in tema di città e verde urbano*, in *Riv. giur. edil.*, 2024, 4, 301 ss., 305, il quale sottolinea una nuova visione dell'urbanistica che consente di realizzare una serie di attività di trasformazione urbana in un'ottica condivisa.

di funzione amministrativa propria e composita.

Si tratta di una politica di governo del territorio, nella quale si recupera il ruolo centrale del soggetto pubblico, al fine di realizzare un'attività di pianificazione complessa e consapevole, che provveda a una sintesi razionale delle attività tradizionali, anche se con i necessari correttivi.

Si deve, in ogni caso e come punto logico di partenza, osservare che si tratta di attività che hanno ad oggetto una parte di suolo già trasformata, di cui si deve limitare il deterioramento, attraverso sviluppo e recupero delle stesse aree.

Si potrebbe rendere necessario un ripensamento, magari non necessariamente radicale, delle modalità di gestione del territorio, che è integrata da due ipotesi, la microgenerazione, che si sostanzia in iniziative puntuali basata su modelli di amministrazione condivisa e la macrogenerazione, che si basa su una pianificazione strategica, complessa e che si avvale soprattutto della pianificazione urbanistica affidata ai comuni[7], oggetto della presente analisi.

Le difficoltà, o forse gli ostacoli al perfezionamento di un modello di urbanistica adeguato alle esigenze contemporanee, sono da rinvenirsi principalmente in carenze in termini di organizzazione – tecniche ed economiche – e di misurazione e verifica dei risultati, che divengono i punti di incrocio, ma anche di confine, che delimitano l'area anche delle presenti riflessioni.

2. Il caso dell'Arena di Milano: la legittimità della scelta di non acquisire la proprietà al patrimonio pubblico.

Le attività di rigenerazione urbana, anche per attinenza semantica, si confrontano con spazi e beni già oggetto di precedente trasformazione, che, qualora siano di proprietà di privati, impongono all'amministrazione di tenere in debita considerazione anche la sostenibilità economica dei singoli interventi da pianificare e eseguire, anche rispetto alla scelta di provvedere o meno all'acquisizione del bene.

Giova, al fine di individuare e isolare le diverse questioni da sottoporre ad attenta indagine, ricostruire la vicenda oggetto della sentenza in commento.

La società appellante, proprietaria di un grande impianto deputato ad ospitare manifestazioni sportive e di intrattenimento[8], deduce di aver agito in giudizio per ottenere l'annullamento di un atto integrativo dell'Accordo di programma con il quale il comune di Milano aveva provveduto ad attuare il Programma integrato di intervento, attraverso la censura esclusiva delle previsioni urbanistiche e gli atti concernenti l'Arena di Milano, nel senso, però, non di impedire la realizzazione dei singoli interventi, ma al fine di rimuovere le asserite

[7] Sul cui profilo, anche nella prospettiva della giustizia sostanziale dell'azione, si v. A. Fioritto - M. Lunardelli, *L'interesse ad impugnare gli strumenti di pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2024, 3, 424 ss.

[8] Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 2 febbraio 2022, n. 245, in *Riv. giur. edil.*, 2022, 2, 552, sui profili di legittimità della dotazione degli standard urbanistici – anche rispetto ad aree verdi destinate ad attività sportive – in misura superiore rispetto a quella minima di legge, senza alcuna specifica motivazione. Le previsioni di piano necessitano di una motivazione rafforzata, che non può consistere nel mero richiamo a formule generiche; si v. anche Cons. St., sez. VI, 4 giugno 2025, n. 4842.

illegittime e irragionevoli agevolazioni giuridiche ed economiche riconosciute dalle amministrazioni all'operatore beneficiario, la società partecipata Milano Santa Giulia s.p.a.[9], il cui ruolo è proprio quello di promuovere e pianificare le opere di riqualificazione urbana, in una determinata area della città.

L'appellante aveva formulato le proprie doglianze già nell'ambito del procedimento di VAS relativo proprio al menzionato atto integrativo, ma lamentava di non aver mai ricevuto le determinazioni dell'amministrazione e di essere stata lesa, per tale via, nelle proprie prerogative di effettiva e piena partecipazione al procedimento di pianificazione.

A parere della resistente, invece, tale lesione sarebbe stata adeguatamente considerata, poiché i documenti in questione non avrebbero apportato aspetti nuovi al procedimento e non era, pertanto, necessario un ulteriore apporto partecipativo del privato[10].

L'appellante riteneva, al contrario, che con gli atti integrativi il comune avrebbe provveduto, in realtà, a motivare *ex post* la scelta urbanistica relativa all'attribuzione all'Arena di Milano di "opera di interesse pubblico o generale", con l'introduzione nella determinazione assunta di elementi particolarmente rilevanti sui quali l'appellante non era nelle condizioni di contraddire, in considerazione del carattere ravvicinato dell'approvazione definitiva dell'atto integrativo.

L'appellante, inoltre, riteneva irragionevole e incomprensibile la scelta del comune di Milano di non prevedere di rendere pubblica la proprietà dell'Arena, anche a fronte delle numerose rinunce, effettuate proprio nell'atto integrativo, a valori già acquisiti con l'Accordo di programma sottoscritto nel 2004 e degli incrementi volumetrici e dei vantaggi accordati al privato. L'appellante osservava, infatti, che la proprietà pubblica avrebbe imposto, tra le altre, lo svolgimento di una gara per l'individuazione del soggetto preposto alla gestione della struttura.

Sotto altro profilo, si contestava la parte in cui la sentenza di primo grado aveva affermato l'inapplicabilità, ai fini del riconoscimento dell'interesse pubblico o generale dell'opera, dell'art. 4 delle Norme Tecniche di Attuazione al Piano dei servizi del PGT. Il T.A.R. sarebbe incorso in eccesso di potere giurisdizionale[11], poiché avrebbe ritenuto in via postuma non applicabile la norma di riferimento – l'art. 4 delle Norme Tecniche di Attuazione – e si sarebbe sostituito alla non contestata valutazione dell'amministrazione, in termini di selezione della normativa applicabile alla fattispecie concreta[12].

Di particolare rilievo per l'analisi condotta, sarebbero del tutto mancate le indispensabili e non differibili verifiche in termini di accertamento dell'effettivo valore degli oneri e di stima della concreta entità economica dei benefici e delle agevolazioni. La struttura in esame non avrebbe infatti provveduto a colmare una lacuna del territorio comunale, già in grado di ospitare numero-

[9] Società controllata del "Gruppo risanamento", società proprietaria di terreni di una determinata area della città.

[10] Sul tema della partecipazione ai procedimenti valutativi, de relato sul pensiero di Pericu, si v. M. Cafagno, *L'ambiente del pensiero di Giuseppe Pericu, tra categorie concettuali e gioco degli interessi*, in *Riv. giur. amb.*, 2023, 2, 293 ss., 301.

[11] In tema, sulle scelte urbanistiche, Cons. St., sez. VII, 4 settembre 2024, n. 7382.

[12] Indicazioni in tal senso sono fornite da Cons. St., sez. IV, 4 giugno 2025, n. 4855, rispetto alla necessità di garantire la conformità degli interventi alle norme tecniche di attuazione e ai diversi allegati.

si eventi, tra i quali una serie di eventi previsti per le Olimpiadi Milano-Cortina 2026.

Da ultimo, si deduceva l'omessa violazione, in primo grado, dell'irragionevolezza dell'azione amministrativa che avrebbe condotto a porre a esclusivo carico delle amministrazioni coinvolte – Comune e Regione – e di una società concessionaria gli interventi di adeguamento di un tratto viario, in quanto connessi alle difficoltà di viabilità generate dal prevedibile aumento carico urbanistico[13] collegato alla realizzazione dell'Arena, poiché gli stessi sarebbero dovuti rientrare nell'ambito degli oneri di urbanizzazione[14] ed essere, per tale via, posti a carico della società partecipata Milano Santa Giulia s.p.a., menzionata in precedenza.

Il Consiglio di Stato ha osservato che, in primo luogo, la pretesa violazione delle garanzie partecipative a causa della tardiva pubblicazione dei documenti non sussiste[15], poiché si trattava di mera attuazione della normativa urbanistica, le cui linee fondamentali erano già ampiamente note alla ricorrente, che aveva, infatti, già presentato altre osservazioni puntuali sugli stessi profili. Anche nell'ottica del rispetto degli obblighi di pubblicazione, l'amministrazione aveva provveduto a rendere noti gli atti riferibili alla proposta di variante al Programma integrato di intervento (PII), tra cui la rilevazione generale e la normativa di variante; risultavano, pertanto, rispettate la *ratio* delle norme che prescrivevano la pubblicazione degli strumenti urbanistici.

Le osservazioni dell'appellante, che integravano semplici apporti in chiave collaborativa, avevano, in ogni caso, indotto l'amministrazione a condurre un accertamento istruttorio più approfondito[16], rispetto al bilanciamento degli interessi in gioco.

Il Collegio ha ritenuto di non accogliere il rilievo con il quale era messa in discussione la scelta del Comune di non prevedere che l'Arena divenisse di proprietà pubblica, in termini di contropartita dei vantaggi concessi al privato dall'accordo integrativo all'Accordo di programma.

A parere del Collegio – e l'aspetto appare dirimente nell'economia della presente trattazione – tale determinazione risulta ra-

[13] Sul collegamento funzionale, proprio in termini di oneri di urbanizzazione, cfr. F. Dello Sbarba, *L'incremento del carico urbanistico quale criterio prioritario ma non esclusivo nella determinazione degli oneri di urbanizzazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 2, I, 517 ss.; di recente, proprio in tema di rigenerazione urbana, si v. Corte cost., 14 aprile 2023, n. 70, gli interventi statali di attrazione in sussidiarietà per ritenersi legittimi devono esercitarsi nel rispetto della leale collaborazione, poiché devono essere garantiti momenti partecipativi per gli enti territoriali "espropriati" delle proprie prerogative costituzionali, a fronte dell'esigenza di assicurare un esercizio unitario delle funzioni. "Con il comma 537 dell'art. 1 della l. 30 dicembre 2023, n. 234 – il quale demanda la determinazione dell'ammontare del contributo per la rigenerazione urbana spettante a ciascun comune a un decreto del Ministro dell'interno, da adottarsi di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, senza alcuna forma di coinvolgimento delle regioni – lo Stato ha attratto, con chiamata in sussidiarietà, le competenze amministrative di dettaglio, unitamente alle rispettive competenze legislative regionali, nella materia governo del territorio senza garantire il coinvolgimento delle regioni".

[14] In termini ampi, già A. Crosetti, *Economia urbana e oneri di urbanizzazione*, in *Foro amm.*, 1976, 1, 283, osservava che vi fosse la necessità di prevedere, fin dalla fase di programmazione, ad un'attività di scomputo graduale delle opere da sottoporre ad attività di rigenerazione e quelle da completare; più di recente, F. Cusano, *La disciplina delle opere di urbanizzazione a scomputo e degli extra-oneri alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2024, 3, 681 ss., 695.

[15] Indicative le determinazioni di T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 17 settembre 2009, n. 4671, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 5-6, 1859, che fornisce indicazioni in tema di minimi da rispettare per i c.d. indici di partecipazione.

[16] Cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 28 ottobre 2024, n. 8521, sulla necessità di provvedere a un approfondimento istruttorio, per le attività di pianificazione urbanistica, per verificare la compatibilità degli interventi con gli interessi primari che il piano è preposto, *ex lege*, a tutelare.

gionevolmente adottata dall'amministrazione, in ragione di una ponderazione tra costi e benefici, non riferibili solo all'eventuale acquisizione del bene nel patrimonio pubblico, ma all'operazione nel suo complesso. La scelta è, infatti, espressione dell'ampia discrezionalità riconosciuta all'amministrazione comunale in materia di pianificazione urbanistica[17], funzionale non solo all'interesse pubblico dell'ordinato sviluppo edilizio[18] dei territori[19], in considerazione delle diverse tipologie di edificazione distinte per finalità e uso, ma e soprattutto, al fine di realizzare e pervenire a un bilanciamento razionale dei diversi interessi pubblici, talvolta antagonisti anche tra loro, che rinvengono il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti[20].

Il Consiglio di Stato, in ragione delle argomentazioni già indicate, rigetta l'appello e conferma le determinazioni assunte dal giudice di prime cure.

3. Il ruolo ordinante della pianificazione urbanistica tra razionalità economica e valori costituzionali.

Dalla sentenza in commento possono trarsi diversi spunti di indagine che gravitano intorno al nucleo della nozione di rigenerazione urbana, quale possibile, ma necessaria attività per un razionale governo del territorio.

Si deve individuare, a partire dalle questioni sottoposte al vaglio della Corte, il modo in cui gli enunciati e gli interessi si dispongono e si ordinano, nella proiezione di un campo di relazioni astratte, al fine di individuare ricadute di natura sistemica, del quale il versante urbanistico diviene sede preferibile, anche se non esclusiva, di verifica.

La necessità di individuare strumenti di pianificazione che possano consentire di valutare unitariamente gli interessi sempre con continuità, in modo da ottenerne l'adeguamento all'evoluzione sociale e alle esigenze sopravvenute si scontra con radicate difficoltà derivanti da cause eterogenee, alcune immanenti e ben note, altre più celate e latenti.

Appare evidente, in quest'ottica, che l'urbanistica, e con essa l'esercizio del potere di pianificazione territoriale, non possono più essere ricondotte alla mera funzione di coordinamento delle capacità edificatorie. Esse devono essere reinterpretate in termini di manifestazione dell'intervento degli enti esponenziali della collettività sul proprio territorio, al fine di orientarne lo sviluppo complessivo[21], in una prospettiva di equili-

[17] In tema, necessario è il rinvio a studi classici, tra i quali A. Sandulli, *Competenze e coordinamento delle competenze nella pianificazione urbanistica e in quella comunale generale*, in *La pianificazione urbanistica*. Atti del VII° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1962, 59 ss., 61, secondo il quale la pianificazione urbanistica deve prendere le mosse dalla realtà sociale, economica e giuridica, quali presupposti essenziali, ma non sufficienti a garantire legittimità e adeguatezza delle determinazioni amministrative.

[18] Cfr. la voce enciclopedica curata da M.A. Sandulli, *Edilizia*, ora anche in *Riv. giur. edil.*, 2022, 3, 171 ss.; tra i contributi in tema, anche per l'influenza che lo studio ha avuto sul presente scritto, cfr. G. D'Angelo, *Piano paesistico e piano urbanistico: contenuti, funzioni e loro attualità*, in *Riv. giur. edil.*, 1996, 6, II, 163 ss.

[19] Indicative, in tal senso, appaiono le indicazioni offerte dalla sentenza del T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, n. 550, nella quale – in tema di permesso a costruire – rileva che il governo del territorio, da intendersi quale possibile attività che incide su quella di rigenerazione urbana, fa sorgere in capo all'amministrazione determinati obblighi di fonte legale e di natura solidaristica diretti ad assicurare si realizzi un sistema adeguato ad un ordinato e razionale sviluppo del territorio.

[20] *Ex multis*, Cons. St., sez. IV, 30 gennaio 2020, n. 783

[21] Insuperate le riflessioni di V. Bachelet, *L'adeguamento*

brio e di armonia, ma sempre nel rispetto dei vincoli di spesa.

Tale attività di pianificazione deve debitamente considerare, da un lato, le potenzialità edificatorie dei suoli, sempre in rapporto con le effettive esigenze abitative[22] della comunità e con le concrete vocazioni naturali e storiche dei luoghi e, dall'altro, i valori ambientali e paesaggistici, le istanze di tutela della salute pubblica e, più in generale, il diritto dei cittadini alla città, nonché le necessità economiche e sociali della collettività radicata nello spazio urbano.

In questa visione più avanzata, l'attività pianificatoria non si esaurisce nella mera distribuzione di indici edilizi[23], ma si sostanzia nell'elaborazione di un progetto di sviluppo che imprime ai luoghi un orientamento riconoscibile e coerente con la loro matrice e con la loro destinazione originaria. Si tratta, in definitiva, di un'attività che, oltre a proiettarsi nel futuro, riflette sul senso stesso dell'identità del territorio[24], in una dinamica di autorappresentazione e di autodeterminazione che la comunità locale esercita attraverso i propri organi democraticamente eletti e, prima ancora, mediante la partecipazione diretta dei cittadini ai procedimenti di formazione degli strumenti urbanistici.

Gli ambiti tematici che possono essere isolati e che meritano autonoma trattazione sono almeno due, il primo relativo alla valutazione operata dall'amministrazione sui costi che sarebbero derivati dall'acquisizione del bene - l'Arena - nel patrimonio pubblico e il secondo relativo alla qualificazione del medesimo bene come opera di interesse pubblico e generale, anche per gli interventi infrastrutturali ancillari e di supporto che si sarebbero resi necessari, ai fini l'individuazione del soggetto competente per tale attività[25].

Il caso di studio consente di verificare la tenuta degli istituti e degli equilibri che, anche oltre la mera attività urbanistica, impongono all'interprete di indagare rappresentazioni sistemiche, ma dinamiche, rispetto ai vari interessi e ai profili di vulnerabilità che le decisioni possono radicare in capo al soggetto pubblico nel lungo periodo.

---

dell'apparato di governo alle esigenze di una politica di sviluppo, in *Il Pol.*, 1961, 8, 692 ss.

[22] Di ampio respiro, in tema, sul versante dell'individuazione di un punto di raccordo per le politiche pubbliche sono le riflessioni di G. Sorrenti, *Diritti senza dimora: le politiche abitative del Terzo Millennio tra Pnrr e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Pol. dir.*, 2023, 4, 443 ss.; sul controverso profilo del *social housing*, M.G. Della Scala, *Il "social housing" come servizio di interesse generale tra tutela multilivello del diritto sociale all'abitare e imperativi alla concorrenza*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 2, II, 179 ss., 199.

[23] Come osserva *de relato* rispetto al pensiero di Salvia, N. Gullo, *Il pensiero giuridico (e non solo) di Filippo Salvia tra urbanesimo e sviluppo sostenibile*, in *Studi in onore di Filippo Salvia*. Atti del Convegno. Quale piano per il futuro dell'urbanistica, Napoli, 2022, 385 ss., il quale osserva che i profili giuridici degli istituti di regolamentazione dei territori e il ruolo svolto dai diversi attori istituzionali, economici e sociali hanno condizionato l'applicazione degli strumenti urbanistici e hanno portato una rinnovata attenzione sulla progressiva emersione di interessi pubblici "egemoni", che hanno prima legittimato una fuga dalla pianificazione e, poi, hanno richiesto un ripensamento del ruolo delle autorità comunali; nella prospettiva sociale del tema, R. Ferrara, *La programmazione negoziata*, cit., 275, nota che proprio i patti territoriali sono espressione di forme di collaborazione a carattere sociale da cui derivano vincoli peculiari, anche sotto il profilo della sostenibilità del piano in sé.

[24] Su cui Corte cost., 23 luglio 2018, n. 172, in *Giur. cost.*, 2018, 4, 1850, in tema di ricerca di equilibrio tra il mantenimento di identità dei territori e la realizzazione di infrastrutture.

[25] Cfr. G. Colombini - V. Manzetti, *Una riflessione (a due voci) su urbanistica e città (in)visibili*, in *Studi in onore di Filippo Salvia*. Atti del Convegno. Quale piano per il futuro dell'urbanistica, Napoli, 2022, 231 ss., 244, la modifica degli spazi urbani e la riorganizzazione dei territori, in base a nuovi principi e nuove logiche di sviluppo, sono aspetti che impongono di ripensare la questione urbana, proprio rispetto alla ridefinizione degli standard e all'articolazione delle politiche infrastrutturali; sul tema degli investimenti, cfr. M. Macrì, *Gli investimenti infrastrutturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 2, 185 ss.

Si può, in altri termini, rifuggire da esperimenti di simulazione puramente dogmatica, per ricollocare le scelte di governo del territorio in una realtà più complessa, di poteri, di giudici, ma anche di vincoli di bilancio.

3.1. Il peso economico delle scelte pubbliche: sostenibilità finanziaria e regime dei beni nella rigenerazione urbana.

Il primo aspetto da sottoporre ad analisi riguarda i profili di legittimità delle scelte dell'amministrazione in termini di sostenibilità economica e la correlazione che tale aspetto ha con la previsione di una destinazione d'uso del bene per un grande evento.

La zona individuata quale destinataria dell'intervento richiedeva una costosa attività di bonifica e l'amministrazione ha interpretato l'intervento in questione come un efficace intervento di rigenerazione urbana e ambientale, diretto a recuperare e trasformare un'area periferica e dismessa in un quartiere cittadino, dotato di una serie di attrezzature di cui la città era carente.

Si tratta, come noto, di scelte che presuppongono un rinnovato scenario del disegno urbanistico, manifestato attraverso uno strumento di pianificazione generale che si pone quale diretta espressione di un potere caratterizzato da ampia discrezionalità, poiché si tratta, a ben vedere, di atti che sono funzionali all'organizzazione del territorio[26], che dovrebbero consentire al soggetto decidente di valutare consapevolmente le diverse opzioni inerenti al riuso e allo sviluppo socioeconomico degli spazi urbani[27].

L'amministrazione comunale ha ritenuto preferibile, proprio in ragione dei preventivati costi manutentivi e di gestione, di non acquisire nel patrimonio una simile struttura, rifuggendo in tal modo dal ricorso a schemi concessori, preferendo forme di regolamentazione dell'uso che fossero più rispondenti alla concreta situazione, al fabbisogno della popolazione e, da ultimo, agli obiettivi e alle necessità del territorio[28].

Il tema del governo del territorio e, nello specifico, proprio l'ammontare del debito che i procedimenti espropriativi hanno lasciato in eredità agli enti locali ha rappresentato una voce significativa del disavanzo che le amministrazioni hanno generato, soprattutto in passato[29].

La progressiva riduzione del ricorso ai procedimenti espropriativi, per lasciare spazio a soluzioni consensuali[30], quali gli stru-

[26] Sul dialogo tra componente territoriale e diritti da garantire, si v. L. Giani, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra terriorio, autorità e diritti*, in *Nuove aut.*, 2021, 3, 551 ss., 560.

[27] Cfr., di recente, A.M. Labocetta, *Il territorio come "attore" di sviluppo socio-economico*, in *Federalismi*, 2025, 14, 40 ss., 54, il quale osserva che la transizione dall'urbanistica al governo del territorio implica la ricerca di una rinnovata sintesi di interessi pubblici e privati, con il territorio inteso come luogo, al contempo, di conflitto e mediazione. Si deve notare che la rigenerazione urbana potrebbe porsi quale terreno privilegiato di sperimentazione, e, in tal senso, si può osservare che la pianificazione assume natura sempre più negoziale e strategica.

[28] Si tratta di orientare l'intervento ai principi di proporzionalità e adeguatezza, come osservato in T.A.R. Veneto, Venezia, sez. II, 18 giugno 2024, n. 1488.

[29] Cfr., per una disamina lontana nel tempo, ma insuperata sotto diversi aspetti, i diversi scritti raccolti in *Le opere pubbliche degli enti locali*, Atti del II Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 13-16 settembre 1956, Milano, 1958.

[30] Proprio rispetto agli oneri che deriverebbero, cfr. già A. Travi, *Accordi fra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Studi economico-giuridici. Vol. LX 2003-2004. In memoria di Franco Ledda*, II, Torino, 2004, 1304 ss., 1313, 1315, il quale osserva che l'onere posto a carico del privato è un riflesso della situazione di fatto che il privato si impegna a mantenere o a modificare per rendere possibile l'accordo a carattere urbanistico. Si tratta non di

menti perequativi[31], tra i quali le attività di rigenerazione urbana, ha proporzionalmente ridotto l'effetto debitorio che gli stessi hanno sulle casse degli enti locali.

Per ciò che riguarda il mancato acquisto del bene da parte dell'amministrazione deve, peraltro, precisarsi che l'assetto proprietario dell'impianto era già stato configurato dall'amministrazione all'interno del Dossier di candidatura per i giochi olimpici invernali – poi assegnati proprio a Milano-Cortina per il 2026 – ed emergeva da diversi protocolli firmati in seguito dai diversi soggetti coinvolti.

La scelta di non acquisire un bene da parte dell'amministrazione è espressione di una valutazione, non solo a carattere pianificatorio, ma che esprime la ricerca di razionalità e sostenibilità di tutte le eventuali voci di debito connesse, al fine di evitare che le stesse gravino in maniera deteriore sulle casse dell'ente e si rivelino non funzionali proprio all'obiettivo che l'amministrazione aveva individuato in fase di pianificazione.

Ulteriore profilo che rileva in termini di attribuzione dei costi riguarda l'individuazione del soggetto sul quale debbano gravare i costi per le opere di urbanizzazione ancillari e funzionali all'attività di rigenerazione principale.

Le attività, come quelle dirette a migliorare la viabilità o che perseguano tali fini attraverso interventi strutturali[32], devono essere distinte in opere di urbanizzazione primaria funzionali al singolo bene e in interventi (viabilistici) di maggiori dimensioni, spesso inseriti in Piani di collaborazioni tra enti.

Qualora l'attività di urbanizzazione sia funzionale a una migliore fruizione di un bene destinato a un grande evento, la stessa assume una dimensione funzionale che trascende la dimensione comunale, anche in ragione delle diverse fonti di finanziamento pubblico e rispetto agli intuibili effetti in termini di spesa e, anche, perché l'utilità dell'opera si propone di risolvere criticità preesistenti non limitabili a conseguenze sopravvenute con l'opera stessa, ma preesistenti[33].

Si può osservare, in termini generali, che l'amministrazione del territorio e i costi, diretti e imprevedibili, anche per ciò che riguarda l'imputazione degli stessi, sono aspetti inscindibili che rinvengono in decisioni consapevoli e razionali di pianificazione la sede elettiva ed esclusiva di sintesi.

una controprestazione, ma il presupposto perché si possa ammettere che l'accordo determini l'edificabilità dell'area. In altri termini, non avrebbe senso confrontare l'accordo con gli oneri legali, poiché il principio di tipicità non entrerebbe in gioco; di recente, Cons. St., sez. IV, 11 novembre 2024, n. 9014, in *Riv. giur. edil.*, 2025, 1, I, 64, "In materia di convenzioni urbanistiche, in presenza di circostanze sopravvenute rilevanti, il privato può chiedere al comune di rinegoziare i contenuti della convezione, in applicazione del principio di buona fede e correttezza *ex* art. 1375 c.c., richiamato dall'art. 11, comma 2, l. n. 241/1990, in forza del rinvio ivi contenuto ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti; inoltre, avendo il privato una posizione qualificata e differenziata in quanto parte dell'accordo, in presenza di un'istanza di riesame dei contenuti della convenzione, motivata in ragione di circostanze sopravvenute, è ben possibile configurare un obbligo di provvedere, ai sensi dell'art. 2 l. n. 241/1990, in capo alla controparte pubblica, che non necessariamente sarà tenuta ad assicurare il bene della vita cui aspira la parte privata, ma che dovrà, in ogni caso, istruire l'istanza e motivare le proprie determinazioni nel rispetto del canone generale di ragionevolezza e di proporzionalità".

[31] Per un'analisi di questo percorso, cfr. C. Pinelli, *La giurisprudenza costituzionale in materia di governo del territorio in assenza di legge cornice*, in *Giur. cost.*, 2022, 3, 1777 ss.; sulla natura e la titolarità delle obbligazioni, si v. V. Troiani, *La natura reale delle obbligazioni assunte dal privato in caso di convenzioni urbanistiche*, in *Riv. Corte conti*, 2024, 2, 243 ss.

[32] Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 10 agosto, 2015, n. 4227, in *Foro amm.*, 2015, 7-8, 2093.

[33] Cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 17 marzo 2025, n. 107, in tema di ciclo di vita dell'opera destinata al grande evento e di oneri da ripartire tra i vari soggetti coinvolti.

3.2. Il grande evento come fattore determinante nella qualificazione dell'opera di interesse generale.

Il secondo profilo è inerente alla qualificazione dell'immobile come opera di interesse pubblico e generale[34].

Nella sentenza in commento, così come rilevato dal giudice di prime cure, si osserva come in presenza di accordi di programma e loro varianti, tra le quali assume rilievo l'atto integrativo, devono tenersi in considerazione proprio le particolari disposizioni stabilite in tali atti che, come osservato, possono essere ricomprese a pieno titolo tra le regole di pianificazione.

La qualificazione di un bene come di interesse pubblico[35] può, peraltro, desumersi da altre circostanze che risultano non contestabili, tra le quali, per il caso in esame, rileva la destinazione del bene a intervento strategico per un grande evento, quali devono intendersi senza alcun dubbio i giochi olimpici invernali.

Si tratta di una destinazione che si desume della stretta funzionalità che l'opera ha con l'evento e che non può essere disattesa da argomentazioni contrarie; non può, in altri termini, essere oggetto di contestazione in giudizio.

La struttura, inoltre, per le sue caratteristiche peculiari è adatta allo svolgimento di altri grandi eventi, ma appare altresì idonea a soddisfare ulteriori esigenze della collettività, in termini funzionali allo sviluppo del nuovo quartiere e, quindi, alla buona riuscita dell'attività di rigenerazione urbana.

La destinazione d'uso, d'altronde, è essa stessa espressione di una precettività stringente, in ragione della quale dovrebbero imporsi rigorose giustificazioni di proporzionalità a ogni interpretazione difforme da quella che appare preferibile in base agli indici che emergono dal riscontro fattuale.

Tale ancoraggio al principio di pianificazione è diretto a evitare di collocare al di fuori del piano proprio le attività di rigenerazione urbana e, di riflesso, limitare strumenti derogatori[36].

In altri termini, escludere che un'opera destinata a un grande evento possa non essere riconosciuta come d'interesse generale risponde a un'esigenza avvertita di certezza e di stabilità degli affidamenti, aspetto che in diritto urbanistico assume, come noto, una portata caratterizzante e consente di rendere gli interessi funzionali, a cui l'opera è servente, quali punti di riferimento per orientare la ponderazione e la valutazione degli interessi che si troverebbero, in assenza di tale indicazione, in una condizione di parità[37].

La circostanza di poter desumere la qualificazione di opera di interesse generale[38] da un elemento che non può divenire oggetto di deduzione in sede contenziosa è, peraltro, suf-

[34] Si v. F. Cusano, *L'impatto delle opere di interesse statale nel governo delle città*, in *Riv. giur. urb.*, 2024, 1, 127 ss., 135.

[35] Circostanza che, rispetto al profilo dei costi, esclude la corresponsione del contributo di costruzione o di ammodernamento, al ricorrere di due requisiti, l'interesse generale connaturato all'opera per l'appunto e la circostanza che l'attività sia svolta da ente istituzionalmente competente, su cui, di recente, Cons. St., sez. IV, 7 maggio 2025, n. 3874.

[36] Sulle criticità, nell'ottica dell'esperienza di Expo 2015, si v. A. Roccella, *La gestione amministrativa di un grande evento: regole e deroghe*, in *Amministrare*, 2016, 1, 23 ss., 29.

[37] Sui profili problematici che ne deriverebbero, cfr. F. Saitta, *Governo del territorio e discrezionalità dei territori*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 6, 421 ss., 430, il quale osserva che il piano si è trasformato nella definizione particolareggiata, ad opera dei poteri pubblici, dei possibili usi del suolo, pubblici e privati, circostanza che avrebbe dovuto limitare il potere del decisore pubblico.

[38] In tema, decisiva appare l'argomentazione elaborata da Cons. St., sez. VI, 8 ottobre 2013, n. 4934, in *Foro amm. CdS*, 2013, 10, 2825, sui profili di interesse delle grandi infrastrutture, anche rispetto al regime giuridico da applicare.

fragato da caratteristiche oggettive, fisiche ed economiche, degli immobili e di riflesso dagli interessi rilevanti e peculiari che gravitano, a varie distanze, nell'orbita del grande evento[39].

Si deve, in definitiva, mantenere una correlazione stabile, che deve legare, a partire proprio dalla qualificazione dell'opera e in maniera indissolubile, organizzazione e fasi di programmazione e pianificazione, nella consapevolezza della plurisettorialità degli interventi da realizzare[40], della complessità e della tecnicità degli interessi coinvolti e, non da ultimo, degli effetti dell'opera sul territorio, in tutte le sue possibili dimensioni.

4. La dimensione necessariamente pluralista della rigenerazione urbana.

Possono trarsi, non conclusioni, ma traiettorie di ricerca, a partire dalle componenti critiche e problematiche isolate.

La rigenerazione urbana e il contenimento del consumo di suolo quali criteri cui ispirare il governo del territorio richiedono un ripensamento, a partire dai profili organizzativi, delle attività che orientano il bilanciamento degli interessi che – per riprendere una celebre formula – resta un problema oggettivamente determinabile[41].

Possono infatti isolarsi e concretizzarsi i fatti, i valori, gli effetti che sono oggetto di disposizione – anche se talvolta concordata, come nell'urbanistica consensuale – e di un preciso potere anche se attribuito a diversi centri di competenza.

Qualora si ambisca a trarre una visione d'insieme, nella quale il disporsi insieme di pianificazione, opera e interessi che divengono, intuitivamente, l'oggetto elettivo della qualificazione giuridica.

Anche l'attività di rigenerazione dell'esistente deve essere condotta nel rispetto del catalogo dei principi che innervano il diritto urbanistico[42], ma che compongono un palinsesto combinatorio entro cui gli stessi si bilanciano vicendevolmente – si pensi al potenziale antagonismo che si pone tra attività di rigenerazione e oneri che ne derivano per la finanza pubblica – e che sono, talvolta, isolabili con notevoli difficoltà.

La vicenda oggetto della sentenza in commento conferma la necessità, per il decisore e l'interprete, di rifuggire da letture assolutizzanti o inclini a rileggere vicende contingenti per isolare un interesse assolutamente prevalente, poiché il ricorso al bilanciamento graduale e per obiettivi appare un'esigenza ormai radicata[43].

[39] Anche se risalente, sull'impatto indiretto dell'evento sul territorio, si v. P. Di Betta - L. Noto, *L'impatto turistico di un grande evento: la Louis Vuitton Cup in Trapani nel 2005*, in *Econ. Dir. terz.*, 2011, 2, 283 ss.; sulla tutela dei profili ambientali, in relazione alla centralità del piano, si v. M. Fermeglia, *La tutela dell'ambiente e la lotta al cambiamento climatico nell'organizzazione dei grandi eventi sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 2018, 1, 116, 122; proprio nella prospettiva del presente scritto, si v. M. D'Arienzo, *Il ruolo dei Grandi eventi nella riqualificazione delle periferie urbane e nella promozione del diritto allo sport*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 2, 681 ss.

[40] Si v., in un'ottica sistemica, A. Barone, *L'organizzazione amministrativa per lo sviluppo economico e sociale nel pensiero di Vittorio Ottaviano*, in *Dir. amm.*, 2024, 4, 323 ss., 329, 330.

[41] E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 237; in tema, rispetto ai profili indagati, M. Calabrò, *Nuove prospettive di tutela per l'architettura contemporanea: il ruolo dell'urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 2023, 2, 95 ss., a parere del quale la più moderna concezione di governo del territorio estende l'ambito di intervento e di azione ben al di là della razionale e coordinata attività di pianificazione, poiché coinvolge tutti gli interessi la cui tutela ha un impatto – diretto o indiretto – su un determinato territorio.

[42] Dal titolo del bel saggio a firma di E. Boscolo, *Un catalogo di principi (operanti) per l'urbanistica contemporanea*, in *Riv. giur. edil.*, 2024, 2, 85 ss.,

[43] E. Boscolo, *Un catalogo di principi*, cit., 91.

L'urbanistica, d'altronde, non evolve in modo uniforme e nelle medesime direzioni in tutti i contesti locali, i quali sono caratterizzati da difformità di varia natura, tra le quali assumono un rilievo specifico quelle di natura finanziaria.

L'obiettivo della coesione economica e sociale, sotto il patrocinio della rinnovata urbanistica, non comporta e impone solo il coordinamento delle attività di pianificazione ai vari livelli, ma anche l'allineamento degli standard, territoriali e quindi sociali, per consentire la migliore allocazione possibile, con le esigenze di equità, con uno sguardo attento alle necessità non negoziabili delle condizioni delle amministrazioni locali[44].

La rigenerazione urbana non è, ovviamente, immune da questo scrutinio di sostenibilità, di tenuta della stessa rispetto ai profili di democrazia economica che, come noto, hanno imposto di superare il modello di urbanistica insostenibile ed hanno, come diretta conseguenza, determinato l'assunzione della complessiva trama di rapporti intersoggettivi e di pesi economici che dagli stessi derivano.

In conclusione, anche le rinnovate esigenze di governo del territorio – al di là dell'espressione utilizzata per qualificare le diverse attività – devono rinvenire un punto affidabile, ma non immutabile, di sintesi nei principi tradizionali di organizzazione e di giustizia sostanziale, nel quale l'amministrazione locale deve porsi come istituzione regolativa del rapporto tra territori e risorse pubbliche, definito in maniera evocativa ed efficace "il problema del rendimento istituzionale[45]", applicato alle scelte urbanistiche.

Anche la rigenerazione urbana si pone allora quale necessario strumento, espressione di regolazione con matrice composita, autoritativa e consensuale, funzionale ad assicurare e a divenire sede elettiva sia della razionalizzazione delle scelte urbanistiche, sia dell'ordine economico che dalle stesse derivano, non solo come effetto, ma come fattore ordinante primario.

Una nota conclusiva, che non si inscrive propriamente in un'attività di rigenerazione urbana, ma particolarmente indicativa anche per l'importanza e il rilievo storico dell'immobile oggetto del procedimento, si può ricavare dalla recente acquisizione da parte del Demanio dello Stato dello storico Palazzo Gussoni-Grimani di Venezia per destinarlo a sede del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, che lo occupava in ragione di un contratto di concessione con la Regione Veneto.

La scelta di acquisire il bene, in luogo di un contratto di concessione a titolo oneroso, si è resa opportuna al fine proprio di ottenere un notevole risparmio di spesa per l'Erario e per garantire una sistemazione stabile al Tribunale Amministrativo Regionale e palesa, nel delicato bilanciamento tra scelte urbanistiche ed esigenze di finanza pubblica, l'esigenza di tenere in considerazione diverse componenti, con matrici diverse e sottoposte a regimi e principi giuridici che, isolati, orienterebbero l'azione amministrativa in direzioni talvolta inconciliabili tra loro.

Vinicio Brigante

[44] Si v. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 2 gennaio 2025, n. 7, in base alla quale la scelta dell'amministrazione comunale, nel contesto dell'attività di rigenerazione urbana, è espressione di discrezionalità, soprattutto nella fase di scelta tra le diverse modalità di intervento.

[45] Cfr. G. Marongiu, *Fare pubblica amministrazione, oggi*, ora anche in *La democrazia come problema. Politica, società e mezzogiorno*, t. II, Bologna, 1994, 177 ss.

VII.
Energia

1. Intorno all'autonomia scientifica del diritto dell'energia*

Sommario: 1. La crescente importanza dell'energia e le parti speciali nell'esperienza giuridica. – **2.** La peculiarità del bene al centro dei microsistemi. Il diritto della navigazione. I tipi contrattuali e in particolare la *locatio-conductio* del diritto romano. Il bene ambientale. – **3.** La nozione sostanziale e la nozione formale di energia. Tipi forme e fonti di energia. La normativa del codice civile e del codice penale. – **4.** Il bene-energia e il bene-rete. La necessaria costituzione del servizio pubblico a seguito del tramonto dei monopoli di diritto e del pericolo costante della formazione di monopoli di fatto. Il ruolo delle autorità amministrative indipendenti (ARERA e AGCOM). – **5.** Le norme di sistema. – **5.1.** L'art. 43 della Costituzione. – **5.2.** L'art. 194 del TFUE. – **5.3.** L'art. 41 della Costituzione. – **5.4.** L'art. 117, comma 3 della Costituzione. – **6.** I soggetti del mercato dell'energia. – **7.** Gli strumenti integrati di tipo amministrativo e di tipo civilistico. – **8.** La formula organizzatoria dell'energia come ordinamento sezionale. Gli atti interni dell'ordinamento sezionale e la loro sindacabilità. I principi e le regole del diritto dell'energia tra diritto privato e diritto amministrativo. La necessità di un codice dell'energia.

1. La crescente importanza dell'energia e le parti speciali nell'esperienza giuridica.

Il dibattito sull'energia va assumendo proporzioni sempre più larghe e profonde sia presso la dottrina sia presso gli operatori del settore, che sono costretti ad invocare con crescente frequenza l'intervento della giurisprudenza. La convegnistica si occupa giustamente e per lo più di temi specifici, anche se di grande interesse, quali le energie alternative come antidoto alle emergenze climatiche e ai danni ambientali; in particolare le CER (Comunità energetiche alternative)[1].

Tuttavia per il giurista, che, in quanto tale, deve fare uso accorto e rigoroso dei suoi strumenti, rimane ineludibile il problema della possibile autonomia del diritto dell'energia. Questo è necessario quantomeno al fine di comprendere se sia possibile ricavare all'interno della normativa di settore principi e regole generali o se esse vanno rinvenute nell'ordinamento generale (pubblico o privato; nazionale o europeo) e se, nel primo caso, siano essi compatibili con questi; e in caso negativo quali rimedi azionare.

L'esperienza giuridica conosce già il problema della separazione di settori dell'ordinamento da quello generale di riferimento; basti pensare al diritto della navigazione; al diritto agrario, al diritto del lavoro e sinda-

---

* Il saggio è destinato alla pubblicazione sul primo numero della rivista di prossima uscita, *Rivista dell'Ambiente e dell'Energia*, edita dalla Jovene di Napoli. Qui, per gentile concessione della direzione, se ne anticipa la pubblicazione.

[1] Sul tema si veda da ultimo il bel volumetto coordinato da L. Martiniello - B. Giliberti e A. Presciutti (a cura di), *Parteniariato pubblico privato e comunità energetiche a trazione pubblica*, Milano, 2025; in particolare S. Di Cunzolo e B. Ciliberti, *CER a partecipazione pubblica: tematiche e modelli*, ivi, 75 ss. Più in generale, A. Brandonisio, *Diritto e cambiamento climatico*, in *Cultura e diritti*, v. 13, n. 1, 2024, 11-44.

cale ed altri. Poi vi sono discipline che, se pur staccate dal diritto privato, non hanno mai assunto una vera e propria dimensione autonoma, come ad esempio il diritto industriale e il diritto della proprietà intellettuale. Il diritto commerciale ha tutt'altra storia, anche se fino all'unificazione del codice commerciale con il codice civile ha avuto una autonomia anche normativa, che peraltro ancora conserva sul piano scientifico. Anche questa disciplina pone al centro del suo sistema il bene-azienda e l'impresa.

Il modo di procedere degli studi giuridici, se si guarda alla storia del diritto, è stato quello di espungere una parte generale come premessa delle parti speciali, così il diritto penale e i diritti processuali. Naturalmente qui non vengono considerate talune prassi universitarie di vera e propria creazione surrettizia di materie nuove o di spacchettamenti di discipline al solo fine di moltiplicare gli insegnamenti, istituendo nuove cattedre.

Il diritto amministrativo ha seguito la stessa linea, dove la parte generale si occupa dell'organizzazione della soggettività pubblica, delle situazioni soggettive (ma questa è materia di teoria generale), dell'attività e del procedimento amministrativo, dei beni e della responsabilità, ivi compresa la tutela. Le parti speciali sono più numerose e le più importanti sono le espropriazioni, l'edilizia, gli appalti e i contratti pubblici, i servizi pubblici ed altri.

Tuttavia, ogni qual volta, un settore viene alla ribalta si pone il problema della sua autonomia scientifica, basti pensare al diritto ambientale.

La storia della legislazione è stata particolarmente interessante, in quanto per far fronte alla sterminata produzione normativa si è inaugurata trent'anni orsono una vera e propria stagione di testi unici e di codici, che, con l'ausilio del Consiglio di Stato, ha portato ad una significativa sistemazione delle varie discipline. Basti pensare al codice dei contratti pubblici, a quello dell'ambiente e dei beni culturali, a quello delle autonomie locali, a quello sulle espropriazioni e a quello sull'edilizia e altri.

Si era anche ipotizzato un codice amministrativo di diritto sostanziale, ma l'idea è sfumata. Sicché la legge generale sul procedimento amministrativo, con le sue continue 'novelle', ha finito con il diventare un "piccolo codice"[2] al pari dell'invece grande codice civile, che pure conosceva già discipline contenute in leggi speciali, come la legge sui brevetti, la legge di protezione del diritto d'autore, le locazioni e i titoli di credito.

Anche la legislazione civilistica ha seguito la tecnica di collocare le normative in leggi speciali, anziché incidere, attraverso la tecnica della novellazione, nel corpo del codice del '42, tranne lodevoli eccezioni, si pensi alla oramai lontana riforma del diritto di famiglia. Non a caso già in anni non proprio recentissimi si è parlato di età della decodificazione[3].

2. La peculiarità del bene al centro dei microsistemi. Il diritto della navigazione. I tipi contrattuali e in particolare la *locatio-conductio* del diritto romano. Il bene ambientale.

Nel tentativo di allontanarsi da una visione puramente descrittiva, bisogna osservare

[2] G.P. Cirillo, *La pubblica amministrazione e le società intermedie*, in *federalismi.it*, n. 20, 2017, 3 ss.

[3] N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; S. Rodotà, *Ideologia e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, 1967, 1967, 83 ss.

che in tutti i settori che hanno aspirato ad una autonomia scientifica al centro del microsistema si pone la peculiarità del bene disciplinato o meglio le *utilitates* che dal bene stesso si possono trarre.

Se si guardano gli studi che si sono occupati del diritto della navigazione, che ha avuto sin dal 1942 un vero e proprio codice degno di questo nome (recentemente modificato nella parte aeroportuale dai decreti legislativi n. 96/2005 e n. 151/2006), è facile registrare come l'autonomia di quella disciplina, è stata ritenuta un concetto di carattere storico e di diritto positivo che si può realizzare solo quando nell'ordinamento giuridico si provveda alla statuizione di una particolare ed organica disciplina per una categoria particolare di rapporti nascenti dall'utilizzo della nave e dell'aeromobile o dei beni demaniali marittimi; in particolare delle concessioni balneari che hanno fatto ritornare in auge il codice del 1942. Si è messo in evidenza che il diritto della navigazione è caratterizzata dal particolare concorso di elementi pubblicisti e privatistici e che tale concorso si va estendendo a tutti i rami dell'ordinamento giuridico. Non si è mancato di mettere in evidenza che quei rapporti sono particolari proprio per il carattere squisitamente tecnico della materia e che da quella disciplina vanno desunti principi mediante un procedimento di astrazione da una norma o da un complesso di norme del diritto speciale. L'autonomia non esclude che il diritto della navigazione debba essere inquadrato nel sistema generale del diritto che comunque ha dei nessi profondi con le altre branche dell'ordinamento giuridico. Questa visione si distingueva da quello del cosiddetto 'particolarismo', affermato per il diritto marittimo dalla più antica dottrina francese, secondo la quale esso sarebbe un qualcosa di diverso dal diritto pubblico e dal diritto privato[4].

È significativo che queste osservazioni siano state fatte già agli inizi del secolo scorso.

Anche a proposito dello studio dei tipi contrattuali, non si è mancato di osservare come la locazione (la *locatio-conductio* del diritto romano) era in origine uno schema avente una grande capacità di adattamento, per l'elaborazione dei pratici e la tecnica dei giuristi. Ad essa venivano ricondotti contratti che oggi siamo abituati a considerare distinti e che ora distintamente la legge disciplina. Infatti appartenevano alla unitaria figura della locazione molti altri sottotipi, come la locazione di immobili urbani, l'affitto, il contratto d'opera e il lavoro subordinato. Gli ultimi due hanno assunto una autonomia scientifica netta, mentre i primi due continuano ad essere ricondotti alla figura generale; e nell'affitto di fondi rustici, l'affittuario è titolare di un'impresa medio o grande a seconda del capitale impiegato. Altre sottocategorie si sono aggiunte come l'affitto a coltivatore diretto, dove l'affittuario è un piccolo imprenditore che coltiva il fondo con il lavoro prevalentemente proprio e dei componenti della famiglia. In questa materia si è registrata in passato una legislazione, collocata fuori del codice civile, di favore per la classe contadina e per la stabilità dell'abitazione della famiglia, attraverso canoni prestabiliti dal legislatore, che fissava anche la durata minima del contratto e il diritto di prelazione a favore del conduttore[5]. Anche le concessioni di servizi

[4] Per tutti, A. Lefevre D'Ovidio e G. Pescatore, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 1969, 5; J. Bonnecase, *Le droit commercial maritime, son particolarisme*, 1932, 8 ss.

[5] P. Rescigno, *Manuale di diritto privato*, Alphen aan den Rijn, 2000, edizione a cura di G.P. Cirillo, 685 ss.; E. Volterra, *Istituzioni*

attinenti all'uso dei beni demaniali marittimi si rifanno allo schema della locazione.

Come si intuisce facilmente la particolare natura del bene, ad esempio la mobilità della nave e dell'aeromobile (ma anche la natura particolare del demanio marittimo) nonché la produttività del bene nei fondi rustici, costituiscono il substrato giuridico di fondo da cui si dipanano i vari rapporti giuridici.

Anche per quanto riguarda il più attuale diritto ambientale si può dire che esso è diventato una disciplina compiuta che si può studiare in modo autonomo. La materia è stata isolata da dottrine autorevoli[6], che hanno lamentato il fatto che il problema dell'ambiente non veniva esaminato in sé e che veniva erroneamente il rilievo solo nell'ambito dello studio della disciplina del territorio o dei valori paesaggistici e culturali, oppure ancora dell'ecologia o della lotta all'inquinamento. Da quelle intuizioni l'ambiente è diventato nel tempo un valore costituzionale e la materia è ora disciplinata dal decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152, che contiene oltre 300 articoli e una serie di allegati. Esso ha subito nel tempo molteplici modifiche e novelle.

Vi è stato un ampio dibattito sulla individuazione di una nozione appagante dell'ambiente. Esso è stato visto dapprima come un bene, ora individuale ora collettivo, per via del fatto che si registrava al suo interno il diritto soggettivo ad un ambiente salubre. Tuttavia è prevalsa la consapevolezza che l'ambiente ha soprattutto una valenza collettiva. Ricondurre l'ambiente alla nozione di bene aveva portato alla necessità di stabilire quali fossero i suoi caratteri, ossia se si trattasse di un bene tangibile, materiale o immateriale, e quale soggetto lo avesse in attribuzione. L'approfondimento del problema ha portato ad escludere che l'ambiente sia un bene, almeno in senso tradizionale. Esso è visto piuttosto come un 'valore' da salvaguardare con interventi legislativi e amministrativi che coesistono e si intersecano con altri principi e valori, quali lo sviluppo sostenibile e i diritti delle future generazioni. Esso ha un valore unitario e quindi al tempo stesso è qualcosa di più e qualcosa di meno di un bene[7].

Tuttavia la categoria di bene giuridico continua a far parte del dibattito in maniera non secondaria.

Il punto di contatto più rilevante tra l'attività energetica e l'ambiente, ma anche con il clima, è normalmente conflittuale, ed è legato alle c.d. esternalità aziendali negative, ossia gli effetti negativi della produzione (scorie, rifiuti tossici ed altro) che non vengono riassorbite all'interno della produzione, ma cadono all'esterno sulla collettività, la cui eliminazione genera costi che il sistema della legge tende a ricondurre in capo al produttore.

3. La nozione sostanziale e la nozione formale di energia. Tipi forme e fonti di energia. La normativa del codice civile e del codice penale.

Venendo finalmente all'energia, è necessario fornirne anzitutto la nozione, cosa non facile visto che la legge sul punto tace.

di diritto privato romano, Edizione Ricerche, ristampa corretta, 1972, 511 ss.

[6] M.S. Giannini, *Diritto dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1971, 1125.

[7] G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Alphen aan den Rijn, Padova, 2ª ed., 2021, 373 ss.

Tra quelle proposte la più precisa è quella che considera l'energia tutto ciò che ha "la capacità di compiere lavoro"[8]. Come si vede il vocabolo "lavoro", rispetto al quale ora l'energia va intesa come sostitutiva o accrescitiva della forza-lavoro dell'uomo, evoca le prime forme di produzione di energia, ossia il lavoro umano, compiuto dagli schiavi nell'antica Roma, e poi via via fino alla prima industrializzazione, dove il lavoro è diventato uno dei fattori della produzione e quindi merce di scambio con il salario riconosciuto ai lavoratori all'interno dell'impresa produttiva.

Tuttavia essa nel tempo presente assume contorni più contenuti e precisi.

Nella manualistica vengono effettuate varie distinzioni. Pertanto vengono individuati più tipi di energia (animali, naturali, artificiali); forme di energia (meccanica cinetica termica e così via); fonti di energia (petrolio, carbone, uranio, gas naturale). Vi sono poi fonti di energia secondaria, come l'energia elettrica, che deriva dalla trasformazione di fonti energetiche primarie, come il carbone il petrolio e il gas naturale. Viene considerata invece fonte primaria quella idroelettrica e nucleare.

È importante notare come, mentre il gas e gli idrocarburi hanno una consistenza materiale percepibile – in quanto si tratta di sostanze fluide, e quindi comodamente rientrante nei beni mobili – l'energia elettrica ha una particolare natura trattandosi di una cosa incorporale, misurabile in *watt* di potenza ed è caratterizzata dalla assenza di autonomia, ossia non può essere isolata dalla fonte dalla quale si sprigiona. Tant'è che il codice penale (art. 624, comma 2, c.p.) è costretto a ricorrere ad una analogia giuridica laddove nel definire il reato di furto, attrae in questo anche il furto di energia elettrica ed ogni altra energia che abbia un valore economico. Peraltro anche il codice civile ricorre alla medesima tecnica della finzione, laddove, nel classificare le energie naturali che hanno un valore economico, le equipara a tutti gli altri beni mobili, dedicandovi uno specifico articolo (814 c.c.).

Dunque nel sistema della legge l'energia è un bene mobile, con tutte le conseguenze che tale classificazione comporta. È un bene perché ha un valore economico-industriale, come dimostra già il R. D. 29 luglio 1927, n. 1443, laddove assoggettava al regime delle miniere le energie del sottosuolo suscettibili di utilizzazione industriale. Ed è un bene mobile perché tale il legislatore lo considera. Inoltre il gas e l'energia elettrica sono beni consumabili (art. 995 c. c.).

Inoltre, l'energia elettrica, che, come si vedrà, costituisce il paradigma dell'evoluzione dei vari regimi giuridici che si sono susseguiti nel tempo, è anche una cosa incorporale, non separabile dal corpo materiale che la produce e la contiene. Essa rimane tale sia che venga prodotta da fonti rinnovabili (gli impianti eolici) sia che venga prodotta da fonti tradizionali (carbone). E nonostante le avanzate tecnologie oggi disponibili, essa non è immagazzinabile se non per mezzo di batterie e quindi in quantità ridotte e misurabili. Questo comporta che vi deve essere una corrispondenza tra i flussi di entrata e i flussi di uscita attraverso la creazione di un sistema di reti centralizzato, necessariamente sottoposto a controllo pubblico per garantire la continuità e la stabilità della frequenza di rete (servizio di dispacciamento). Data l'importanza e la diffusione dell'energia elettrica nel nostro paese (ma questo vale per tutti i paesi industrializzati del mondo), è stata necessaria la creazione di reti operanti a livello naziona-

[8] G. Gentile, *Lezioni di diritto dell'energia*, Milano, 1989, 6 ss.

le. Lo stesso sistema vale per il gas immesso nei gasdotti.

4. Il bene-energia e il bene-rete. La necessaria costituzione del servizio pubblico a seguito del tramonto dei monopoli di diritto e del pericolo costante della formazione di monopoli di fatto. Il ruolo delle autorità amministrative indipendenti (ARERA e AGCOM).

Questo comporta che il sistema delle reti e l'energia che in esse viene immessa costituiscono un vero e proprio bene primario per l'intera collettività. Ciò postula che il potere pubblico, per poter far fronte alle esigenze della collettività, deve organizzare un vero e proprio servizio pubblico o se si vuole un servizio di interesse generale, secondo la terminologia del diritto europeo.

Da ciò deriva che è possibile individuare, accanto al bene energia, un altro bene di più recente creazione, ossia la rete.

Le reti sono un vero e proprio bene in senso giuridico, che, per il loro modo di presentarsi nel mondo materiale, generalmente impianti radicati al suolo, ma anche nel caso di mulini ad acqua (esistono ancora mulini che producono energia elettrica) sono beni immobili, ai sensi dell'art. 812 del codice civile. Basti pensare alle reti elettriche e di telecomunicazione che portano energia alle abitazioni o alla rete ferroviaria o alla fibra o agli uffici locali del servizio postale. Normalmente le reti non sono replicabili dato il loro elevatissimo costo economico e quindi l'operatore deve poter accedere alla rete che innerva il mercato di riferimento, altrimenti l'attività d'impresa gli è preclusa. Questa è la ragione per cui attorno alle reti si addensano rapporti giuridici complessi, che implicano la soluzione di problemi legati alla proprietà e alla gestione della rete, oltre a quelli legati all'attività più propriamente commerciale. A questi si affiancano, oltre ai rapporti tra il gestore della rete e gli operatori economici, anche quelli legati alla corretta concorrenza tra imprese private e private-pubbliche.

A questi vanno aggiunti quelli con le autorità amministrative preposte al controllo del buon andamento del mercato di riferimento. I conflitti che insorgono vengono risolti dall'autorità amministrativa indipendente preposta al settore di mercato (ora ARERA) e dal giudice amministrativo.

Le reti hanno interessato a tal punto gli studiosi di diritto pubblico dell'economia[9] che si è ipotizzato un vero e proprio 'diritto delle reti' nei mercati regolamentati, separato dal diritto che governa i settori in cui esse vengono in rilievo. Le reti innervano non soltanto i settori dell'energia elettrica, delle ferrovie e del gas, ma anche quelli della comunicazione elettronica e postale, dell'acqua, dei rifiuti, delle autostrade, degli aeroporti, dei porti e del trasporto locale.

Quindi la rete è una infrastruttura essenziale nel settore dell'energia, anche se non esclusiva di tale settore.

In realtà proprio la presenza di essa, unitamente alle esternalità negative sull'ambiente e alle asimmetrie informative, ha impedito il realizzarsi di una vera e propria liberalizzazione del settore energetico sulla

[9] C. San Mauro (a cura di), *Manuale di diritto delle reti nei mercati regolati*, Torino, 2024.

spinta europea (c.d. fallimento del mercato), che ha voluto estendere il principio della libera concorrenza anche ai settori produttivi sottoposti a un rigido sistema pubblicistico, dove l'attività era interamente riservata al potere pubblico, attraverso la creazione di enti pubblici che operavano in un regime di monopolio legale. Con la trasformazione degli enti pubblici preposti al settore energetico in società per azioni private non si eliminava il problema, poiché l'esistenza di una infrastruttura non duplicabile sul piano della convenienza economica generava un monopolio di fatto. Da qui la necessità di una disciplina che imponesse alla società proprietaria della rete di consentire l'accesso delle imprese che intendessero utilizzarla, a parità di condizioni e senza discriminazioni non giustificate, utilizzando meccanismi di gara nel caso in cui la capacità dell'infrastruttura si rivelasse insufficiente in relazione alla domanda di utilizzo[10].

Va anche ricordato che l'esistenza di un monopolio di fatto, nonostante il trasferimento formale a soggetti pubblici della proprietà della rete, ha comportato che il proprietario, oltre a gestirla, abbia anche svolto attività di utilizzazione della stessa (si pensi nel trasporto ferroviario a Trenitalia e Italo), configurando così la possibilità di un abuso di posizione dominante e quindi la possibilità di intervento da parte dell'autorità preposta a garantire la corretta concorrenza (AGCOM), che pure, in virtù della sua trasversalità, contribuisce a governare il settore, assieme all'ARERA .

Questo ha indotto i legislatori nazionali ed europei a vedere con un certo sfavore le società 'verticalmente integrate', privilegiando invece la separazione tra il soggetto gestore e il soggetto proprietario-utilizzatore, attraverso l'instaurazione di un regime pubblicistico del servizio reso dall'infrastruttura medesima, considerata come oggetto di un servizio pubblico, affidandone la gestione a concessionari, soggetti ad obblighi non diversi da quelli dei concessionari delle altre infrastrutture essenziali.

Riprendendo la linea del discorso incentrata sul bene-rete, bisogna ricordare che non sempre la proprietà del bene è stata trasferita a soggetti privati. Ma anche quando questo è avvenuto, ed è avvenuto progressivamente quasi sempre, la separazione tra proprietà pubblica in senso soggettivo e quella in senso oggettivo consente di neutralizzare le possibili conseguenze sul piano giuridico, in quanto quel che rileva è la particolare destinazione del bene- rete, che prescinde dal mero fatto dell'appartenenza.

Infatti gli articoli 822 e 826 del codice civile, nell'elencare le categorie di beni che fanno parte rispettivamente del demanio e del patrimonio indisponibile degli enti territoriali (spesso proprietari formali dell'infrastruttura), fonda il particolare regime cui sono sottoposti sulla destinazione dei beni ad usi coerenti con l'interesse pubblico specifico ad essi inerente. Quindi la regola della non commerciabilità e la prevalenza del vincolo di destinazione attribuiscono a tali beni valore d'uso e non valore di scambio.

I beni destinati ai servizi pubblici, e tali sono le infrastrutture energetiche, appartengono al patrimonio indisponibile dell'ente che si impernia sul vincolo di destinazione dei beni al servizio pubblico. Tale regime si applica anche ai beni appartenenti agli enti

[10] V. Smil, *Storia dell'energia*, Bologna, 1994, 22 s.; A. Clò - S. Clò e F. Boffa, *Riforme elettriche tra efficienza ed equità*, Bologna, 2014. Sul servizio pubblico in generale e gli obblighi che da esso derivano, L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi pubblici*, Torino, 2002, 165 ss.; P. Ranci, *L'energia elettrica e il gas*, in G. Tesauro e M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 133 s.

pubblici non territoriali (art. 830, comma 2, del c.c.).

Si sono volute richiamare queste non recentissime norme, che sono di sistema, poiché esse vengono spesso dimenticate nei dibattiti, dove prevale la tendenza ad occuparsi di questioni di attualità (la guerra in Ucraina che ostacola, facendo crescere il prezzo, il flusso del gas proveniente dai grandi gasdotti della Russia e così via), dimenticando che il compito del giurista è quello di fare i conti con le norme esistenti da cui ricavare un sistema giuridico compiuto, anche per un settore come quello dell'energia caratterizzato da un alto tasso di politicizzazione.

5. Le norme di sistema.

5.1. L'art. 43 della Costituzione.

Il quadro generale sarebbe esageratamente incompleto se si omettesse di ricordare altre quattro norme che pure contribuiscono a formare il sistema generale del diritto dell'energia.

La prima che viene in rilievo è sicuramente l'art. 43 della Costituzione, che, laddove consente la collettivizzazione di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio aventi carattere di preminente interesse generale, ha costituito la base per introdurre un regime di monopolio legale del settore elettrico (l. 6 dicembre 1962, n. 1643), istituendo l'ente nazionale per l'energia elettrica (ENEL). Questo era definito come un ente nazionale con personalità giuridica pubblica, riservatario e concessionario *ex lege* dell'intera filiera elettrica proprio in attuazione dell'art. 43 della costituzione richiamato, che consente la riserva di attività (produzione, trasmissione, distribuzione) anche a favore di enti pubblici. La legge indicata costituisce la prima applicazione della norma costituzionale[11].

Per gli idrocarburi non fu necessario istituire un regime di riserva legale, ai sensi del medesimo articolo della Costituzione, per via della esistenza di un monopolio di fatto che venne a determinarsi fino da quando è stata istituita l'Agenzia generale petroli italiani (AGIP).

Un altro ente del settore energetico è stato il Comitato nazionale per le ricerche nucleari (CNRN), costituito per acquisire e diffondere le conoscenze scientifiche sulle applicazioni pacifiche dell'energia nucleare.

Tale è stato il regime giuridico fino agli anni Novanta (iniziato nel 1992) del secolo scorso, allorquando si è proceduto alla c. d. privatizzazione, che ha riguardato i soggetti, i beni e i rapporti di larga parte del diritto amministrativo classico.

Sicchè, l'ENEL, al pari di tanti altri enti pubblici economici (Poste, Ferrovie dello Stato ed altri), è stato trasformato in società per azioni, con la dismissione graduale delle azioni detenute inizialmente dallo Stato (c.d. passaggio dalla privatizzazione fredda alla privatizzazione calda). La liberalizzazione ha portato successivamente, al fine di favorire una maggiore concorrenzialità, all'imposizione di un obbligo in capo all'ex monopolista ENEL di operare una separazione delle attività di produzione, trasmissione, distribuzione e vendita dell'energia, che furono affidate a società distinte, controllate da una *holding*[12].

[11] Sui riflessi economici dell'art. 43 della Costituzione, G. Guarino, *L'elettricità e lo Stato*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970, 482 ss.; A. Predieri, voce '*Collettivizzazione*', in *Enciclopedia del Diritto*, VII, 1960, par. 12, 418 ss.

[12] Sulla vicenda si veda C. Cost., 7 marzo 1964, n. 14, che ha

Sempre per effetto della c.d. privatizzazione calda è stata creata una apposita Autorità amministrativa indipendente (ora ARERA, con funzioni di regolazione e di controllo anche del ciclo dei rifiuti, pure quelli differenziati, urbani e assimilati), con la l. 14 novembre 1995 n. 481. Essa è tra le più importanti autorità amministrative indipendenti non trasversali, quindi di regolazione. L'indicata legge istitutiva costituisce ancora oggi la disciplina generale delle autorità di regolazione dei mercati regolati, laddove ne specifica le finalità e i poteri.

5.2. L'art. 194 del TFUE.

A questo punto va indicata la seconda norma di sistema, visto che l'indicata liberalizzazione di settori così importanti come quello elettrico e quello del gas, ha comportato una produzione copiosa di normative europee proprio a partire dagli anni Novanta.

Ci si riferisce all'art. 194 TFUE, che attribuisce al Parlamento Europeo e al Consiglio la competenza a stabilire le misure necessarie per garantire il funzionamento del mercato interno dell'energia, la sicurezza degli approvvigionamenti, il risparmio energetico, l'efficienza energetica, l'interconnessione delle reti e soprattutto lo sviluppo delle energie rinnovabili. Si tratta di una materia concorrente con quella degli Stati membri che conservano il diritto di determinare le condizioni di utilizzo delle proprie fonti energetiche, oltre che la scelta tra le varie fonti della struttura generale dell'approvvigionamento energetico.

Sulla base di questa norma sono state emanate numerosissime direttive, che qui non possono essere ricordate. Va solo detto che esse vengono classificate distinguendo tra prima e seconda liberalizzazione. In esecuzione di esse sono state emanate alcune leggi fondamentali, come il cosiddetto decreto Bersani (decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79); la cosiddetta legge Marzano (legge 18 febbraio 2004 n. 39); il cosiddetto decreto Letta (decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164).

Nel 2009 è stato emanato il cosiddetto "terzo pacchetto", composto da due direttive e tre regolamenti, che ha rafforzato il regime di separazione tra gestione della rete e l'attività di produzione e vendita, al fine di prevenire conflitti di interessi nelle imprese 'verticalmente integrate' e di promuovere gli investimenti per potenziare le reti. Con esso è stata istituita una rete europea dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica e del gas (ENTSO-E ed ENTSO-G), acronimo di *European Network of Trasmission System Operators for Elecricity*, ovvero *for Gas*, un'associazione di gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica o del gas di vari Paesi in tutta Europa. Gli organismi ivi istituiti hanno il compito di elaborare i cosiddetti codici di rete che disciplinano i collegamenti con le reti di trasmissione, il funzionamento dei sistemi paneuropei e armonizzano il commercio interstatale. Con questo importante corpo normativo è stata rafforzata ulteriormente l'indipendenza delle autorità nazionali di regolazione, stabilendo che deve essere garantita non soltanto dalle imprese ma anche dai governi nazionali. Il coordinamento europeo viene assicurato dall'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia (ACER).

---

dichiarato legittima l'operazione del legislatore. Si veda anche A. Zito, *La legge istitutiva dell'Enel nella sentenza della corte costituzionale n. 14 del 1964: considerazioni inattuali sulla sua attualità*, in R. Di Raimo e V. Ricciuto (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato sull'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2007, 60 ss.; G D'Orta, *La programmazione energetica*, in S. Cassese (a cura di), *Governo dell'energia*, Santarcangelo di Romagna, 1992, p. 119 e ss.

Parimenti non si può omettere di ricordare la direttiva 23 aprile 2009, n. 209/28/CE, relativa alla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, fissando una quota minima di questo tipo di energia che gli Stati sono tenuti a conseguire; in coerenza con l'obiettivo europeo di raggiungere nel 2020 una quota complessiva pari almeno al 20 per cento di tale energia. Gli Stati membri devono dotarsi di piani di azione nazionali per le energie rinnovabili. A questa sono succedute altre direttive.

La tappa più recente dell'evoluzione del diritto europeo è costituita dal cosiddetto *Winter Pachage o Clear Energy Pachage*, che, oltre a rafforzare la necessità di produrre energie da fonti rinnovabili, pone un obiettivo vincolante per l'unione europea da raggiungere nel 2030 con l'impiego di non meno del 32% di tale energia, introducendo la regola per cui il sostegno finanziario deve essere basato su meccanismi di mercato e sullo snellimento delle procedure. Esso autorizza i consumatori a divenire produttori e auto-consumatori di energia rinnovabile, prevedendo organismi di grande originalità, come le comunità di energia rinnovabile (CER, ma anche le CEC), che hanno soggettività giuridica autonoma e sono aperte all'adesione dei clienti finali. Queste possono produrre, consumare, immagazzinare e vendere, con scambi anche all'interno della comunità, l'energia rinnovabile.

Va infine ricordato, tanto più che alcuni dei protagonisti della geopolitica planetaria vogliono rimettere tutto in discussione, l'accordo di Parigi del 2015 sui cambiamenti climatici promosso dalle Nazioni Unite. Con esso si intende contrastare il riscaldamento globale e cercare di contenerne l'aumento al di sotto dei 2° centigradi. Si vuole raggiungere in Europa la riduzione del 55 per cento delle emissioni nell'atmosfera di gas a effetto serra entro il 2030 e nel 2050 raggiungere l'obiettivo di una completa neutralità climatica. Si parla appunto di epoca della transizione climatica.

In tale direzione già era andato il Protocollo di Kyoto del 1997, dove si prevedono per la riduzione delle emissioni alcuni meccanismi flessibili per il raggiungimento degli obiettivi. In Europa lo strumento attuativo del Protocollo è stato dapprima la direttiva 13 ottobre 2003, n. 2003/ 87, successivamente emendato dalla direttiva UE 14 marzo 2016, n. 218/410 e più di recente dalla direttiva 2023/958 del Parlamento europeo e del Consiglio, per quanto riguarda il contributo del trasporto aereo all'obiettivo di riduzione delle emissioni e la direttiva UE 2023/059, entrambe del 10 maggio 2023 che istituisce un sistema di scambio di quote di emissione del gas ad effetto serra. Con decreto legislativo 9 giugno 2020, n. 47, si era data attuazione alla direttiva UE 14 marzo 2018, n. 218/ 410; con il più recente decreto legislativo 10 settembre 2024 n. 147, sono state recepite le direttive del 2023.

Questo deve avvenire all'interno del cosiddetto *Green Deal* europeo. Esso consiste in un programma strategico risalente al 2019 che vuole avviare l'UE verso una 'transizione verde', con l'obiettivo finale di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050. L'intero pacchetto di iniziative strategiche si fonda sulla constatazione che energia ambiente e clima costituiscono una triade inscindibile e quindi hanno bisogno di politiche regolatorie unitarie. Il cosiddetto *Grean Deal* europeo tende a fronteggiare i cambiamenti climatici, dove la strategia di crescita deve anzitutto proteggere la salute e il benessere dei cittadini dai rischi ambientali, senza rinunciare agli obiettivi di una società giusta e prospera, come richiede un'economia moderna. Si intende così promuovere una transizione 'giusta ed in-

clusiva' e indirizzare l'economia e la società su un percorso maggiormente sostenibile.

Nel 2021 la commissione europea ha adottato un programma organico di proposte normative (*Fit for 55*) per rendere più realistico il raggiungimento di obiettivi così ambiziosi, che egualmente mira alla "neutralità climatica" entro il 2055 (da qui la denominazione), prevedendo la riduzione a zero delle emissioni degli autoveicoli entro il 2035, dando così un impulso decisivo alla transizione da motorizzazioni fondate su motori a petrolio a quello fondato su motori elettrici.

Va infine ricordato che la strategia di cui si tratta si fonda su un profondo ripensamento delle politiche per l'approvvigionamento di energia, che deve essere 'pulita' in tutti i settori dell'economia.

In realtà la transizione energetica era stata già così delineata nel pacchetto "Unione dell'energia" del 2015. Sicché la regolazione futura dovrà riguardare: la sicurezza energetica, la piena integrazione del mercato europeo dell'energia, l'efficienza energetica, la decarbonizzazione dell'economia, la ricerca, la innovazione e la competitività[13].

5.3. L'art. 41 della Costituzione.

Va da sé che l'intreccio indissolubile, rinvenibile nella indicata normativa, tra energia ambiente e clima consente di includere tra le cosiddette norme di sistema anche l'art. 41 della Costituzione, così come modificato dalla legge costituzionale 11 febbraio 2022 n.1. Esso stabilisce che l'attività economica privata, pur rimanendo libera, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute all'ambiente alla sicurezza alla libertà e alla dignità umana. Inoltre la legge deve fissare i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali. La medesima legge costituzionale ha aggiunto un ulteriore comma all'art. 9 della Costituzione, stabilendo che la Repubblica tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni e che la legge disciplina i modi e le forme di tutela degli animali. Inoltre la Repubblica tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione[14].

5.4. L'art. 117, comma 3 della Costituzione.

Infine viene in rilievo l'art. 117, comma 3, della Costituzione, che, al pari di quella or ora vista circa i rapporti tra il Parlamento europeo e gli Stati membri, include tra le materie di legislazione concorrente, anche "la produzione, trasporto e distribuzione dell'energia". La norma è stata introdotta con la l. costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che ha posto fine alla competenza legislati-

[13] Per una completa rassegna sull'influsso del diritto europeo, si veda l'ottima voce di M. Clarich, voce '*Energia*', in *Enciclopedia del Diritto*, estratto I Tematici, III-2022, 'Funzioni amministrative', diretto da B. Mattarella e M. Ramajoli, Milano, 2002, 448 ss., con le note ivi contenute.

[14] Sull'art. 41 naturalmente la letteratura è molto vasta. Sulla legge di riforma costituzionale, si vedano: T.E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *federalismi.it*, 6/2021; G. Santini, *Costituzione e ambiente: la riforma degli articoli 9 e 41 Cost.*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2/2021, 480; G. Severini - P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'art. 9 della Costituzione*, 22.9.2021, disponibile al link *https://www.giustiziainsieme.it/*; R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria*, in *federalismi.it*, n. 13, 2022, 149 e ss.

va esclusiva dello Stato in materia di energia. Le Regioni esercitano la competenza nel rispetto dei principi fondamentali posti dalle leggi statali e dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo (art. 117, commi 3 e 1, della Costituzione), con il vincolo della libera circolazione delle persone e delle cose e con quello della tutela dell'unità economica (art. 120 della Costituzione). Un ulteriore limite è costituito dalla tutela della concorrenza e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

La modifica costituzionale ha comportato un incremento dell'intervento della Corte costituzionale nei rapporti Stato-Regioni, in particolare la Corte ha dovuto affermare, in materia di regime autorizzatorio degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, la necessità che queste ultime debbono conformarsi ai principi fondamentali in materia poste dal legislatore statale (il decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387, in particolare) nonché delle Linee guida ministeriali, considerate come norme interposte, soprattutto perché sono state approvate anche in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni.

Dalle varie sentenze della Corte costituzionale si ricava che sicuramente le Regioni possono individuare aree e siti non idonei alle installazioni di impianti in particolare per la tutela di valori ambientali e paesaggistici. Tuttavia c'è bisogno di una istruttoria specifica che opera un bilanciamento in concreto dei vari interessi in gioco, incluso quello della massima diffusione degli impianti da fonti di energia rinnovabili[15].

Per quanto infine riguarda le funzioni amministrative, la c. d. legge Marzano contiene un lungo elenco di funzioni esercitate dallo Stato e consente alle Regioni di determinare con proprie leggi l'attribuzione dei compiti e delle funzioni amministrative residue, che possono essere assegnate anche in capo agli enti locali.

Certamente l'inserimento delle Regioni tra i protagonisti pubblici è giudicata da più parti insoddisfacente, nonostante l'esito negativo della consultazione referendaria del 2016, e da più parti si reclamano modifiche volte a riportare allo Stato centrale la competenza esclusiva in materia.

6. I soggetti del mercato dell'energia.

Sempre al solo al fine di rendere meno incompleto il presente contributo e prima di passare al tentativo di riportare a sistema la materia dell'energia, bisogna ricordare quali sono i soggetti operanti nel mercato regolato dell'energia e quali sono gli strumenti adottati dal legislatore per governarlo.

Conviene cominciare la breve rassegna indicando alcune società pubbliche che sono titolari di funzioni pubblicistiche in materia di energia elettrica e di gas, essendo queste le vere protagoniste del mercato in esame (decreto legislativo n. 79 del 1999).

In primo luogo va ricordato il Gestore dei servizi energetici S.p.A. (GSE), che ha come compito la promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili anche attraverso l'erogazione di incentivi economici. Si tratta di una società per azioni, interamente controllata dal Ministero dell'economia, con connotazioni pubblicistiche. Essa opera sulla base di indirizzi strategici e operativi definiti dal Ministero, unitamente

[15] Sentenze n. 308 del 2011, n. 99 del 2012, n. 2224 del 2012, n. 13 del 2014, n. 69 del 2018, n. 106 del 2020. Ma si veda anche Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2021, n. 2848.

con il Ministero della transizione ecologica. Esso, in base all'indicato decreto legislativo, originariamente aveva come compito primario la gestione delle attività di trasmissione e di dispacciamento dell'energia elettrica nella rete di trasmissione nazionale, la cui proprietà era in capo a Terna S.p.A., società controllata dall'Enel S.p.A.

Nel 2005, a seguito del recepimento della Direttiva 15 luglio 2003, n. 2003/ 54/CE, che introdusse l'obbligo della separazione societaria del gestore della rete di distribuzione, fu disposta l'unificazione della proprietà e della gestione della rete di trasmissione in capo a Terna S.p.A., affidando a GSE il compito principale di incentivare la produzione di energia da fonti rinnovabili. Questa ha come compito in particolare di ritirare e collocare sul mercato dell'energia prodotta da impianti da fonti rinnovabili e assimilate. Inoltre ha il compito di erogare incentivi alla produzione di elettricità da tali fonti e l'emissione dei cosiddetti certificati verdi. Essa è titolare di veri e propri poteri pubblicisti, come quello di ripristinare lo *status quo ante* e irrogare sanzioni pecuniarie allo scopo di garantire il rispetto delle norme da parte degli operatori in materia di fonti energetiche rinnovabili.

Va ricordato che la società in esame è titolare della partecipazione di altre società a controllo pubblico, in particolare dell'Acquirente unico S.p.A. (AU) e del Gestore dei mercati energetici S.p.A. (GME). Il primo è particolarmente importante, in quanto ha come compito principale quello di garantire la fornitura di energia elettrica alle famiglie (soprattutto i c.d. soggetti vulnerabili) e alle piccole imprese, a condizioni di economicità, continuità, sicurezza ed efficienza del servizio. Il secondo gestisce una piattaforma informatica per le transazioni che possono avvenire in due aree: il mercato a termine e il mercato a pronti, ossia la borsa elettrica, dato che il prezzo si forma sulla base di domanda e offerta complessiva.

La società GME gestisce anche il mercato del gas naturale e organizza la piattaforma di assegnazione della capacità di rigassificazione, nonché la piattaforma di rilevazione della capacità di stoccaggio e di transito di oli minerali.

Va infine richiamata la Cassa per i servizi energetici ambientali (CSEA), operante nei settori elettrico gas ed idrico. Si tratta di un vero e proprio ente pubblico economico sottoposto alla vigilanza di ARERA e del Ministero dell'economia e delle finanze.

Ciascuno di questi soggetti meriterebbe ben altra attenzione, che qui non è possibile assicurare.

Nel corso del presente lavoro si è già incontrata l'autorità amministrativa indipendente preposta al settore dell'energia e ora anche dei rifiuti (ARERA), che, unitamente al Ministero della transizione ecologica (MITE), cui sono state trasferite gran parte delle funzioni esercitate dal Ministero dello sviluppo economico in materia di politica energetica, sono i principali soggetti regolatori nazionali. Per quanto riguarda la regolazione europea si è già vista la funzione esercitata da ACER e dalla Commissione Europea.

L'ARERA, sul piano della struttura, presenta tutte le caratteristiche delle autorità amministrative indipendenti, in primo luogo quella di operare in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione. Qui si vogliono richiamare solamente alcune peculiarità, che sono sostanzialmente due: il rapporto con le funzioni di indirizzo nel settore energetico spettanti al Governo; il fondamento del potere regolamentare e il potere di garantirne l'osservanza, attraverso il riconoscimento di poteri, spesso impliciti, in capo all'autorità stessa.

Sul primo è possibile solamente ricordare che al Governo spettano funzioni di indirizzo particolarmente precise, in quanto, in base alla cosiddetta legge Marzano già ricordata, esso deve formulare indirizzi di politica generale del settore per l'esercizio delle funzioni attribuite all'autorità per l'energia elettrica e il gas e quest'ultima deve illustrare nella propria relazione annuale le iniziative assunte nel quadro delle esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità e in conformità agli indirizzi di politica generale del settore. Quindi la relazione annuale, che per le altre autorità indipendenti generalmente si risolve in un rito praticamente asfittico, nel settore dell'energia ha una rilevanza importantissima per la politica economica del Paese.

Quanto al fondamento del potere regolatorio, va ricordato che il problema si era posto per tutte le autorità amministrative indipendenti (ossia se in assenza di una legge queste potessero emanare regolamenti indipendenti), ma nel caso di ARERA assume contorni particolari, poiché le sue determinazioni, che sono appunto atti di regolazione, consistono nello stabilire le "regole del gioco" nel funzionamento concreto del settore energetico. Si tratta di regole perlopiù tecniche e di comandi nei confronti degli attori attivi del mercato, mentre invece nell'attività regolamentare propria dell'attività amministrativa tradizionale si tratta pur sempre di un'opera di bilanciamento tra l'interesse pubblico e gli altri interessi secondari, composti attraverso la norma[16].

Le "regole del gioco" hanno un intrinseco valore normativo, che solo la legge può autorizzare, soprattutto se a crearle è un organismo che sfugge al circuito democratico. Tuttavia la giurisprudenza amministrativa (in particolare quella del Tar di Milano e del Consiglio di Stato) ha ritenuto che, pur essendo innegabile che l'autorità amministrativa indipendente in esame spesso nell'esercizio della regolazione introduce misure e strumenti non espressamente previsti dalla legge e non compatibili con il principio di legalità (nelle sue due declinazioni di tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi) , ha aderito alla tesi secondo cui la particolare tecnicità della materia rende impossibile al legislatore determinare *ex ante* e tassativamente tutti gli strumenti e le misure che le autorità devono adottare per perseguire gli obiettivi posti.

Pertanto il giudice amministrativo ha effettuato una riflessione sulla tradizionale concezione del principio di legalità inteso in senso formale. Ha ritenuto che il modello di democrazia rappresentativa non è l'unico modello di legittimazione democratica, poiché accanto ad esso esiste anche un modello di democrazia deliberativa, secondo cui la legittimazione all'esercizio dell'autorità non discende dalla rappresentanza politica, ma si realizza attraverso la partecipazione degli interessati al processo decisionale. Da qui la necessità che il procedimento che porta alla creazione della 'regola del gioco' deve essere caratterizzato da un'ampia partecipazione delle imprese destinatarie della regola stessa e che deve essere ampiamente motivata, in deroga alla regola generale del procedimento amministrativo secondo cui gli atti generali non vanno motivati.

Quanto ai cosiddetti poteri impliciti va premesso che l'attività di regolazione si sostanzia più nella scelta e nella creazione delle regole che nella loro applicazione.

Tuttavia tra i compiti dell'autorità in esame rientra anche quella di assicurarsi l'esecuzione esatta della regolamentazione

[16] Per un'approfondita rassegna, si veda ancora: M. Clarich, voce '*Energia*', cit., 458-465.

posta; il che postula l'esistenza di poteri idonei a garantirne l'osservanza. Anche in questo caso vi è l'assenza della legge nel predisporre misure e sanzioni, che possono essere poste solo da essa. Da qui la necessità di afferma l'assunto in base al quale se vi è il potere di esercitare la regolazione vi deve essere necessariamente anche quello di garantirne l'osservanza (c.d. teoria dei poteri impliciti)[17].

7. Gli strumenti integrati di tipo amministrativo e di tipo civilistico.

Passando agli strumenti utilizzati nei complessi rapporti giuridici che si realizzano all'interno del pianeta-energia, si inizia la breve rassegna, prendendo in prestito da uno studio recente[18] la distinzione tra strumenti di tipo amministrativo e strumenti civilistici, e più precisamente di mercato.

Nei primi, denominati anche di *command and control*, rientrano gli atti di pianificazione, i regimi tariffari, le normative tecniche, gli atti autorizzativi, le attestazioni e certificazioni, iscrizione ad elenchi e registri, l'attribuzione di incentivi e sovvenzioni, i regimi impositivi, gli obblighi informativi, le sanzioni amministrative. I secondi invece si sostanziano nella predisposizione di regole incidenti sulle dinamiche di mercato (domanda ed offerta), ora operando in modo per così dire "naturale" ora istituendo veri e propri "mercati artificiali".

Dei primi non si possono non ricordare i Piani nazionali integrati per l'energia e il clima (PNIEC), disciplinati dal Regolamento UE 11 dicembre 2018, n. 218/1999. La disciplina prende in considerazione le sinergie e le interazioni tra i vari settori di intervento e stabilisce che la predisposizione e l'approvazione dei piani debba avvenire in modo concertato e partecipato, sia a livello europeo sia a livello nazionale. La Commissione europea ha espresso una valutazione positiva sul PNIEC italiano il 17 settembre 2020. Il piano concorre con un altro atto di programmazione di derivazione europea, ossia il piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), pure approvato dall'unione europea il 13 luglio 2021, che contiene un'intera sezione dedicata alla rivoluzione verde e alla transizione ecologica all'interno della quale figurano due sottosezioni: l'energia rinnovabile e l'efficienza energetica e riqualificazione degli edifici. Per il raggiungimento degli obiettivi indicati nelle due sottosezioni sono stati stanziati cospicui finanziamenti.

Anche per il settore degli idrocarburi è stato previsto uno strumento di pianificazione generale delle attività minerarie all'interno del territorio nazionale per individuare le aree dove è possibile svolgere in modo sostenibile le attività di ricerca e coltivazione (legge 11 febbraio 2019 n. 12).

Il potere tariffario è attribuito all'ARERA e serve a disciplinare i rapporti contrattuali relativo alle varie attività che sono gestiti in regime di esclusiva e altri casi in cui il potere di mercato di un soggetto altera le dinamiche della formazione dei prezzi.

I poteri di regolazione relativi all'accesso alle infrastrutture, l'art. 10, comma 2, del decreto legislativo n. 79 del 1999 garantisce condizioni di parità tra i soggetti interessati

[17] Sul tema si veda. F. Cintioli, *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra antitrust e regolazione*, in C. Rabitti Bedogni e P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust*, tomo II, Torino, 2012, 781. Più di recente, G.P. Cirillo, *I limiti del potere regolatorio di ARERA*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, voce *Dottrina*, 2025.

[18] Ancora il più volte citato M. Clarich, voce '*Energia*', cit., 465-475.

e in particolare in materia di importazioni di energia elettrica e di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri, attribuendo in capo al Ministero delle attività produttive, con il parere del ARERA, il compito di individuare modalità e condizioni delle importazioni nel caso risultino insufficienti le capacità di trasporto disponibili, tenuto conto di un'equa ripartizione complessiva tra mercato vincolato al mercato libero. Analogamente in materia di accesso alle infrastrutture del sistema del gas vengono attribuiti al medesimo ministero poteri di definizione dei principi e delle modalità per il rilascio delle esenzioni e per l'accesso alla rete nazionale dei gasdotti italiani.

Per quanto riguarda le concessioni qui si possono ricordare che esse, in quanto collegate a elementi di monopolio naturale (in particolare le reti) o a risorse scarse, devono essere rilasciate sulla base di procedure competitive.

Per le autorizzazioni amministrative è possibile solo ricordare l'autorizzazione per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili, che viene qualificata come attività libera (art. 12 del decreto legislativo n. 387 del 2003 e art. 1 del decreto legislativo n. 79 del 1999)

Nel settore del gas è sottoposta a un regime di autorizzazione l'importazione di gas naturale con contratti di durata superiore ad un anno effettuata attraverso la rete nazionale di gasdotti. Essa è rilasciata sempre dal Ministero dello sviluppo economico sulla base di criteri non discriminatori.

Gli idrocarburi sono qualificati come minerali di interesse nazionale e pertanto rientrano nel patrimonio indisponibile dello Stato (art. 826 c.c.). Pertanto sono necessarie autorizzazioni e concessioni, non essendo un'attività libera.

Infine tra le concessioni vanno richiamate quelle relative alle derivazioni per usi idroelettrici che hanno ad oggetto un bene demaniale, ossia l'acqua (822). Esse si distinguono in concessioni di grandi e piccole derivazioni.

Sulle sanzioni vale quanto già detto, ossia che sono strumenti volti a dare effettività alla regolamentazione di settore, incluse le delibere adottate dall'ARERA. Esse costituiscono un tassello essenziale del disegno complessivo.

Per quanto riguarda gli strumenti di mercato in questa sede si possono ricordare solamente i cosiddetti mercati artificiali. Essi sono possibili solamente per effetto dell'imposizione di legge di certi tipi di obblighi a carico di imprese già operanti, ma anche creando i presupposti affinché un mercato possa sorgere e svilupparsi. Il fondamento di tali mercati si fonda su obblighi giuridici imposti ad alcune tipologie di operatori. Essi hanno per oggetto i certificati bianchi, rappresentativi di titoli di efficienza energetica, i certificati verdi relativi a quantitativi di energia prodotta da fonti rinnovabili e i certificati neri, rappresentativi di quote di emissione in atmosfera di gas ad effetto serra (cosiddetti diritti di inquinamento). Essi sono emessi trasferiti e annullati dal gestore dei mercati energetici (GME), nella misura corrispondente ai risparmi energetici certificati dal GSE.

In questa materia le controversie sono molto numerose e vengono risolte attraverso procedure di conciliazione e di arbitrato innanzi all'ARERA e poi innanzi al giudice amministrativo. Le liti più importanti vengono definite secondo i noti meccanismi giustiziali ed eventualmente giurisdizionali propri delle autorità amministrative indipendenti, il cui tratto caratterizzante è dato proprio dalla indefettibile presenza presso di esse di procedimenti sanzionatori esecu-

tivi e sanzionatori puri, la cui decisine è sindacabile innanzi al giudice amministrativo (sindacato forte e non debole, come si era ritenuto in passato).

È utile ricordare che spesso le controversie hanno riguardato atti dell'autority che avevano invaso la competenza riservata alle regioni o altri organismi espressione del potere governativo (c.d. politico) del settore.

8. La formula organizzatoria dell'energia come ordinamento sezionale. Gli atti interni dell'ordinamento sezionale e la loro sindacabilità. I principi e le regole del diritto dell'energia tra diritto privato e diritto amministrativo. La necessità di un codice dell'energia.

Dall'esposizione svolta è possibile osservare che il diritto dell'energia presenta contorni precisi e originali, che cospirano nel senso di poterlo riguardare come una branca scientifica autonoma.

In realtà l'ordinamento dell'energia si presenta come un ordinamento sezionale (o settoriale), che è una realtà giuridica del nostro tempo, soprattutto a seguito delle privatizzazioni dei grandi monopoli facenti capo agli enti pubblici economici[19]. Paradossalmente alla privatizzazione è seguita una copiosa regolamentazione, costituita da norme 'interne' al mercato di riferimento.

Si tratta di una formula organizzatoria, che ha trovato la sua compiutezza più nota nell'organizzazione del credito e nei regolamenti dell'organizzazione dei corpi militari. Gli ordinamenti sezionali hanno tutti una base economica ben identificabile e si profila quando l'attività economica presenta aspetti di pubblica utilità, per cui non può essere lasciata al mercato libero. La formula organizzatoria in esame è perfettamente compatibile con il principio di cui all'art. 41 della Costituzione, che consente il controllo pubblico di imprese private in presenza di un interesse pubblico.

Tali ordinamenti sono costituiti da imprenditori che per svolgere una certa attività hanno bisogno di un provvedimento amministrativo iniziale che le norme configurano ora come autorizzazione ora come concessione. Il provvedimento consente l'immissione nell'ordinamento degli imprenditori, la cui organizzazione è costituita da organi dello Stato o da un apposito ente, e hanno poteri normativi interni, poteri di direzione e di ordine nonché poteri di controllo, preventivi o repressivi.

Gli imprenditori del settore energetico naturalmente sono diversi dalle imprese che utilizzano energia per produrre altro. A tal proposito si distinguono i grandi consumatori di energia (c.d. idonei), da quelli medi e piccoli, incluse le fasce meno abbienti, che non possono essere escluse dalla fornitura di energie indispensabili (c.d. servizio universale).

La caratteristica fondamentale degli ordinamenti sezionali è data dal fatto che il controllo pubblico non è episodico ma programmatico e generale (ossia non individualizzato in una singola impresa).

È importante ricordare che gli organi che reggono l'ordinamento sezionale sono sem-

[19] Per tutti, M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1993, 171 (vol. I) e 453 (vol. II).

pre qualificabili nell'ordinamento generale statale come provvedimenti amministrativi e che quindi essi soggiacciono alle misure di tutela date contro i provvedimenti invalidi.

Il problema più delicato, che attende una messa a punto, riguarda la qualificazione e il rapporto delle norme interne dell'ordinamento sezionale con quelle dell'ordinamento generale.

Infatti, se si segue il principio formale per cui gli atti normativi efficaci nell'ordinamento generale sono quelli espressamente previsti dalle norme sulla normazione dell'ordinamento statale, le norme dell'ordinamento sezionale sono sempre e comunque norme interne contenute in atti amministrativi interni. Va da sé che soprattutto nella materia energetica la continua produzione di norme contenute in atti generali genera non pochi problemi, in particolare per i giudici amministrativi, che comunque, e per fortuna, ritengono che la loro violazione costituisca un atto viziato da illegittimità, tralasciando tutto quanto ruota intorno alle conseguenze, talvolta impeditive, legate alla qualificazione di norma interna, che non sempre produce effetti nell'ordinamento generale. Per le norme interne si esclude la possibilità di ricorrere per Cassazione a seguito della loro violazione.

Se questi sono i caratteri propri dell'istituto dell'ordinamento sezionale, va da sé, per quanto esposto nei paragrafi precedenti, che l'organizzazione del mercato dell'energia vi rientra perfettamente.

Infatti: esiste una vera e propria *governance* in capo ai poteri pubblici; la particolarità del bene energia e la indefettibile presenza della rete in cui l'energia si inerva conformano schemi particolari dell'attività imprenditoriale; l'immissione nell'ordinamento avviene attraverso gli strumenti, sopra ricordati, delle concessioni e delle autorizzazioni; il controllo è di tipo programmatico e generale, e a questi fini è irrilevante che esso venga svolto anche con il coinvolgimento di autorità europee.

Con il presente studio si è voluto semplicemente dimostrare che la classificazione dell'energia tra gli esempi più vistosi di ordinamento sezionale già di per sé fa del diritto che lo governa una scienza autonoma, che prende in prestito strumenti del diritto privato e del diritto amministrativo. Tuttavia non bisogna trascurare il fatto che essa si fonda sulla specificità dei beni che stanno alla base della particolare disciplina, ossia il bene energia e il bene rete.

Prima di concludere la nostra disamina occorre riprendere quanto si osservava nel paragrafo iniziale a proposito del diritto della navigazione e degli altri diritti autonomi.

L'ordinamento sezionale dell'energia non ha niente a che vedere con il 'particolarismo' propugnato agli inizi del secolo scorso dalla dottrina francese, ossia esso non è separato dagli ordinamenti generali del diritto privato e del diritto amministrativo. Anzi esso utilizza indifferentemente lo strumentario dell'uno e dell'altro, a seconda della convenienza e della necessità giuridica. Quindi non ha molto senso collocarlo nell'una o nell'altra grande disciplina, in quanto entrambe lo alimentano. Anzi il diritto dell'energia costituisce l'ulteriore riprova che bisogna finalmente abbandonare la visione dicotomica e approdare ad una concezione integrata dei due sistemi giuridici[20].

Quanto al tema se dall'ordinamento particolare è possibile espungere principi e re-

[20] Sul punto si rinvia al citato G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, in particolare 1-25.

gole particolari, è sufficiente ricordare che vi sono stati dei tentativi in tal senso nella dottrina più recente[21]. Essi sono stati individuati nel principio della giustizia energetica, ossia un sistema globale di regole e principi in grado di distribuire equamente sia i benefici sia i costi dei servizi energetici con l'adozione di decisioni più rappresentative e imparziali possibili; il principio della sovranità sulle risorse energetiche; l'accesso ai servizi; l'uso prudenziale e sostenibile delle risorse naturali; la salvaguardia dell'ambiente e della salute umana; il combattimento del cambiamento climatico; la sicurezza energetica e l'affidabilità; il principio della resilienza, ossia un equilibrio non statico ma di adattamento continuo che ha origine dall'estrema variabilità e interconnessione degli ecosistemi naturali.

Tutti questi principi sono coerenti con il sistema delineato e possono essere accettati, anche se essi attendono di essere adeguatamente giustificati dall'analisi delle singole norme disseminate negli ordinamenti giuridici multilivello in materia, onde evitare che si traducano in opzioni filosofiche, morali o politiche.

Certamente l'assenza di un codice o di un testo unico che raggruppi e razionalizzi, alla luce di precisi principi generali, le tante norme in materia non facilita il compito.

Giampiero Paolo Cirillo

[21] Tra i primi a ipotizzare una trama di principi: R.J. Heffron, *L'energia attraverso il diritto*, a cura di L.M. Pepe, Napoli, 2021, 224; L.M. Pepe, *Il diritto dell'energia fondato su principi. La transizione ecologica come giustizia energetica*, in *www.ambientediritto.it*, n. 4, 2021, 25.

VIII.
Giurisdizione ordinaria e amministrativa

1. Giurisdizione su incarico di dirigente di struttura sanitaria complessa (nota a TAR Liguria, ordinanza 28 febbraio 2025, n. 230)

Sommario: 1. Il conferimento dell'incarico dirigenziale nel settore sanitari. – **2.** Disamina dell'ordinanza. – **3.** Conclusioni.

1. Il conferimento dell'incarico dirigenziale nel settore sanitario.

La disciplina della dirigenza sanitaria risulta da sempre connotata da un elevato livello di *specialità e complessità*, in quanto trae origine dal combinato disposto della disciplina generale contenuta nel capo II D. Lgs. n. 165/2001 e quella speciale del D. Lgs. n. 502/1992[1].

L'art. 15-*ter*, comma 2, D. Lgs. n. 502/1992, introdotto dal D. Lgs. n. 229/1999, precisava che il conferimento dell'incarico di direzione di struttura complessa fosse effettuato dal direttore generale sulla base di una «rosa di candidati» considerati idonei dall'apposita commissione. Sulla base di tale dato,

[1] F. Figorilli, *Il conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa in sanità fra equilibri consolidati e tentativi di riforma*, in *Nuove autonomie*, 2023, 2, 523-553; F. Saitta, *Incarichi di direzione di struttura complessa nelle aziende sanitarie: una giurisdizione … case by case?,* in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni 2016,* 205 ss.; E.N. Fragale, *La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, 551 ss.; M. Nicolosi, *Incarichi di direzione di struttura sanitaria complessa e tutela risarcitoria prima della l. n. 189 del 2012 ("riforma Balduzzi"),* in *Arg. Dir. Lav.*, n. 4-5/2014; M.N. Bettini, *Dirigenza sanitaria e disciplina di conferimento degli incarichi*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2008, 555 ss.; F. Lunardon, *La dirigenza sanitaria,* in S. Rodotà - P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, in R. Ferrara (a cura di), *Salute e sanità*, Milano, 325 ss.; A. Pioggia, *Direzione e dirigenza nelle aziende sanitarie. Una analisi della distribuzione del potere decisionale alla luce degli atti aziendali*, in *San. Pubbl. Priv.*, 2008, 5 ss.; F. Carinci - S. Mainardi (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Milano, 2005; C. Bottari - P. Tullini (a cura di), *La dirigenza sanitaria. Amministrativisti e lavoristi a confronto,* Rimini, 2004; R. Balduzzi - G. Di Gaspare (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la Riforma del Titolo V,* Milano, 2002; A. Boscati, *Norma transitoria. Norme per la dirigenza del Servizio sanitario nazionale*, in F. Carinci - L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, vol. II, in F. Carinci (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro*, Torino, 2004, 1010; O. Mazzotta, *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2003, 4; L. Zoppoli, *La riforma del titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i pezzi di un difficile puzzle?,* in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2002, 149 ss.; P. Lambertucci, *Dirigenza sanitaria, responsabilità dirigenziale e gestione delle risorse umane: brevi appunti,* in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2006; M. Sgroi, *La dirigenza del Servizio Sanitario Nazionale*, in F. Carinci - L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, op. cit., pag. 1011; L. Torchia, *La dirigenza del servizio sanitario nazionale*, in *Sanità Pubbl.*, 1997, 261; R. Ferrara, *Organizzazione e principio di aziendalizzazione nel Servizio Sanitario Nazionale: spunti problematici*, in C. Bottari - P. Tullini (a cura di), *La dirigenza sanitaria. Amministrativisti e lavoristi a confronto*, cit.

parte della dottrina[2] ha evidenziato il carattere *fiduciario e discrezionale* che caratterizzava la procedura di conferimento di incarichi di direzione di struttura complessa, in quanto il direttore generale poteva attribuire l'incarico all'uno o all'altro degli idonei con atto adottato mediante i poteri del privato datore di lavoro e in assenza di rigidi vincoli. Da ciò sarebbe derivata, sul piano strettamente giurisdizionale, l'impossibilità di configurare un diritto soggettivo alla nomina in capo ai candidati dichiarati idonei dalla commissione.

Dopo il D.L. n. 158/2012, pur essendo stato notevolmente ridimensionato, l'ambito della discrezionalità del direttore generale non è stato totalmente eliminato; infatti, la scelta finale spettava al direttore generale, che non era obbligato a nominare il candidato con il punteggio più elevato, pur essendo tenuto a motivare la scelta in caso di nomina di un candidato diverso da quello posizionatosi per primo in graduatoria[3].

La disciplina delle selezioni per il conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa è oggi stabilita dall'art. 15, comma 7-*bis*, D. Lgs. 1992 n. 502.

Il testo della disposizione, vigente fino al 26 agosto 2022, prevedeva che la selezione avrebbe dovuto essere effettuata da una commissione composta dal direttore sanitario dell'azienda interessata e da tre direttori di struttura complessa nella medesima disciplina dell'incarico da conferire, individuati tramite sorteggio. La commissione così composta avrebbe ricevuto dall'azienda il profilo professionale del dirigente da incaricare e, sulla base dell'analisi comparativa dei curricula e dei titoli professionali posseduti, nonché dell'esito di un colloquio, avrebbe presentato al direttore generale una terna di candidati idonei. Il direttore generale, a seguire, avrebbe individuato il candidato da nominare nell'ambito della terna predisposta dalla commissione, e avrebbe dovuto motivare analiticamente la scelta di nominare uno dei due candidati che non avesse conseguito il punteggio migliore.

L'art. 20 della L. 5 agosto 2022 n. 118 ha sostituito la disciplina appena esaminata prevedendo, sostanzialmente, due fasi: la prima, di selezione dei candidati, è riservata ad una commissione composta dal direttore sanitario dell'azienda interessata e da tre direttori di struttura complessa nella me-

[2] A. Riommi, *La tutela giurisdizionale nel conferimento di incarichi di direzione di struttura complessa nell'ambito della sanità pubblica*, in *LPA*, n. 4/2024.

[3] A. Riommi, *op. cit.* Sul punto, non ci si può esimere dal citare Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 6 marzo 2020, n. 6455, secondo cui *"La procedura per il conferimento di incarico di direttore di struttura complessa, prevista dagli artt. 15 e 15 ter del d.lgs. n. 502 del 1992, ha carattere non concorsuale, essendo articolata secondo uno schema che prevede la scelta di carattere essenzialmente fiduciario di un professionista ad opera del direttore generale della ASL, nell'ambito di un elenco di soggetti ritenuti idonei da un'apposita commissione sulla base di requisiti di professionalità e capacità manageriali; ne consegue che, avendo la fase di nomina carattere dominante rispetto all'intero percorso della selezione, le relative controversie, attinenti sia alla procedura di selezione (ad esempio concernenti l'accertamento del diritto al conferimento dell'incarico), sia al provvedimento discrezionale, di natura privatistica, del direttore generale, rientrano, per il principio di concentrazione delle tutele, nella giurisdizione del giudice ordinario, non potendo frazionarsi la giurisdizione con riferimento alle singole fasi del procedimento"* (enfasi aggiunta). Si tratta(va), infatti, di una procedura comparativa e non certamente di un "concorso" in senso tecnico: *"L'incarico di direttore (…) di struttura complessa deve essere conferito previa valutazione comparativa tra una rosa di candidati, ex art. 15-ter del d.lgs. n. 502 del 1992; tale previsione ha carattere di norma imperativa – atteso che la comparazione tra più aspiranti è funzionale ai principi di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione e concorre alla salvaguardia dell'interesse pubblico alla tutela della salute dei cittadini – con la conseguenza che, in mancanza del rispetto di tale procedura, l'atto negoziale di conferimento dell'incarico è nullo, e tale nullità può e deve essere rilevata d'ufficio dal giudice"*.

desima disciplina dell'incarico da conferire (art. 15, comma 7-*bis*, lettera a), del d.lgs. 502/1992). La seconda fase, di nomina, è riservata al direttore generale dell'azienda sanitaria interessata, che deve scegliere il dirigente da incaricare tra i soggetti idonei individuati dalla Commissione.

Tale *novum* ha posto rilevanti questioni inerenti alla fisionomia della procedura di conferimento dell'incarico e della discrezionalità del direttore generale, con conseguente fiduciarietà dell'incarico. Possiamo, dunque, esaminare tale contrasto interpretativo attraverso la lente dell'ordinanza del TAR Liguria, 28 febbraio 2025, n. 230, la quale, oltre a riassumere compiutamente la più recente giurisprudenza, rappresenta anche il primo caso di rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-*bis* c.p.c. sollevato da un giudice amministrativo.

2. Disamina dell'ordinanza.

Un primo profilo di indubbio interesse concerne la legittimazione del TAR a sollevare rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-*bis* c.p.c. innanzi alla Corte di Cassazione.

In generale, la tesi negativa si fonda principalmente sull'argomento per cui le sentenze del giudice amministrativo possono essere impugnate dinanzi alla Corte di cassazione solo per questioni di giurisdizione. In dottrina si è così argomentato: "di tale questione pregiudiziale di rito (la giurisdizione, ndr) la S.C. – supremo organo regolatore dei conflitti di giurisdizione – può essere officiosamente investita dal giudice speciale. È dubbio, invece, che il rinvio possa concernere altre questioni: e non perché la decisione viziata da *errores in iudicando vel in procedendo* sia insindacabile (se non per eccesso di potere di giurisdizionale), argomento ormai privo di efficacia persuasiva dopo la riconosciuta legittimazione del giudice cautelare a provocare l'incidente interpretativo, ma perché l'interpretazione vincolante della Cassazione lederebbe l'autonomia del giudice speciale d'appello. Il T.A.R. o la sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti dovrebbe infatti applicare il principio di diritto, che il Consiglio di Stato o la sezione centrale d'appello non potrebbe disattendere"[4].

La Corte di Cassazione, peraltro, ha già affrontato la questione dell'ammissibilità del rinvio pregiudiziale sollevato dal giudice tributario, ammettendola.

In particolare, gli argomenti contrari alla legittimazione del giudice tributario erano compendiabili come segue: una disposizione sostanzialmente analoga all'art. 363-*bis* c.p.c., originariamente inclusa nel disegno di legge di riforma del processo tributario (D.D.L. n. 2636 del 2022), è stata stralciata nel testo approvato dal Senato, unitamente a quella che prevedeva il ricorso nell'interesse della legge del Procuratore generale della Corte di cassazione contro le sentenze del giudice tributario di merito; mancanza, nella L. 26 novembre 2021, n. 206, di una specifica delega per l'introduzione di tale meccanismo nel processo tributario e mancanza di un'espressa norma di rinvio all'art. 363-*bis* c.p.c., nella disciplina dettata dal D. Lgs. n. 546 del 1992; netta suddivisione fra magistratura ordinaria e magistratura tributaria, ulteriormente accentuata dalla L. 31 agosto 2022, n. 130.

Tale impostazione è stata superata dalla Corte di Cassazione[5] sulla scorta del gene-

[4] M. Cirulli, *Osservazioni sull'art. 363 bis c.p.c.*, in *www.judicium.it*, 8 novembre 2024.

[5] Cass., Sez. Un., 13 dicembre 2023, n. 34851.

rale rinvio alle norme del c.p.c. contenuto nel D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 1, comma 2, che ne consente l'applicazione anche al processo tributario, per quanto non disposto dalle relative disposizioni e nei limiti della compatibilità con le stesse; inoltre, si è valorizzata l'unicità della disciplina del giudizio di cassazione, applicabile anche al processo tributario, in virtù del rinvio contenuto nell'art. 62, comma 2 D. Lgs. n. 546 cit., e della collocazione topografica dell'art. 363-*bis* c.p.c., inserito proprio tra le disposizioni che disciplinano il giudizio di cassazione, nonché del tenore letterale della norma in esame, che nell'individuare l'organo legittimato a sollevare la questione pregiudiziale d'interpretazione fa riferimento al "giudice di merito", senza ulteriori specificazioni.

Neppure può ritenersi ostativa all'applicazione dell'art. 363-*bis* c.p.c., nel ragionamento della Suprema Corte, la distinzione della giurisdizione tributaria da quella civile, avuto riguardo alla comune individuazione, quale organo di vertice dell'ordinamento processuale, della Corte di cassazione, cui è attribuita la funzione di giudice di legittimità: finalità, queste, alla cui realizzazione contribuisce indubbiamente anche l'istituto del rinvio pregiudiziale, in quanto volto a sollecitare un responso anticipato della Corte in ordine ad una questione di diritto, sostanziale o processuale, non ancora risolta dalla giurisprudenza di legittimità ed avente carattere seriale, che presenti gravi difficoltà interpretative ed appaia rilevante ai fini della decisione della controversia sottoposta all'esame del giudice remittente. Pertanto, sussiste l'esigenza di estendere la funzione nomofilattico-deflattiva assegnata al rinvio pregiudiziale al giudizio tributario di merito.

Parte di tali argomentazioni favorevoli al rinvio pregiudiziale possono essere estese al giudice amministrativo, con particolare riferimento al rinvio esterno previsto dal codice di settore (per il processo amministrativo, ovviamente, il riferimento corre all'art. 39 c.p.a.) e all'esigenza di garantire la funzione nomofilattica.

In tale direzione, la dottrina favorevole all'apertura del rinvio pregiudiziale anche al giudice amministrativo ha osservato che "optando per una lettura estesa della disposizione, il raggio di operatività dell'art. 363-*bis* c.p.c. potrebbe ritenersi estendibile nella sua forma piena (quale che sia il tema di contrasto da sollevare): si tratterebbe di favorire così la funzione nomofilattica proprio in contesti che sarebbero altrimenti ad essa sottratti. Soluzione, quest'ultima, fondata su una logica non molto diversa da quella che giustifica l'invocabilità dell'istituto anche laddove il ricorso per cassazione non sarebbe altrimenti ammissibile o comunque dove non arriverebbe la stabilità del giudicato (come si è visto, nell'ambito della tutela cautelare, nella volontaria giurisdizione o in quella esecutiva)"[6].

E, infatti, nel caso di specie il TAR Liguria osserva che: il quesito riguarda una questione sulla giurisdizione che è devoluta alla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 111 della Costituzione e dell'art. 110 c.p.a.; l'art. 39, comma 1, del c.p.a. prevede che, per quanto non disciplinato, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali; al giudizio sulla impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato si applicano le norme sul giudizio di cassazione, tra le quali figura anche l'articolo 363-*bis* c.p.c.; la Corte di cassazione rappre-

[6] R. Tiscini, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione dell'art. 363-bis c.p.c. La disciplina. La casistica,* in *Giust. civ.*, 2023, 343.

senta l'organo di vertice dell'ordinamento processuale, cui è attribuita la funzione di giudice di legittimità, con il compito di assicurare l'esatta osservanza, l'uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto oggettivo.

Si giunge, pertanto, alla conclusione secondo cui "l'istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione di diritto, previsto dall'articolo 363-*bis* del codice di procedura civile, è applicabile anche al processo amministrativo qualora la questione interpretativa (nella specie, attinente alla spettanza della giurisdizione sulle procedure di conferimento di incarichi direttivi di struttura sanitaria complessa ai sensi dell'articolo 15, comma 7-*bis*, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, come modificato dall'art. 20 della legge 5 agosto 2022, n. 118) risulti necessaria per la definizione del giudizio e sussistano difficoltà interpretative confermate da posizioni contrastanti espresse dal Consiglio di Stato".

Nel merito, si osserva che il contrasto è effettivo e recente, come dimostrano due sentenze del Consiglio di Stato del 2024, depositate a poca distanza di tempo l'una dall'altra e pervenute a esiti argomentativi diametralmente opposti.

In ordine di tempo, nella fattispecie scrutinata da Cons. Stato, sez. III, 19 luglio 2024, n. 6534, era stata impugnata la pronuncia del TAR Puglia che declinava la giurisdizione negando la natura "concorsuale" (e, quindi, pubblicistica) della selezione in questione, relativa all'incarico dirigenziale di struttura sanitaria complessa. L'appellante deduceva che il novellato art. 15, comma 7-*bis*, d.lvo n. 502/1992 ha strutturato la procedura *de qua* in forma concorsuale, con il conseguente radicamento della giurisdizione del giudice amministrativo sulle relative controversie, in quanto la nomina del direttore di struttura complessa non avviene più sulla base di una scelta fiduciaria del direttore generale, che poteva individuare uno qualsiasi dei candidati idonei nell'ambito della terna proposta dalla commissione, ma sulla base di una procedura concorsuale per titoli e colloquio, che culmina con una graduatoria e con un vincitore della selezione; la procedura, inoltre, è aperta ai candidati esterni, non essendo riservata ai dipendenti interni all'ASL che la bandisce, per cui all'esito della selezione l'Amministrazione instaura un nuovo rapporto di lavoro con il vincitore, che potrebbe non essere già dipendente della stessa ASL.

Il Consiglio di Stato, dopo aver esaminato il quadro normativo antecedente e successivo all'entrata in vigore dell'art. 20 L. n. 118/2022, ritiene di confermare la statuizione del giudice di primo grado, in quanto i pur significativi cambiamenti di regime non hanno alterato le caratteristiche essenziali del procedimento selettivo, militanti nel senso della sua estraneità al modulo concorsuale "puro" e della loro afferenza all'ambito dei poteri datoriali di gestione del rapporto di lavoro. Infatti, permane la carenza in esso di vere e proprie "*prove selettive*", incentrandosi la valutazione comparativa sui contenuti dei curricula dei candidati e rappresentando gli esiti del colloquio solo uno degli elementi da prendere in considerazione ai fini della formazione della graduatoria; inoltre, la previsione del colloquio era presente anche nello schema procedimentale previgente, senza che esso fosse ritenuto idoneo dalla Cassazione a mutare le sue conclusioni in punto di assenza nella procedura di "*prove selettive*", ai fini della risoluzione della relativa questione di giurisdizione.

In ogni caso, e ciò è dirimente secondo il Consiglio di Stato, non è venuto meno il carattere "interno" della selezione, presupponente il possesso della qualifica dirigenziale

– e quindi la sussistenza di un rapporto lavorativo in essere con l'Amministrazione – così come previsto dall'art. 15, comma 7-*bis*, lett. b) d.lvo n. 502/1992, il quale continua a prevedere, anche ai fini della perimetrazione dei destinatari della selezione, che "*la commissione riceve dall'azienda il profilo professionale del dirigente da incaricare*".

Diverso è l'esito cui è pervenuto Cons. Stato, sez. III, 18 ottobre 2024, n. 8344 che, invece, ha accolto l'appello avverso la sentenza di primo grado declinatoria della giurisdizione.

Il Collegio si confronta espressamente con il precedente rappresentato dalla sentenza 6534/2024 appena esaminata, e afferma che la fattispecie concreta si pone in termini alquanto diversi dalla precedente. Infatti, nel bando analizzato dalla pronuncia n. 6534/2024 si prevedeva che il colloquio dovesse vertere genericamente sulla "*valutazione delle capacità professionali del candidato nella specifica disciplina, con riferimento anche alle esperienze professionali documentate, nonché all'accertamento delle capacità gestionali, organizzative e di direzione del medesimo con riferimento alle caratteristiche dell'incarico da svolgere, rispondenti alle caratteristiche professionali determinate dall'Azienda. La Commissione terrà conto della chiarezza espositiva, della correttezza delle risposte, dell'uso di linguaggio scientifico appropriato, della capacità di collegamento con altre patologie o discipline o specialità per la miglior risoluzione dei quesiti anche dal punto di vista dell'efficacia e dell'economicità degli interventi. Il colloquio è anche diretto a testare la visione e l'originalità delle proposte sull'organizzazione della struttura complessa, nonché l'attitudine all'innovazione ai fini del miglioramento dell'organizzazione e della soddisfazione degli stakeholders della struttura stessa*".

Inoltre, il bando aggiungeva quanto segue: "*nel caso la Commissione lo ritenga opportuno potrà esprimere valutazioni specifiche in merito all'idoneità dei candidati attraverso modalità che consentano di stabilire relazioni con la struttura ed il personale ad essa appartenente, anche attraverso sopralluoghi e colloqui, stabilendo i tempi di inserimento nell'ambito della procedura e dandone preventiva comunicazione al candidato, al fine di acquisire ulteriori elementi atti a permettere al candidato di esprimere nel colloquio e nella relazione la propria visione sulla conduzione della struttura. Nell'ambito della procedura selettiva e per integrare gli elementi di valutazione del colloquio, potrà essere richiesto ai candidati di predisporre, nel giorno fissato per il colloquio, una relazione scritta su temi individuati dalla Commissione. In tal caso, la relazione scritta costituisce elemento di valutazione nell'ambito del colloquio, contribuendo alla definizione del relativo tetto massimo di punteggio*".

La prova del colloquio, quindi, oltre a presentare un contenuto generico, si calava in un contesto di variabili valutative ulteriori e aggiuntive, che ne indebolivano il carattere strettamente comparativo e l'incidenza diretta sulla graduazione di merito.

Nel caso concreto esaminato dal Consiglio di Stato nella sentenza 8344/2024, di contro, il peso ponderale del colloquio è pari a quello della valutazione dei titoli (essendo entrambe le prove apprezzabili con l'attribuzione di 50 punti); inoltre, tanto la valutazione dei titoli quanto quella del colloquio risultano tassativamente orientate su una rigida elencazione di ambiti o sottocriteri – ognuno dei quali associato ad uno specifico *range* ponderale – non integrabili con altri parametri valutativi. A più riprese nel bando si ribadisce, infatti, che *"non è consentita l'introduzione di ulteriori ambi-*

ti di valutazione all'infuori di quelli sopra indicati, né la modifica dei pesi/valori percentuali come sopra fissati".

Si registrano, quindi, specifiche peculiarità differenziali rispetto al caso esaminato dalla pronuncia n. 6534/2024 consistenti nel maggior dettaglio dei parametri valutativi, con esclusione di criteri diversi da quelli prestabiliti, nell'assenza di possibili spazi di ponderazione integrativa e astratta da riferimenti predefiniti e, dunque, nella più rigida conformazione del potere di giudizio della Commissione. In definitiva, secondo il Consiglio di Stato, la fattispecie concreta in esame avrebbe presentato connotati di "concorsualità" tali da giustificare l'attrazione alla giurisdizione amministrativa.

Dopo avere dato conto del contrasto giurisprudenziale che abbiamo cercato di ricostruire, il TAR Liguria, con l'ordinanza in commento, osserva che il depotenziamento del carattere fiduciario della nomina non vale di per sé a sottrarre l'attribuzione degli incarichi dirigenziali all'ambito di applicabilità dell'art. 63, comma 1, D. Lgs. 165/2001, ben potendo anche il privato datore di lavoro predisporre regole per l'individuazione tra i propri dipendenti, dei destinatari degli incarichi dirigenziali. Inoltre, l'art. 63 cit. configura, in relazione alle controversie relative al conferimento degli incarichi, la giurisdizione del giudice ordinario a prescindere dalla natura discrezionale o vincolata della procedura di conferimento.

Pertanto, al fine di evitare che il protrarsi di una situazione di incertezza determini significativi pregiudizi ai danni degli interessati, il TAR Liguria sottopone la questione interpretativa dell'art. 15, comma 7-*bis* d.lgs. 502/92 e dell'art. 63 D.Lgs. 165/2001 in relazione alla sussistenza o meno della giurisdizione del giudice amministrativo in materia di conferimento di incarichi dirigenziali di struttura complessa alla Cassazione, ai sensi dell'art. 363-*bis* c.p.c.

3. Conclusioni.

L'ordinanza del TAR Liguria, in definitiva, si segnala per un duplice profilo: sul piano processuale, per l'affermazione – per la prima volta – della legittimazione del G.A. a sollevare rinvio pregiudiziale; nel merito, per una compiuta ricostruzione del quadro giurisprudenziale in tema di conferimento di incarichi di direzione di strutture sanitarie complesse.

Il dibattito pretorio, tuttavia, non avrebbe potuto essere compiutamente ricostruito senza fare riferimento ai concetti generali che si stagliano sullo sfondo della tematica del conferimento di incarichi dirigenziali nel settore sanitario, quali la fiduciarietà, la discrezionalità e la paraconcorsualità della procedura, che hanno un peso determinante nell'attrarre la giurisdizione verso un polo o l'altro e che, sicuramente, rivestiranno un ruolo decisivo anche nella decisione della Suprema Corte, laddove il rinvio venga ritenuto ammissibile.

Antonino Ripepi

2. Conflitto di giurisdizione e *translatio iudicii*

Può il Consiglio di Stato sollevare il conflitto negativo di giurisdizione nell'ambito della *translatio iudicii*? (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, ord. 24 ottobre 2024 n. 8507 e Cassazione, S.U., ord. 12 luglio 2025 n. 19196)

Sommario: 1. La questione. – **2.** L'accelerazione processuale sulle questioni di giurisdizioni a detrimento del controllo delle giurisdizioni superiori. – **3.** Lo stato dell'arte precedente alle due pronunce annotate. – **4.** L'ordinanza del Consiglio di Stato: rilievi critici. – **5.** L'ordinanza della Cassazione: rilievi critici. – **6.** Breve conclusione.

1. La questione.

Le pronunce annotate sono di grande rilievo pratico poiché riguardano la possibilità che, in sede di *translatio iudicii*[1], il Consiglio di Stato sollevi il conflitto negativo di giurisdizione di fronte alle Sezioni Unite della Cassazione ed è solo per questo profilo processuale che verranno prese in considerazione. Il Consiglio di Stato, sollevando il conflitto, parte ovviamente dal presupposto che ciò fosse nelle sue facoltà e le Sezioni Unite hanno ritenuto il ricorso ammissibile, statuendo poi nel merito della questione di giurisdizione.

Deve subito evidenziarsi, come si cercherà di mostrare nel prosieguo, che entrambe le pronunce, ammesso che troveranno in seguito conferma, appaiono nel metodo assai censurabili, poiché hanno troppo sbrigativamente determinato un significativo mutamento di giurisprudenza, con una carente o travisante considerazione dei precedenti.

[1] In generale per i profili giurisprudenziali dell'autentico "ginepraio" della *translatio*, si rimanda a M. Mazzamuto, *Riparto di giurisdizione: il riemergere dei fantasmi del passato*, relazione al Convegno su *Il processo amministrativo a quindici anni dal suo codice*, Bari 13 e 14 novembre 2025, a conferma del perplessità che sin dall'inizio si erano sollevate attorno all'estensione dell'istituto ai rapporti tra giurisdizioni, Id., *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm*, 2010, 179 ss. e Id., *La* translatio iudicii *si ""schiude"?, ivi*, 2012, 660.

2. L'accelerazione processuale sulle questioni di giurisdizioni a detrimento del controllo delle giurisdizioni superiori.

L'incombere sul nostro ordinamento della questione della ragionevole durata dei giudizi ha indotto le giurisdizioni superiori ad attivare dei meccanismi di accelerazione processuale in vista di una rapida definizione della questione di giurisdizione.

Basti evocare il giudicato implicito sulla giurisdizione, affermato dalla Cassazione (S.U. n. 24883/2008), in discontinuità con l'orientamento tradizionale, e poi recepito dal legislatore (nell'art. 9 c.p.a. e nel nuovo art. 37 c.p.c.), o l'assunto che chi ricorre ad un giudice non può poi contestarne la giurisdizione, affermato dal Consiglio di Stato, sotto il profilo dell'abuso del processo, e poi condiviso dalla Cassazione (S.U. n. 21260/2016), pur con diversa motivazione, e cioè che essendovi sempre un autonomo capo, anche implicito, sulla giurisdizione, chi agisce in giudizio, pur ove soccombente nel merito, rimanga comunque vincitore sul capo relativo alla giurisdizione e dunque privo del requisito della soccombenza per contestare tale capo in appello.

Ovviamente siffatti meccanismi preclusivi finiscono in parte per ridurre il tradizionale controllo che le giurisdizioni superiori hanno sempre esercitato sulla giurisdizione.

Non è forse un caso che ciò abbia anche determinato un qualche contraccolpo, come potrebbe ravvisarsi nella correzione di tiro effettuata dalla Cassazione, nel senso che il giudicato implicito varrebbe per il riparto di giurisdizione, ma non anche per l'eccesso di potere giurisdizionale (S.U. n.1034/2019; n. 19084/2020). Questo orientamento sembrerebbe trovare oggi conferma nel nuovo art. 37 c.p.c., sebbene dal punto di vista del giudice ordinario: e infatti, se per il riparto di giurisdizione ci si adegua al diritto vivente del giudicato implicito, riguardo invece al difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, evocante appunto l'eccesso di potere giurisdizionale, si mantiene la rilevabilità, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo.

L'istituto della *translatio* è stata non meno informata a questa *ratio* acceleratoria: sia per l'utilizzo stesso di questo strumento anche nei rapporti con i giudici speciali, sicché la questione di giurisdizione non diventa ostacolo ad una pronuncia di merito, consentendo all'interessato di attivarsi con immediatezza di fronte al giudice *ad quem*, senza bisogno di instaurare un nuovo processo; sia, per quello che qui specialmente importa, per l'introduzione, ancora una volta, di meccanismi preclusivi sulla questione di giurisdizione di fronte al giudice *ad quem*, qualora l'interessato opti per la *translatio*, e sempre che lo faccia tempestivamente altrimenti il processo si estingue.

3. Lo stato dell'arte precedente alle due pronunce annotate.

Sul piano normativo fondamentale è l'art. 59 l. n. 69/2009, che pone due ordini di preclusioni: uno riguardante le parti, sicché se "la domanda è riproposta al giudice ivi indicato", indicato cioè nella declinatoria di giurisdizione del giudice *a quo*, e "nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione" (comma 2); un altro riguardante il giudice a*d quem*, il quale "può sollevare d'ufficio, con ordinanza" la questione di giurisdizione di fronte alla Cassa-

zione, solo "fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito" (comma 3).

Il codice del processo amministrativo si occupa solo della seconda preclusione, prevedendo che "quando il giudizio è tempestivamente riproposto davanti al giudice amministrativo, quest'ultimo, alla prima udienza, può sollevare anche d'ufficio il conflitto di giurisdizione" (art. 11, comma 3, c.p.a.). Tuttavia, il citato art. 59 comma 2 è ritenuto applicabile anche al processo amministrativo, in quanto si tratterebbe della disciplina generale in materia di *translatio*, operante, in presenza di lacune, come in tal caso, nel senso di integrare in via sussidiaria la disciplina speciale del c.p.a. (SU n. 27163/2018; n. 19045/2018).

Le Sezioni unite hanno subito chiarito che la mancata impugnazione della decisione declinatoria del giudice *a quo* e la riassunzione del processo davanti al giudice indicato determinano l'effetto di un "giudicato" sulla giurisdizione, con la conseguenza che nel giudizio *ad quem* le parti non possono ricorrere al regolamento preventivo di giurisdizione (SU ord. n. 14828/2010; n. 16033/2010; n. 23596/2010; n. 14660/2011).

Poco dopo, l'Adunanza plenaria, sulla scorta di questi precedenti, assevererà che questo giudicato vincola le parti, sicché esse non solo non possono esperire il regolamento preventivo, ma non possono neanche presentare, in sede di riassunzione, una "eccezione" di difetto di giurisdizione del giudice *ad quem*, il quale, all'occorrenza, sarà tenuto a dichiararne l'inammissibilità. Tutt'al più, dall'art. 11 c.p.a., che, diversamente dall'art. 59 cit., recita "anche" d'ufficio, si ricava che legge sembri "implicitamente intendere che le parti potrebbero sollecitare l'esercizio del potere" officioso di sollevare il conflitto da parte del giudice *ad quem* (Ad. pl. n. 24/2011).

La questione di giurisdizione potrà dunque risorgere soltanto qualora il giudice *ad quem* di prime cure, ed entro il termine della prima udienza, sollevi d'ufficio il conflitto, altrimenti non potrà in alcun modo essere più rimessa in discussione, secondo appunto quella *ratio* acceleratoria per la quale, come bene evidenziato dall'Adunanza plenaria (n. 4/2018) "la definitiva pronuncia sulla giurisdizione deve intervenire nel più breve tempo possibile".

Nello stesso 2011 si affrontava per la prima volta la possibilità che il conflitto potesse essere sollevato dal giudice di appello nel quadro della disciplina della *translatio*. Sull'implicito presupposto che ciò non fosse in generale ammissibile, si ritagliava pregevolmente un'eccezione: intendendo per prima udienza di fronte al giudice *ad quem* di prime cure non quella che lo fosse in senso cronologico, bensì la prima udienza "utile", si evidenziava che tale udienza "utile" non si fosse consumata, e ciò perché "il giudice di primo grado si è fermato all'esame di una questione di rito" (decadenza dell'azione) "a cui, nell'ordine logico, ha dato priorità rispetto alla questione di giurisdizione", impedendo l'esame di quest'ultima. La conseguenza era che la prima udienza "utile" e dunque la concreta possibilità di sollevare il conflitto non poteva che spostarsi nel giudizio d'appello (CdS VI n. 6041/2011).

Sul sollevato conflitto intervenne una articolata e non meno pregevole pronuncia delle Sezioni Unite.

La Corte risolveva anzitutto una questione di diritto intertemporale ritenendo non applicabile la disciplina legislativa della *translatio* al caso di specie, considerando che "il giudizio di primo grado si è svolto prima che la norma entrasse in vigore", sicché "negare che nella circostanza in esame il Consiglio di Stato avesse la facoltà di sollevare il conflitto, significherebbe applicare

la norma in modo retroattivo". Si spostava così del tutto il parametro di giudizio rispetto all'ordinanza del Consiglio di Stato che era invece incentrata sulla disciplina legislativa della *translatio*.

Il conflitto era dunque, alla luce della previgente disciplina, configurabile, ma venne tuttavia dichiarato inammissibile per un'altra ragione, e cioè per la regola, che doveva già allora ritenersi vigente, del giudicato implicito sulla giurisdizione. Tale giudicato era da intendersi formato anche nel caso di specie in ragione della pronuncia sulla decadenza e della mancata proposizione di un motivo di appello sulla giurisdizione, rimanendo così "precluso l'accesso alla richiesta di soluzione del conflitto".

Ma, ai nostri fini, ancor più rilevante è che, nell'interesse della legge, la Corte si sia pronunciata sulla disciplina vigente della *translatio*.

La Corte limpidamente e inequivocabimente ci rappresenta quale sia la "regola" in costanza di *translatio*:

"ripreso il processo davanti al giudice indicato dal diverso giudice di merito dichiaratosi privo di giurisdizione, la richiesta di conflitto è ora il solo strumento attraverso il quale il giudice indicato può esercitare il suo potere di rilievo di ufficio sulla questione di giurisdizione. Ciò nel processo di primo grado. Mentre anche di questo il giudice è privo nel processo di appello, perché se il potere di rilievo di ufficio non l'ha esercitato il giudice di primo grado sollevando il conflitto, al riguardo si sarà formata una preclusione a discutere ulteriormente della giurisdizione".

A questa regola si oppone, al contempo, un'eccezione, cogliendo lo spunto del Consiglio di Stato. La Corte discetta sui rapporti tra ordine delle udienze e ordine delle questioni nel processo civile, da reinterpretare alla luce dell'art. 59, c. 3, della legge del 2009, che parla di "prima udienza fissata per la trattazione del merito". Nella medesima luce si guarda alla disciplina del processo amministrativo, ove si parla solo di "prima udienza" (art. 11, c.3. cpa), ma da interpretare come "udienza per la discussione del ricorso" di cui all'art. 71. c. 3 c.p.a..

L'eccezione è ravvisata ogni volta "il giudizio di primo si sia concluso previo rilievo di questione attinente all'ordine del processo, pregiudiziale rispetto alla stessa questione di giurisdizione". Solo in questa evenienza si "consente di evitare" che il giudice appello, ed in particolare, anche quello amministrativo, "risulti privato del potere di rilievo d'ufficio del proprio difetto di giurisdizione" (SU n. 5873/2012; corsivo nostro).

Nel 2013 il Consiglio di Stato esperiva nuovamente un conflitto, in un caso in cui il giudice di prime cure, invece di sollevare il conflitto, aveva definito il giudizio declinando la giurisdizione con sentenza in forma semplificata, emessa, in camera di consiglio, ad esito della domanda cautelare, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., sicché, a mente di SU n. 5873/2012, non si era svolta l'udienza di merito, e gli appellanti avevano fatto espressa richiesta di sollevazione del conflitto (CdS IV n. 3462/2013).

Le Sezioni Unite dichiaravano inammissibile il conflitto, in quanto la declinatoria di prime cure si era consumata "al di là della soglia" costituita dalla prima udienza del giudizio di primo grado e, secondo la regola, "era ormai divenuto incontestabile il radicamento giurisdizionale derivante dalla pronuncia in precedenza emessa dal giudice ordinario e dalla tempestiva riassunzione della causa in conformità a tale pronuncia", né aveva rilievo che a ciò si fosse addivenuti con rito semplificato, poiché è "la stessa adunanza camerale, in cui le parti possono intervenire per svolgere le loro difese, ad

integrare gli estremi di quella prima udienza fissata per la trattazione del merito di cui all'art. 59", o che vi fosse stata una richiesta degli appellanti, in sé "irrilevante … trattandosi dell'esercizio di un potere d'ufficio i cui limiti non potrebbero certo essere ampliati da un'iniziativa di parte"; tutto ciò in conformità alla "ragione ispiratrice" della disciplina legislativa, e cioè che "si vuole evitare il più possibile ogni inutile dispendio di attività processuale" (S.U. n. 10922/2014).

A quel punto il Consiglio di Stato iniziò più decisamente ad allinearsi, invece di andare ancora alla ricerca di improbabili eccezioni alla regola.

Nel 2015 si statuiva, sulla scorta di S.U. n. 10922/2014 cit., che "il conflitto negativo non può essere sollevato, in riforma della sentenza appellata, da questo Consiglio di Stato" (CdS III n. 2040/2015), e ancora che "se quindi il giudice di prime cure, alla prima udienza, non solleva d'ufficio o su istanza di parte il conflitto, la questione si radica davanti a lui e non è più oggetto di vaglio, né in quella sede né in appello", non potendo "estendersi al giudice di appello il potere di cui al comma 3 dell'art. 11, che è espressamente configurato come esercitabile in sede di riassunzione e solo alla prima udienza", con l'aggiunta della pregevole precisazione che la differenza di disciplina tra l'art. 9 ("Il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio") e l'art. 11 c.p.a., che pone i tempi più ristretti del rispetto del termine della prima udienza, è giustificata dal fatto che nel primo caso la pronuncia "affronta il tema della giurisdizione per la prima volta", mentre nel secondo caso "interviene dopo che un giudice diverso si è già pronunciato" (CdS IV n. 2862/2015; da ult. CdS V n. 38/2024).

Nel 2019, in modo non pretestuoso, il Consiglio di Stato riproponeva un conflitto, a mente di SU n. 5873/2012 cit., sotto il profilo del regime intertemporale, poiché il giudizio di primo grado era anteriore all'entrata in vigore delle norme sulla *translatio* ed era stato presentato uno specifico motivo di appello sulla giurisdizione (ord. n. 2189/2019). Le Sezioni Unite, tuttavia, rivedendo solo *in parte qua* il precedente del 2012, ritennero che a rilevare sia il momento in cui viene sollevato il conflitto, sicché anche in questo caso si rimaneva soggetti alle norme sulla *translatio*. La conseguenza, in omaggio alla "regola", era inevitabile: il conflitto venne dichiarato inammissibile (SU n. 1611/2020).

Il prosieguo continuerà in modo coerente con i precedenti.

D recente, si è così affermato che poiché "la declinatoria di giurisdizione non è stata impugnata; ed anzi, l'odierno appellante vi ha fatto acquiescenza riassumendo il giudizio innanzi agli organi di giustizia amministrativa", le doglianze "svolte nell'appello" che "si risolvono nel riaffermare la giurisdizione del g.o. anziché del g.a., sono inammissibili" (CdS III n. 7183/2025).

Parimenti si è rigettato il motivo di appello avverso "il capo della sentenza" di prime cure "che ha dichiarato inammissibile l'istanza volta a sollecitare il potere del giudice di sollevare d'ufficio il conflitto di giurisdizione", sempre secondo il principio per il quale "una volta riassunto il giudizio innanzi al giudice indicato come munito di giurisdizione, le parti non possono più mettere in discussione la decisione del primo giudice che ha declinato la giurisdizione, né mediante regolamento preventivo di giurisdizione né mediante eccezione di difetto di giurisdizione, determinandosi un vero e proprio giudicato interno preclusivo alla successiva riproponibilità della questione" (CdS II n. 5912/2025).

Come si vede, ci troviamo di fronte ad un nucleo corposo di precedenti di cui so-

no anche chiari i principi di interpretazione dei dettami legislativi.

4. L'ordinanza del Consiglio di Stato: rilievi critici.

Questo il contenuto della motivazione che per la sua brevità vale la pena di riprodurre, così come si farà per l'ordinanza della Cassazione, al fine di poterne direttamente apprezzare l'effettiva consistenza:

"*7. Il Collegio è dell'avviso che il presente giudizio debba essere devoluto alla giurisdizione del giudice ordinario e pertanto ritiene necessario sollevare il conflitto negativo di giurisdizione in relazione alla pronuncia declinatoria resa dal Tribunale civile di Napoli, essendo stato proposto un espresso motivo di appello sul punto che, in forza dell'effetto devolutivo del gravame, ripropone nel presente grado la medesima questione tempestivamente esaminata, "alla prima udienza", dal T.a.r., secondo quanto richiesto dall'art. 11, comma 3 c.p.a. a mente del quale "Quando il giudizio è tempestivamente riproposto davanti al giudice amministrativo, quest'ultimo, alla prima udienza, può sollevare anche d'ufficio il conflitto di giurisdizione".*

Inoltre ai sensi dell'art. 362, comma 2 "Possono essere denunciati in ogni tempo con ricorso per cassazione:

1) i conflitti positivi o negativi di giurisdizione tra giudici speciali, o tra giudice amministrativo e giudice speciale, o tra questi e i giudici ordinari".

Cosa debba intendersi per "prima udienza" ai sensi dell'art. 11, comma 3, c.p.a. è stato, a più riprese, chiarito dalle Sezioni unite (cfr. tra le tante Cass. civ., sez. un., ord. 17 giugno 2021, 17329; ord. 29 ottobre 2020 n. 23904; ord. 28 ottobre 2020, n. 23749; ord. 11 aprile 2018, n. 8981).

7.1. Il limite temporale posto dall'art. 11, comma 3, c.p.a. deve intendersi rispettato nel caso di specie poiché il T.a.r. ha espressamente affrontato la questione nella prima udienza di merito fissata, pervenendo alla decisione motivata di non sollevare il conflitto e tale statuizione è oggetto di specifico motivo di appello sicché la questione riemerge nel presente grado nella sua completezza, anche in ordine al profilo temporale, che resta cristallizzato al momento in cui il tema è stato affrontato, tempestivamente, dal T.a.r. all'esito dell'udienza di trattazione del merito.

Non è dunque ostativo alla ammissibilità del rimedio quanto osservato da Cass. civ., sez. un. 24 gennaio 2020, n. 1611 in fattispecie diversa in cui il T.a.r. non si era pronunciato espressamente sulla insussistenza dei presupposti per sollevare il conflitto negativo e l'appellante si era limitato a riproporre in appello l'eccezione di difetto di giurisdizione, oltre il limite temporale posto dall'art. 11, comma 3, c.p.a., in tal modo precludendo il rimedio del conflitto, per tale ragione ritenuto inammissibile dalle Sezioni unite".

Quello che colpisce immediatamente di questa pronuncia è che non vi sia alcuna evocazione dei precedenti giurisprudenziali dello stesso Consiglio di Stato, ivi compresa l'Adunanza plenaria, e che della giurisprudenza della Cassazione, a parte i riferimenti a proposito di cosa debba intendersi per prima udienza, si menziona una sola decisione.

Il Consiglio concentra tutto il suo ragionamento sull'affermazione che, per evitare effetti preclusivi, il termine della prima udienza debba ritenersi rispettato per il fatto stesso che il Tar entro quel termine si sia comunque pronunciato, anche dunque qualora, come nel caso di specie, si sia espresso nel senso della insussistenza dei presupposti per sollevare il conflitto negativo. A

quel punto, l'impugnativa di tale statuizione avrebbe fatto riemergere in appello la questione "nella sua completezza" e di conseguenza avrebbe altresì investito il Consiglio di Stato della facoltà di sollevare il conflitto. La pronuncia della Cassazione del 2020 viene evocata soltanto per evidenziare che in quel caso l'effetto preclusivo si era prodotto perché il Tar era rimasto silente, non provvedendo alcunché entro il termine.

Sennonché, è del tutto evidente che la legge per evitare effetti conclusivamente preclusivi sulla giurisdizione dà al giudice di prime cure una "sola" possibilità (SU n. 5873/2012 cit.): sollevare il conflitto, non avendo rilevanza null'altro, né che, entro il termine, il giudice rimanga silente, né che, entro il termine, adotti una qualsivoglia altra determinazione, compresa quella espressa di non sollevarlo. Si comprende così perché la giurisprudenza, ignorata dall'ordinanza, abbia *de plano* ritenuto che di regola il giudice d'appello non possa sollevare il conflitto. Ed infatti, al di là dell'eccezione prospettata in giurisprudenza (SU n. 5873/2012 cit.) vi sono solo due eventualità, entrambe escludenti il giudice d'appello: se il giudice di prime cure non solleva il conflitto, si determina la preclusione, senza che la questione possa rispuntare in appello; se invece solleva il conflitto, la questione giunge direttamente in Cassazione: *tertium non datur*. E ciò sempre coerentemente con quella *ratio* acceleratoria già evocata: la questione di giurisdizione deve essere risolta il prima possibile: o con le preclusioni o con l'immediato accesso alle determinazioni definitive della Cassazione.

Né, riguardo al ruolo delle parti, è ben posto il rilievo attribuito al fatto che il punto sia stato oggetto di un motivo di appello con conseguente effetto devolutivo, poiché, come recita l'art. 59 cit., "nel successivo processo le parti restano vincolate" all'indicazione del giudice *a quo*, sicché, già per il fatto stesso della scelta per la *translatio*, alle parti sulla questione di giurisdizione è ormai precluso qualsivoglia strumento di contestazione o rimedio, in primo o in secondo grado, e comunque, come chiarito dalla giurisprudenza (S.U. n. 10922/2014 cit.), le richieste delle parti non possono far oltrepassare i limiti del potere officioso del giudice d'appello. Anche parlare di una "eccezione" delle parti in prime cure è improprio, potendosi tutt'al più ammettere, come prospettato dall'Adunanza plenaria, una mera sollecitazione al giudice perché sollevi o meno il conflitto.

Del tutto inconferente è poi il riferimento all'art. 362, c. 2, c.p.c., poiché tale previsione presuppone il conflitto reale, cioè la ricorrenza di due pronunce contrastanti di giudici diversi, il che non è in alcun modo ravvisabile nel caso di specie, ove il giudice *ad quem*, non sollevando il conflitto, ha confermato quanto statuito dal giudice *a quo*. Il conflitto reale non è peraltro neanche possibile all'interno dello svolgimento rituale della *translatio*, per come disciplinata, poiché il giudice *ad quem*, ove ritenesse ritenere di non avere la giurisdizione, dovrebbe sollevare il conflitto in Cassazione, mentre non potrebbe emanare una sentenza sulla giurisdizione di contenuto contrario a quella del giudice *a quo*. Non a caso questo riferimento è stato completamente ignorato dalla Cassazione.

5. L'ordinanza della Cassazione: rilievi critici.

Questo il contenuto della breve motivazione:

"*I. - Deve essere confermata l'ammissibilità del regolamento di giurisdizione nel caso concreto.*

Questa Corte ha già avuto modo di considerare che nel giudizio tempestivamente riproposto dinanzi al giudice amministrativo a seguito di declinatoria di giurisdizione del giudice ordinario il Consiglio di Stato, in sede di appello, può sollevare d'ufficio il conflitto negativo dinanzi alle Sezioni Unite, con l'unico limite dell'osservanza, a pena di inammissibilità, del requisito temporale costituito dalla prima udienza fissata per la trattazione del merito (art. 11, terzo comma, cod. proc. amm.).

Il principio – dettato in un ambito di diritto intertemporale (v. Cass. Sez. U. n. 1611-20) rispetto a fattispecie in cui il giudizio di primo grado si era svolto prima dell'entrata in vigore di tale norma, in esplicita rimeditazione di altro indirizzo antecedente (v. Cass. Sez. U n. 5873-12) di contro incentrato sulla necessità di evitare applicazioni retroattive della disciplina di diritto processuale – rileva a maggior ragione nel caso concreto, in cui nessun problema di possibile estensione retroattiva si pone, visto che il giudizio dinanzi al TAR è stato instaurato in piena vigenza dell'art. 11 cod. proc. amm.

Dalla sentenza del TAR risulta che l'eccezione di difetto di giurisdizione era stata formulata tempestivamente all'atto della costituzione in giudizio della convenuta. Dalla sentenza del Consiglio di Stato risulta che, respinta l'eccezione da parte del TAR, la stessa era stata riproposta mediante formulazione di un esplicito motivo d'appello".

Colpisce anche qui la paucità dei riferimenti e del costrutto, sino addirittura a stravolgere, le pronunce della stessa Cassazione evocate.

Si ignora sia il riferimento, del resto del tutto inconferente, all'art. 362, c. 2, c.p.c., sia la questione del presunto rilievo del pronunciamento del Tar entro il termine della prima udienza, che, pur nella sua evidente inconsistenza, rientrava quantomeno nel solco della interpretazione della disciplina normativa sulla *translatio*.

La Corte va invece per la sua strada: la motivazione diparte dalla vicenda del diritto intertemporale e cripticamente di tale vicenda capovolge *ex abrupto* gli esiti.

Il percorso dei precedenti delle Sezioni Unite pur articolato era chiarissimo.

Nella pronuncia del 2012, sotto il regime della *translatio*, la "regola", salvo eccezione, precludeva la sollevazione del conflitto da parte del giudice di appello, mentre, nel regime previgente, ancora applicabile quando il giudizio di primo grado si fosse svolto prima dell'entrata in vigore delle norme sulla *translatio*, questa preclusione non sussisteva, e il conflitto sarebbe stato ammissibile. Per quanto, nel caso di specie, il conflitto venne comunque dichiarato inammissibile, ma per ragione del tutto diversa, attinente alla regola della formazione del giudicato implicito in assenza di appello sul punto di giurisdizione.

Nella pronuncia del 2020, sempre sotto il profilo intertemporale, si affermava diversamente che, ai fini dell'applicazione del regime della *translatio*, ciò che conta è non il momento in cui si svolge il giudizio di primo grado, ma il momento in cui si solleva il conflitto. La conseguenza, dunque, era ancora più rigorosa in senso ostativo, poiché pure per i giudizi di primo grado svolti prima dell'entrata in vigore delle norme della *translatio* scattava la "regola" preclusiva, tanto che il conflitto fu dichiarato inammissibile.

La Corte elabora invece un costrutto così eccentrico da renderne persino difficile il commento critico.

Ma quale sarebbe mai questo "principio" – dettato in un ambito di diritto intertemporale dalla pronuncia del 2020 e da valere a maggior ragione per un giudizio dinanzi al TAR instaurato in piena vigenza dell'art. 11 c.p.a. – che dovrebbe condurre, come

ha condotto la Corte, ad una statuizione di ammissibilità del conflitto?

Il discorso, in ipotesi, avrebbe potuto al più valere in direzione opposta. Sembra invero ignorarsi che è proprio l'art. 11 c.p.a. ad importare la preclusione e che semmai, alla luce della pronuncia del 2020, tale preclusione era estendibile anche ai giudizi di primo grado instaurati in precedenza.

E cosa mai c'entra il valorizzare che la questione di giurisdizione fu eccepita in prime cure e poi con un esplicito motivo d'appello?

Questo è un punto irrilevante ai fini della *translatio*, poiché, come si è evidenziato più volte, le parti nulla possono contestare una volta scelta la via della *translatio*. Diversamente si tratterebbe di un punto decisivo in un percorso ordinario o in un percorso nel quale la *translatio* non era ancora vigente (o non era ritenuta vigente, come nella pronuncia del 2012), sotto il profilo delle preclusioni derivanti dal giudicato espresso o anche implicito che si forma sulla giurisdizione quando non vi è sul punto uno specifico motivo di appello. È come se la Corte abbia confusivamente sovrapposto questi due piani ed il loro regime giuridico, che invece nella pronuncia del 2012, ad una attenta lettura, rimanevano correttamente separati.

6. Breve conclusione.

Si potrà, in ipotesi, anche condividere che occorra rivedere i meccanismi di semplificazione attivati in questi anni e recuperare in parte o in tutto il ruolo delle giurisdizioni superiori sulle questioni di giurisdizione, ma non ci pare che sia quello mostrato dalle pronunce *de quibus* il modo per farlo, specialmente poi in ragione del grado superiore degli organi che le hanno adottate.

Altrimenti rimarrebbe soltanto il dubbio che possa essere stata una forzatura, come a volte accade, per determinare sottotono e oscuramente un mutamento giurisprudenziale.

Marco Mazzamuto

3. Criteri di riparto di giurisdizione in materia di edilizia residenziale pubblica

Le Sezioni Unite tornano sul riparto di giurisdizione in materia di edilizia residenziale pubblica (nota a margine della Cass. civ., Sez. Un., 26 dicembre 2024, n. 34502)

Sommario: 1. Introduzione. – **2.** L'inquadramento della vicenda. – **2.1.** La ricostruzione del Tribunale di Locri n. 703/2019. – **2.2.** Le motivazioni del T.A.R. Reggio Calabria, ord. n. 284/2024. – **3.** Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo secondo le Sezioni Unite della Corte di cassazione. – **4.** Rilievi conclusivi.

1. Introduzione.

Con la sentenza in commento, le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi sulla giurisdizione nell'ipotesi di controversia sulla legittimità dei provvedimenti di rilascio e di sgombero dell'alloggio occupato *sine titulo*, in materia di edilizia residenziale pubblica[1] (d'ora in avanti anche solo e.r.p.).

[1] Con l'espressione "edilizia residenziale pubblica" ci si riferisce a quell'attività, svolta con il contributo totale o parziale dello Stato o di enti pubblici, diretta all'acquisizione, alla costruzione o al recupero di fabbricati da adibire ad abitazione per coloro che non sono in condizione di reperire un alloggio ai prezzi di mercato, sul presupposto che l'abitazione è un bene essenziale per appagare le necessità primarie individuali e familiari di ogni persona e per avere complessivamente una vita dignitosa. In tal ultimo senso si è, infatti, espressa già da tempo la giurisprudenza costituzionale, secondo cui fra i «compiti cui uno Stato non può abdicare in nessun caso» vi è quello di «concorrere a garantire al maggior numero di cittadini possibile un fondamentale diritto sociale, quale quello all'abitazione», dimodoché «la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana» (Corte Cost. n. 217/1988).
Più nel dettaglio, va rilevato che esistono tipologie differenti di edilizia residenziale pubblica, bisogna infatti distinguere tra edilizia agevolata, convenzionata, sovvenzionata e, da ultimo, ancora diversa è la fattispecie dell'edilizia sociale, ove l'intervento pubblico si concretizza nella realizzazione di infrastrutture che consentono l'attuazione di programmi edilizi. Per un maggiore approfondimento sulla nascita e l'evoluzione del settore, v. M. Nigro, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 118 ss.; V. Domenichelli, *Dall'edilizia popolare ed economica all'edilizia residenziale pubblica. Profili giuridici dell'intervento pubblico*, Padova,1984; A.R. Minelli, *Politiche della casa. Ottiche adottate, aspetti inevasi e spunti prospettici*, in *Riv. delle politiche sociali*, n. 3/2006; S. Civitarese Matteucci, *L'evoluzione della politica della casa in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2010; P. Urbani, *L'edilizia residenziale pubblica tra Stato e autonomie locali*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3-4/2010, 249 ss.; G.M. Antonelli, *L'edilizia residenziale pubblica. Schemi e soluzioni operative*, Napoli, 2020; C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021, 125 ss.

Va rilevato, sin da subito, che – a fronte di un oramai consolidato criterio generale di riparto fra giurisdizioni[2] – in materia di e.r.p. appare tutt'oggi complicata l'individuazione della giurisdizione[3], considerando la natura complessa del rapporto fra gli assegnatari degli alloggi e l'amministrazione titolare del bene[4], che si articola in due distinte fasi: l'una tipicamente pubblicistica, volta all'individuazione mediante pubblico concorso del soggetto legittimato, che si conclude con il provvedimento di assegnazione dell'alloggio; l'altra di tipo privatistico, che ha origine a seguito della stipulazione del contratto di locazione con l'assegnatario e attiene alla gestione del rapporto instaurato fra quest'ultimo e l'amministrazione[5].

La Corte di cassazione, in più occasioni[6], così come anche nella pronuncia in commento, ha affermato che «nella materia degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo ed ordinario trova il suo criterio distintivo nell'essere la controversia relativa alla fase antecedente o successiva al provvedimento di assegnazione dell'alloggio, che segna il momento a partire dal quale l'operare della pubblica amministrazione non è più riconducibile all'esercizio di pubblici poteri, ma ricade invece nell'ambito di un rapporto paritetico»[7].

---

[2] La bibliografia in tema di giurisdizione del giudice amministrativo e, in particolare, di riparto di giurisdizione con il giudice ordinario è vastissima. Pertanto, ci si limita a rinviare a M.S. Giannini e A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970; F.G. Scoca, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1989; A. Lamorgese, *La giurisdizione contesa. Cittadini e pubblica amministrazione,* Torino, 2004; Fra le ricostruzioni più recenti, cfr.: M.C. Cavallaro, *Determinazione amministrativa e riparto di giurisdizione*, in P.*A. Persona e amministrazione*, n. 1/2018; M.A Sandulli (a cura di), *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, 2024, 47 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2024.

[3] In realtà, è la stessa materia dell'edilizia residenziale pubblica a non essere di agevole collocazione sotto il profilo della giurisdizione. Questa, infatti, può essere ricompresa quantomeno nella materia edilizia, dal punto di vista dell'attività necessaria alla realizzazione e al recupero delle abitazioni da assegnare, nonché nell'ambito della nozione di pubblico servizio, quanto alla finalità di interesse generale perseguita con l'assegnazione e gestione degli alloggi; attività da svolgersi in attuazione degli artt. 3, co. 2, e 42, co. 2, Cost.

[4] A ben vedere, originariamente, il D.P.R. 30 dicembre 1972, n. 1035 – rubricato "Norme per l'assegnazione e la revoca nonché per la determinazione e la revisione dei canoni di locazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica" – quale dettato legislativo di riferimento in materia, prevedeva che all'assegnazione degli alloggi di e.r.p. dovesse procedere l'istituto autonomo delle case popolari. È, invece, dall'adozione del D.P.R., 24 luglio 1977, n. 616, e dalla successiva entrata in vigore della legge 5 agosto 1978, n. 457, che le funzioni amministrative concernenti l'assegnazione sono state attribuite ai comuni

[5] Quanto al procedimento di assegnazione e alla determinazione dei canoni, nel caso di specie, la disciplina di riferimento è dettata dal Capo II, Titolo II, della vigente l.r. Calabria 25 novembre 1996, n. 32

[6] In argomento, a ben vedere, la Corte di cassazione non ha più mutato il proprio orientamento formatosi a seguito della nota sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, che ha dichiarato la parziale incostituzionalità dell'art. 33 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, lettera a), della legge 21 luglio 2000, n. 205. Tale norma devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo interi blocchi di materie, tra i quali i rapporti di concessione aventi ad oggetto servizi pubblici, nel cui ambito veniva ricompresa l'edilizia residenziale pubblica, quale forma di manifestazione di un servizio pubblico sociale.
Per un inquadramento, invece, delle tesi in contrapposizione fra loro, in dottrina e giurisprudenza, in fase antecedente alla citata pronuncia della Corte costituzionale, si rinvia a R. Garofoli, in *I servizi pubblici*, in *Trattato di Giustizia Amministrativa*, a cura di F. Caringella - R. Garofoli, Parte II, cap. 1, 471 ss.; Falcone - Mele (a cura di), in *Urbanistica e appalti nella giurisprudenza*, voce *Edilizia residenziale pubblica*, Torino, 2000, I, 940 ss.; G. Poli, *La giurisdizione in materia di alloggi pubblici non può che essere esclusiva e del G.A.: la natura concessoria del rapporto di assegnazione (di un bene pubblico) e l'indole pubblicistica del relativo atto di decadenza*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2015, 1065 ss.; F. Midiri, *Le ultime indicazioni della Corte di cassazione sui rapporti individuali di utenza prima della sentenza n. 204 come categorie ricostruttive per delineare il nuovo assetto della giurisdizione esclusiva in materia di servizio pubblico*, in *Foro amm. CDS*, n. 11/2004, 3110 ss.

[7] Cass. civ., Sez. Un., 26 dicembre 2024, n. 34502. Nel medesimo senso, *ex multis*, cfr.: Cass., Sez. un., 8 marzo 2012, n. 3623; Cass.,

Tuttavia, la difficoltà nell'individuare con esattezza la fase, pubblicistica o privatistica, alla quale si riferisce la questione controversa continua a porre problemi di certezza in merito alla giurisdizione.

Infatti, nella stessa vicenda esaminata dalle Sezioni Unite, il Tribunale di Locri, inizialmente adito, ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione, ritenendo che la questione dedotta in giudizio riguardasse la fase antecedente al provvedimento di assegnazione dell'alloggio, quindi, quella tipicamente pubblicistica in cui la posizione del richiedente assume natura di interesse legittimo.

Senonché, riassunta la questione dinanzi al T.A.R. Reggio Calabria, quest'ultimo ha a sua volta declinato la sua giurisdizione, ritenendo invece che la posizione soggettiva tutelata dal ricorrente fosse di diritto soggettivo e pertanto spettasse al giudice ordinario[8]. Nella fattispecie, infatti, i provvedimenti contestati dal ricorrente riguardavano la diffida al rilascio dell'alloggio occupato e un'ordinanza esecutiva di sgombero che, secondo il giudice amministrativo, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario.

Le Sezioni Unite, adite a seguito dell'ordinanza del T.A.R. Reggio Calabria, nella sentenza in commento, si sono pronunciate a favore della giurisdizione del giudice ordinario con una motivazione che, pur condivisibile in punto di giurisdizione, non pare dipanare del tutto le incertezze, già evocate, esistenti in materia.

2. L'inquadramento della vicenda.

Prima di analizzare la pronuncia in commento è opportuno procedere ad una breve ricostruzione della vicenda ad essa sottostante.

Quest'ultima trae origine dal ricorso proposto dinanzi al Tribunale di Locri dagli occupanti di un alloggio popolare avverso: *a)* il provvedimento con il quale l'ATERP della Provincia di Reggio Calabria, proprietaria dell'immobile, li diffidava al rilascio dello stesso, in quanto da loro occupato illegittimamente; *b)* l'ordinanza del Sindaco del Comune di Locri che intimava ai ricorrenti l'immediato sgombero dell'immobile.

In particolare, gli occupanti contestavano l'ordine di immediato rilascio dell'alloggio, evidenziando la sussistenza di tutti i presupposti per la regolarizzazione del rapporto ai sensi dell'art. 1, co. 1, l. r. 30 marzo 1995, n.

Sez. un., 20 aprile 2018, n. 9918; Cass., Sez. un., 26 febbraio 2020, n. 5252; Cass., Sez. un., 26 febbraio 2020, n. 5253. Tuttavia, per completezza, va evidenziato che, nonostante l'orientamento dei giudici della giurisdizione si sia consolidato sul generale criterio distintivo tra frase antecedente o successiva al provvedimento di assegnazione, vi è parte della giurisprudenza amministrativa che resta di diverso avviso. Secondo questo indirizzo, infatti, vanno tenute distinte le controversie sorte in seguito all'impugnazione dei provvedimenti di revoca e decadenza dall'assegnazione degli alloggi di e.r.p., atteso che tali ipotesi rientrerebbero nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, co.1, lett. b), che riguarda le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici. In tal senso, cfr.: Cons. St., sez. V, 17 maggio 2018, n. 2954; Cons. St., 16 aprile 2014, n. 1892; Cons. St. 21 agosto 2014, n. 4270; T.A.R. Abruzzo, sez. I, 14 luglio 2020, n. 223.

[8] Lungi dal voler approfondire in questa sede la distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi, in argomento e, in particolare, in ordine ai profili di maggiore rilevanza per il riparto di giurisdizioni, ci si limita a rinviare a G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria, Torino,* Torino, 2017; A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. Dir.*, vol. II, Milano, 1998; M. Nigro, *Rileggendo Giovanni Miele*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 17/1988, 279 ss.; E. Casetta; *Diritto soggettivo ed interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 610 ss.; B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, 361 ss.; A.M. Sandulli, *Collegamenti e conseguenzialità tra diritti e interessi e relativa rilevanza ai fini delle competenze giurisdizionali*, in *Scritti giuridici*, vol. V, Napoli, 1990, 251 ss.

8, nonché la legittimità dell'ordinanza sindacale di sgombero sotto più profili.

In buona sostanza, i ricorrenti adivano l'autorità giudiziaria affinché venisse accertato il loro diritto soggettivo al godimento dell'alloggio popolare, in quanto subentranti nel rapporto locativo alla legittima assegnataria.

Questi, infatti, avevano occupato l'alloggio, dopo che gli era stato ceduto gratuitamente dalla assegnataria, provvedendo oltretutto anche al pagamento delle utenze e della tassa sui rifiuti. Inoltre, sostenevano di aver anche presentato una richiesta di regolarizzazione del rapporto di locazione all'ATERP della Provincia di Reggio Calabria che, dopo una iniziale richiesta di integrazione documentale, li aveva diffidati al rilascio dell'immobile occupato, così inducendoli ad agire per l'accertamento del proprio diritto soggettivo al mantenimento della situazione di vantaggio acquisita.

2.1. La ricostruzione del Tribunale di Locri n. 703/2019.

Il Tribunale di Locri, ritenendo prevalente il profilo relativo alla pendenza di una domanda di regolarizzazione della occupazione senza titolo dell'alloggio di e.r.p, ha inquadrato la controversia nell'ambito della fase tipicamente pubblicista del rapporto, spettante, come si è visto, alla giurisdizione del giudice amministrativo.

In particolare, muovendosi nel solco del *petitum* formale, individuato in base all'oggetto del dispositivo che i ricorrenti invocavano, il Tribunale ha ricondotto erroneamente il caso di specie in una controversia afferente ad un'istanza di assegnazione in sanatoria dell'alloggio, sebbene mediante regolarizzazione e ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo.

2.2. Le motivazioni del T.A.R. Reggio Calabria, ord. n. 284/2024.

Dal canto suo, il T.A.R. Reggio Calabria, dinanzi al quale è stata riassunta la controversia, ritenendo che la stessa andasse inquadrata nell'ambito di un rapporto di tipo paritetico e che, pertanto, spettasse al giudice ordinario, ha sollevato conflitto negativo di giurisdizione ai sensi dell'art. 11, co. 3, c.p.a.

Ad avviso del Collegio, infatti, la situazione giuridica soggettiva fatta valere dai ricorrenti era di diritto soggettivo «essendo contestato il diritto di agire esecutivamente» dell'amministrazione «e configurandosi l'ordine di rilascio come un atto imposto dalla legge e non come esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione»[9].

Inoltre, ad ulteriore sostegno delle sue conclusioni, ritenendo che i ricorrenti avessero opposto alla pretesa di rilascio dell'amministrazione un diritto a subentrare nel rapporto – già costituito con l'originaria assegnataria dell'alloggio – il Collegio evoca un'altra pronuncia delle Sezioni Unite[10], secondo cui l'accertamento dei requisiti richiesti per l'esercizio del diritto al subentro negli alloggi di e.r.p. spetterebbe al giudice ordinario.

Tuttavia, quanto a quest'ultimo profilo, la pronuncia del T.A.R. non appare pienamente condivisibile, in quanto la fattispecie oggetto della sentenza delle Sezioni Unite richiamata riguardava effettivamente un'op-

[9] Nel medesimo senso, v. Cass., sez. un., 7 luglio 2011, n. 14956, ove i giudici affermano che, qualora ad essere contestato dai ricorrenti sia il mero diritto di agire esecutivamente dell'amministrazione, la controversia spetta al giudice ordinario anche nel caso in cui «sia dedotta l'illegittimità dei provvedimenti amministrativi (diffida a rilasciare l'alloggio e successivo ordine di sgombero), dei quali è eventualmente possibile la disapplicazione da parte del giudice (…)».

[10] Cass., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 621.

posizione al provvedimento di rilascio della P.A., fondata sull'asserita esistenza di un diritto al subentro nell'alloggio di e.r.p.; mentre – nel caso di specie – la situazione soggettiva opposta dai ricorrenti riguardava il presunto diritto alla regolarizzazione in sanatoria del rapporto di cui all'art. 1, co. 1, della l.r. 30 marzo 1995, n. 8[11].

La differenza fra i due istituti, quello di assegnazione mediante regolarizzazione del rapporto e quello del diritto al subentro, non è irrilevante.

Infatti, il diritto a subentrare nell'assegnazione è previsto e disciplinato, nella fattispecie, dall'art. 32 l.r. 25 novembre 1996, n. 32[12], ed è riconosciuto, in caso di morte dell'assegnatario o dell'aspirante assegnatario, soltanto ad alcune categorie di soggetti – fra i quali, peraltro, non rientrano i ricorrenti – a seguito di voltura del contratto di locazione e dell'esito positivo della verifica, da parte dell'ente gestore, dell'assenza di condizioni ostative alla permanenza nell'alloggio degli aspiranti subentranti nel rapporto locativo.

Si tratta, invero, di componenti del nucleo familiare dell'assegnatario o di persone che, pur essendo prive di vincoli di parentela o affinità con quest'ultimo, vi abbiano convissuto stabilmente e per le quali, comunque, ai fini del riconoscimento del diritto al subentro, deve essere stato riconosciuto il c.d. ampliamento stabile del nucleo familiare[13].

Diverse, invece, sembrerebbero essere le finalità, i presupposti e la procedura previste per la regolarizzazione dell'assegnazione di cui all'art. 1, co. 1, della l.r. 30 marzo 1995, n. 8, richiamato espressamente dai ricorrenti per paralizzare la pretesa di rilascio dell'alloggio dell'amministrazione.

[11] In particolare, la legge regionale Calabria, rubricata «Norme per la regolarizzazione delle occupazioni senza titolo degli alloggi di edilizia residenziale pubblica», più volte modificata e integrata, da ultimo con la l.r. 24 febbraio 2023, n. 8, nella sua norma di apertura, al comma 1, statuisce che «Per tutti gli alloggi di Edilizia Residenziale Pubblica, così come definiti dall'articolo unico, 1° comma della legge 24 dicembre 1993, n. 560, che alla data del 30 giugno 2013 risultino occupati senza titolo nonché quelli oggetto di provvedimenti di sistemazione in forma provvisoria e/o precaria (con concessione documentata o desumibile da atti o provvedimenti assunti dall'Amministrazione Comunale), che siano scaduti senza dar luogo a procedure di rilascio, gli Enti gestori procedono con provvedimento emesso secondo i propri ordinamenti, alla regolarizzazione dei rapporti locativi, previo accertamento effettuato dagli Enti medesimi del possesso da parte degli occupanti dei requisiti previsti dalla vigente normativa per l'assegnazione degli alloggi di Edilizia Residenziale Pubblica».

[12] Si riporta parte del testo della norma per una sua più agevole consultazione: «1. In caso di decesso dell'aspirante assegnatario o dell'assegnatario, subentrano rispettivamente nella domanda e nell'assegnazione i componenti del nucleo familiare come definito al precedente articolo 7 e secondo l'ordine indicato nello stesso articolo. 2. In caso di separazione, di scioglimento del matrimonio, di cessazione degli effetti civili del medesimo, l'Ente gestore provvede all'eventuale voltura del contratto di locazione uniformandosi alla decisione del giudice. 3. Al momento della voltura del contratto, l'Ente gestore verifica che non sussistano per il subentrante e gli altri componenti del nucleo familiare condizioni ostative alla permanenza nell'alloggio. (…)».

[13] Al riguardo, la disciplina di riferimento è dettata dagli artt. 7 e 32 della l.r. 25 novembre 1996, n. 32. In particolare, il primo definisce che cosa si intende, ai fini di tale legge, per nucleo familiare, ricomprendendovi anzitutto: «(…) la famiglia costituita dai coniugi e dai figli legittimi, legittimati, naturali, riconosciuti, adottivi e dagli affiliati, purché tutti conviventi con il richiedente, ovvero costituita da una persona sola.»; e, in secondo luogo, «purché (…) convivano stabilmente con il richiedente da almeno due anni alla data di pubblicazione del bando di concorso e certifichino tale situazione nelle forme di legge, il convivente more uxorio, gli ascendenti, i discendenti, i collaterali fino al 3° grado». Inoltre, la norma, al comma 3, stabilisce che «L'organo preposto alla formazione della graduatoria ovvero gli enti competenti per l'assegnazione o la gestione degli alloggi possono considerare componenti del nucleo familiare anche persone non legate da vincoli di parentela o affinità, qualora la convivenza istituita abbia carattere di stabilità, sia finalizzata alla reciproca assistenza morale e materiale, sia stata instaurata da almeno due anni alla data di pubblicazione del bando di concorso ovvero a quella di variazione anagrafica nel caso di ampliamento del nucleo familiare e sia dichiarata in forma pubblica con atto di notorietà e certificato anagrafico sia da parte del richiedente sia da parte dei conviventi.». L'art. 32, dopo aver richiamato l'art. 7, chiarisce che «L'ampliamento stabile del nucleo familiare costituisce per il nuovo componente autorizzato il diritto al subentro con relativa applicazione della normativa di gestione.» (co. 3).

Questa, infatti, è una misura straordinaria – come desumibile anche dalla circostanza che la sua operatività è espressamente limitata a tutti coloro che presentino l'istanza entro una specifica data – che consente di regolarizzare l'occupazione abusiva all'esito di una valutazione amministrativa in ordine al possesso di tutti i requisiti richiesti per l'assegnazione e che può trovare applicazione anche nelle ipotesi, come quella in esame, in cui gli alloggi sono stati assegnati a terzi e poi ceduti da questi agli occupati senta titolo[14].

Alla luce di tali considerazioni, si ritiene che, nel caso di specie, avendo i ricorrenti richiamato la normativa per la regolarizzazione delle occupazioni *sine titulo*, il Collegio sia incorso in errore qualificando la posizione soggettiva vantata dai ricorrenti come diritto al subentro, laddove, invece, come si è detto, i ricorrenti avevano contestato i provvedimenti impugnati sul presupposto della pendenza di una domanda di regolarizzazione del rapporto in sanatoria.

Di conseguenza, pur condividendosi la pronuncia sotto il profilo della giurisdizione, ci si discosta dalle conclusioni del T.A.R. con riferimento all'assimilazione apparentemente svolta dallo stesso fra le ipotesi di diritto al subentro in senso stretto e quelle di assegnazione dell'alloggio mediante regolarizzazione del rapporto di fatto, sorto a seguito dell'illegittima occupazione del bene.

Infatti, diversamente da quanto sostenuto dal Collegio, si ritiene che, in assenza di un provvedimento di rilascio, quale quello impugnato nel caso di specie, ove oggetto della controversia fosse stata l'accertamento dei requisiti per assegnazione dell'alloggio mediante regolarizzazione, la giurisdizione avrebbe dovuto essere del giudice amministrativo.

[14] Art. 2 l.r. 30 marzo 1995, n. 8.

3. Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo secondo le Sezioni Unite della Corte di cassazione.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, al fine di dipanare i dubbi sorti, richiamano il generale criterio di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, fondato non sul parametro del *petitum* formale individuato in base all'oggetto del dispositivo che si invoca, bensì su quello del *petitum* sostanziale, da individuarsi con riguardo alla *causa petendi* e al rapporto dedotto in giudizio[15].

Alla luce di tale premessa, le Sezioni Unite asseriscono che nella vicenda in esame «è evidente che la situazione giuridica dei ricorrenti (…) è di diritto soggettivo, perché la pretesa di conservare la disponibilità dell'immobile si oppone ad un provvedimento dell'amministrazione comunale, di rilascio dell'immobile ad uso abitativo occupato senza titolo, che non è esito della valutazione dell'interesse pubblico nell'esercizio del potere discrezionale, ma è atto imposto dalla legge come forma esecutiva per il recupero dell'immobile alla mano pubblica».

In particolare, in continuità con il suo precedente indirizzo, la Corte sottolinea che: *a)* in termini generali, il criterio di ri-

[15] In tal senso, *ex multis*, cfr.: Cass., sez. un, ord. 16 maggio 2008 n. 12378; Cass., sez. un., ord. 25 giugno 2010, n. 15323. In dottrina, v. nota n. 2 del presente contributo, nonché – con particolare riguardo all'affermazione del criterio della *causa petendi* da individuarsi sul piano sostanziale – F. Caringella, in *Il riparto in base al criterio della causa petendi*, in *Trattato di Giustizia Amministrativa*, a cura di F. Caringella - R. Garofoli, Parte I, Cap. 2, 58 ss.

parto di giurisdizione in materia di edilizia residenziale pubblica è dato dall'essere la controversia relativa alla fase antecedente o successiva al provvedimento di assegnazione dell'alloggio, atteso che a seguito di tale atto il rapporto instaurato fra le parti è di tipo paritetico; *b)* in ogni caso, ove si riscontrino difficoltà nel comprendere la natura del rapporto instaurato, il criterio guida è quello tradizionale del *petitum* sostanziale, che va identificato soprattutto sulla base dei soli fatti dedotti a fondamento della pretesa fatta valere con l'atto introduttivo della lite.

Pertanto, in tale ottica, ad assumere rilevanza in punto di giurisdizione è la natura sostanziale della situazione giuridica fatta valere che, tornando al caso di specie, non cambia in ragione del motivo che gli occupanti possono avere addotto per opporsi al rilascio dell'alloggio. Si è, infatti, dinanzi ad un'azione esecutiva avverso la quale i ricorrenti avrebbero potuto dedurre efficacemente il solo diritto a permanere nell'immobile in virtù di pregresso titolo legittimante.

In definitiva, secondo la Corte di cassazione, qualora la controversia verta sulla legittimità dei provvedimenti di rilascio e di sgombero dell'alloggio occupato *sine titulo,* va affermata la giurisdizione del giudice ordinario, atteso che la situazione giuridica azionata è il diritto soggettivo di resistere all'attività esecutiva che si ritiene, per qualsiasi motivo, illegittimamente posta in essere dall'amministrazione; un diritto, dunque, non diverso da quello da cui è connotata la situazione di chiunque proponga opposizione ad un titolo esecutivo.

4. Rilievi conclusivi.

Sono possibili alcune brevi osservazioni in chiave conclusiva.

Si è già anticipato, invero, delle perplessità sorte dalla lettura dell'ordinanza del T.A.R. adito nella parte in cui, sembrerebbe valorizzare, ai fini del riparto di giurisdizione, anche l'asserita esistenza da parte dei ricorrenti di un diritto al subentro in senso stretto nell'alloggio.

Orbene, al riguardo, ulteriori riflessioni possono svolgersi in relazione alla posizione assunta dalla Corte di cassazione che – contrariamente a quanto sostenuto dal T.A.R. – ritiene condivisibilmente che i ricorrenti abbiano opposto al provvedimento di rilascio dell'alloggio la titolarità delle condizioni per ottenere l'assegnazione in sanatoria dello stesso.

Dalle affermazioni della Corte, però, sembrerebbe potersi desumere anche che, per essa, non vi è un'effettiva differenza, in punto di giurisdizione, fra la situazione giuridica azionata da chi aspira all'assegnazione mediante regolarizzazione del rapporto e chi, invece, assume di essere titolare di un diritto al subentro in senso stretto.

In particolare, secondo la Corte «l'istanza di regolarizzazione del rapporto locativo non radica diversamente la giurisdizione nella controversia, giacché, ancora una volta, si è al di fuori dell'ambito della discrezionalità dell'amministrazione». Ciò in quanto «la dedotta regolarizzazione discenderebbe direttamente dalla previsione legislativa di fonte regionale in presenza di precise condizioni».

È pur vero che tale differenza, nel caso di specie, è irrilevante ai fini del riparto di giurisdizione poiché, come si è visto, si è in presenza di un giudizio di opposizione ad atti esecutivi, ove ad assumere rilevanza, in un'ottica difensiva, è il solo eventuale possesso di un titolo che legittimi l'occupazione e quindi di un diritto soggettivo al godimento del bene, oggetto di cognizione del giudice ordinario.

Ciononostante, volendo ampliare la riflessione al di fuori della fattispecie concreta, non pare pienamente convincente la tesi sostenuta dalla Corte di cassazione, quanto all'assimilazione fra i due istituti sotto il profilo della giurisdizione.

In particolare, ad avviso di chi scrive, le controversie relative all'assegnazione degli alloggi mediante regolarizzazione andrebbero devolute al giudice amministrativo. Ciò sarebbe desumibile sia dall'oramai consolidato criterio di riparto di giurisdizione retto dalla distinzione fra fase pubblicistica e fase privatistica del rapporto, sia da una lettura sistematica, in funzione applicativa della disciplina dell'istituto, coerente anche con i principi a cui è informata la materia dell'e.r.p.

A ben vedere, l'assegnazione mediante regolarizzazione presuppone l'instaurazione di un nuovo rapporto con l'amministrazione e andrebbe inquadrata nella fase antecedente all'adozione del provvedimento di assegnazione. L'assenza, in tali casi, di un tradizionale procedimento amministrativo volto alla formazione di una graduatoria tra più aspiranti all'assegnazione, non dovrebbe escludere automaticamente in capo al privato una posizione di interesse legittimo pretensivo all'ottenimento dell'alloggio.

Dalla lettura della norma[16] che regola l'attribuzione del bene mediante regolarizzazione del rapporto, infatti, sembrerebbe potersi desumere una sorta di parallelismo fra assegnazione in sanatoria e assegnazione ordinaria, che trova giustificazione – ad avviso di chi scrive – nel fatto che la materia dell'e.r.p. è informata al principio concorsuale che prevede, in via assolutamente prioritaria, l'esperimento di una procedura comparativa. Orbene, eventuali deroghe a siffatta procedura sono ammesse ma in casi eccezionali, che impongono comunque all'amministrazione una valutazione e ponderazione degli interessi coinvolti.

Si tratta, infatti, di conferire un'utilità a soggetti, detentori illegittimi del bene, in pregiudizio ad altri che, invece, hanno partecipato alla formazione della graduatoria e che magari sono anche più svantaggiati degli occupanti *sine titulo* dell'alloggio.

Peralto, la maggiore coerenza sistematica di tale ricostruzione troverebbe conferma anche nell'orientamento giurisprudenziale[17], che rimette al giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto la legittimità di un'eventuale reiezione dell'istanza di assegnazione di un alloggio, a titolo di regolarizzazione, da parte degli occupanti. Secondo tale indirizzo, infatti, si tratta di questioni attinenti alla fase iniziale del procedimento riconducibile all'esercizio di poteri pubblici.

Diversamente, la discussione sorta in ordine alla legittimità di un diniego di un'istanza di subentro viene ricondotta alla giurisdizione del giudice ordinario. In tale ipotesi, infatti, la domanda dell'occupante non inciderebbe sul procedimento pubblicistico di assegnazione, perché il privato richiederebbe solo di subentrare in un rapporto già costituito, in base alla disciplina di settore, per cui non vi sarebbe alcuna discrezionalità valutativa della pubblica amministrazione[18].

[16] Art. 1, co. 1, l. r. 30 marzo 1995, n. 8.

[17] Al riguardo, cfr. Cass., sez. un., ord. 22 aprile 2013, n. 9694; Cass., sez. un., 21 marzo 2013, n. 7045.

[18] Da ultimo, cfr.: Cass., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 621; T.A.R. Sicilia, sez. II, 28 ottobre 2024, n. 2951, ove si afferma che per il «costante orientamento della Giurisprudenza Amministrativa (…) la competenza è del Giudice Ordinario, qualora si "*contesti il potere dell'ente assegnante di pronunciare l'estinzione del già sorto diritto soggettivo dell'assegnatario al godimento*

Pertanto, a questo punto della riflessione, tornando al caso di specie, nasce spontaneo il dubbio se non sarebbe stato più opportuno, in una prospettiva di maggiore chiarezza, affermare la giurisdizione del giudice ordinario per il solo fatto che ad essere contestato era il diritto di agire esecutivamente dell'amministrazione, senza soffermarsi più di tanto sui motivi sottesi all'opposizione dei ricorrenti, di fatto privi di alcun titolo legittimante la loro occupazione.

Infatti, l'espressa natura di titolo esecutivo del provvedimento di rilascio di un immobile occupato *sine titulo*[19], quale atto non discrezionale ma dovuto a tutela del patrimonio comunale, sarebbe stato, a parere di chi scrive, di per sé un elemento sufficiente ai fini del riparto di giurisdizione.

Invece, l'esserci pronunciati anche sulla questione delle condizioni soggettive vantate dai ricorrenti, rischia di ingenerare ulteriori incertezze su profili che avrebbero potuto trovare adeguate risposte nei tradizionali principi in materia di riparto di giurisdizione.

Carolina Cappabianca

---

dell'alloggio popolare, ovvero questioni afferenti alle vicende del rapporto (quali subentro, la risoluzione, la decadenza, il rilascio dell'alloggio); anche in considerazione del fatto che i relativi atti adottati, variamente definiti di revoca, decadenza o risoluzione, non costituiscono espressione di una ponderazione tra l'interesse pubblico e quello privato" (…)».

[19] Sul punto, l'art. 52, co, 3, l.r. 25 novembre 1996, n. 32, è chiaro. Si riporta parte del testo della norma per facilità di consultazione: «1. L'Ente gestore competente per territorio dispone, con proprio atto, il rilascio degli alloggi occupati senza titolo. 2. A tal fine diffida preventivamente con lettera raccomandata l'occupante senza titolo a rilasciare l'alloggio entro quindici giorni e gli assegna lo stesso termine per la presentazione di deduzioni scritte e documentate. 3. L'atto dell'Ente gestore, che deve contenere il termine per il rilascio non eccedente i trenta giorni, costituisce titolo esecutivo nei confronti dei soggetti di cui al precedente comma e non è soggetto a graduazioni o proroghe. (…)».

IX.
Interdittiva antimafia

1. Approdi e prospettive del rapporto tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario volontario (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 marzo 2024, n. 2515)

Sommario: 1. La vicenda contenziosa. – **2.** Brevi cenni sul quadro normativo in materia di prevenzione antimafia. – **3.** Il controverso rapporto tra controllo giudiziario volontario ed interdittiva antimafia, a partire dall'incerta perimetrazione dei presupposti applicativi previsti dalla legge. – **4.** Il problematico coordinamento tra gli istituti in esame nelle successive fasi esecutive. – **5.** Conclusioni: problematiche ancora aperte nel coordinamento tra le misure di prevenzione antimafia. La recente rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 34-*bis*, comma 7, del d.lgs. n. 159/2011 (TAR Reggio Calabria, Ordinanza n. 646/2024).

1. La vicenda contenziosa.

La pronuncia in commento prende le mosse da una vicenda piuttosto complessa, protrattasi per quattro anni e caratterizzata da ben quattro pronunce dei giudici amministrativi di primo e di secondo grado.

In origine, una società cooperativa agricola proponeva ricorso dinanzi al TAR del Lazio avverso il provvedimento di interdittiva antimafia adottato dalla Prefettura, impugnando con successivi motivi aggiunti taluni ulteriori provvedimenti adottati da altri Enti (A.N.A.C., G.S.E., A.G.E.A., Regione Lazio) in esecuzione della medesima interdittiva.

Il giudizio di primo grado si concludeva con l'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti.

Il Ministero appellava la sentenza, chiedendone contestualmente la sospensione cautelare degli effetti.

Il Consiglio di Stato accoglieva l'istanza cautelare.

Nelle more del giudizio d'appello la società cooperativa otteneva l'ammissione al controllo giudiziario volontario *ex* art. 34-*bis*, comma 6, del d.lgs. n. 159/2011 per una durata di due anni, da cui derivava la sospensione degli effetti dell'interdittiva ai sensi del comma 7 del medesimo art. 34-*bis*.

Tuttavia, in virtù della sospensiva cautelare della sentenza di primo grado, A.G.E.A. riteneva di dover portare ad esecuzione l'informazione interdittiva (ancora *sub iudice*), negando le erogazioni previste dai programmi operativi di sussidio rurale e preannunciando le azioni recuperatorie delle somme già erogate.

All'esito del giudizio di secondo grado, il Consiglio di Stato accoglieva l'appello, confermando di conseguenza l'interdittiva ed i provvedimenti impugnati in primo grado.

A seguito della sentenza amministrativa di secondo grado, pur essendo ancora *in*

itinere il controllo giudiziario volontario, venivano adottati una serie di atti esecutivi dell'interdittiva antimafia, divenuta ormai definitiva; cosicché, in particolare:

- il Mediocredito Centrale - Banca del Mezzogiorno S.p.A. comunicava alla società cooperativa la «revoca del provvedimento agevolativo concesso in favore dell'impresa beneficiaria finale e contestuale invito di pagamento di una somma rapportata all'equivalente sovvenzione lordo - E.S.L.»;

- l'A.N.A.C. comunicava l'avvenuta segnalazione e l'inserimento nel Casellario della relativa annotazione integrativa;

- con nota prot. n. 92628/2022 la Prefettura riteneva superata l'ammissione della misura di prevenzione patrimoniale del controllo giudiziario *ex* art. 34-*bis*, comma 6, del d.lgs. n. 159/2011 sulla scorta dell'intervenuta reiezione del gravame proposto avverso l'informazione interdittiva a monte;

- il G.S.E. comunicava di voler mantenere sospesa in via cautelativa l'erogazione degli importi di cui alla Convenzione per il riconoscimento delle tariffe incentivanti, «in attesa delle determinazioni che le Autorità […] intenderanno assumere a valle dei propri approfondimenti»;

- la Regione Lazio disponeva la revoca del riconoscimento di organizzazione di produttori alla società cooperativa, revocando di conseguenza l'approvazione del programma operativo 2013-2017 e 2018-2022 e disponendo di non approvare il programma operativo 2023-2025.

Con ricorso integrato da motivi aggiunti, la società cooperativa impugnava dinanzi al TAR del Lazio tutti i predetti provvedimenti adottati in esecuzione dell'interdittiva antimafia, deducendo che gli stessi fossero stati adottati nel periodo in cui il controllo giudiziario volontario non risultava ancora concluso.

Con sentenza n. 9672/2023, il T.A.R. rigettava il ricorso, ritenendo che il controllo giudiziario volontario non potesse produrre alcun effetto sospensivo sui rapporti pregressi, cui gli atti impugnati si riferivano, incisi dall'interdittiva prima del decreto adottato dal giudice penale *ex* art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159/2011.

La società cooperativa appellava la predetta sentenza, deducendo l'erronea applicazione da parte del primo giudice della disciplina normativa di cui all'art. 34-*bis* del Codice antimafia.

Costituendosi in giudizio, l'A.N.A.C., il Ministero dell'Interno ed il Ministero dell'agricoltura proponevano appello incidentale, asserendo la violazione dei termini a difesa di cui agli artt. 46 e 71, comma 3, c.p.a., la nullità della sentenza *ex* art. 132 n. 4) c.p.c. per difetto di motivazione ed altri profili di inammissibilità dei motivi aggiunti proposti in primo grado.

Con la sentenza in commento, il Collegio, nel dichiarare inammissibile ed infondato l'appello incidentale, ha accolto l'appello principale, rilevando l'illegittimità dei provvedimenti gravati in prime cure per violazione della disciplina di cui all'art. 34-*bis*, commi 6 e 7, del d.lgs. n. 159/2011.

Fornendo un'apprezzabile ricostruzione dei (controversi) rapporti tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario volontario, i giudici amministrativi evidenziano che «tutti i provvedimenti gravati in prime cure sono stati adottati in data successiva al 27 aprile 2022 (*id est* all'ammissione al controllo giudiziario). Tanto basta a ritenere operante, nella vicenda *de qua*, il disposto del comma 7 dell'art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159 del 2011, restando del tutto irrilevante, per quanto qui più interessa, che il giudizio amministrativo avente ad oggetto l'informazione interdittiva antimafia si sia, nelle more, concluso con sentenza definitiva di questo Consiglio che

ha respinto il ricorso proposto avverso di essa»[1].

Rimandando ad altra sede la disamina dei profili processuali emergenti dalla pronuncia in commento, inerenti alle motivazioni sottese al rigetto dell'appello incidentale, si svolgeranno alcune considerazioni sulle questioni sostanziali affrontate dai giudici di Palazzo Spada nella soluzione della *res controversa*.

Invero, la statuizione *de qua*, pur inserendosi lungo il solco tracciato dalla giurisprudenza amministrativa prevalente, consente di mettere in luce taluni profili problematici ancora irrisolti nel rapporto tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario volontario, sui quali i giudici sono a tutt'oggi chiamati ad intervenire per colmare le lacune del quadro normativo vigente.

2. Brevi cenni sul quadro normativo in materia di prevenzione antimafia.

Il sistema della prevenzione antimafia rappresenta da sempre un ambito complesso e controverso, connotato da una forte tensione tra diritti ed interessi fondamentali, di egual rango costituzionale.

L'obiettivo primario di contrastare il rischio dell'infiltrazione criminale e mafiosa nel circuito economico legale è stato perseguito dal legislatore attraverso strumenti (fisiologicamente) afflittivi per le imprese, idonei a comprimere valori altrettanto importanti per l'ordinamento, *in primis* la libertà d'impresa di cui all'art. 41 Cost.

Tale tensione diviene ancor più pressante ove si consideri che il sistema della prevenzione antimafia trova concreta applicazione anche (e soprattutto) nel settore dei contratti pubblici, con precipuo riferimento alle imprese affidatarie ritenute a rischio di permeabilità mafiosa, rischiando così di paralizzare l'esecuzione delle commesse pubbliche e di annichilire buona parte del tessuto imprenditoriale del Paese[2].

Com'è noto, tale problematica è stata particolarmente avvertita nell'ultimo periodo, specie a seguito della crisi derivante dalla pandemia di Covid-32, frapponendosi alla tempestiva attuazione delle riforme e degli interventi previsti dal PNRR, strumentali a consentire il rilancio del sistema economico del Paese.

Ciò spiega, almeno in parte, la ragione per cui la normativa della prevenzione antimafia, contenuta nel d.lgs. n. 159/2011 (c.d. "Codice antimafia"), sia stata oggetto nel corso degli anni di importanti riforme, il cui filo conduttore è stato di mitigare progressivamente l'afflittività delle misure ivi previste, quantomeno nella risposta primaria dello Stato ai fenomeni di infiltrazione più "blandi", attraverso una graduazione dell'intensità delle misure di prevenzione in maniera proporzionale al livello di contaminazione criminale dell'impresa.

Per molto tempo, il sistema della prevenzione antimafia è stato incentrato, sul versante amministrativo, sull'istituto dell'in-

[1] Cfr. Cons. St., Sez. VI, 15 marzo 2024, n. 2515, punto 7 in diritto.

[2] Con precipuo riferimento alle imprese affidatarie di contratti pubblici attinte da interdittiva antimafia, l'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90/2014 (conv. in l. 114/2014) prevede misure straordinarie di commissariamento dell'impresa, con efficacia circoscritta all'esecuzione della commessa pubblica già affidata, che il Prefetto può adottare ove «sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto ovvero dell'accordo contrattuale, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali». Al riguardo, si veda T. Guerini - F. Sgubbi, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento*, in *Dir. pen. cont.*, 2014.

terdittiva antimafia[3], la cui finalità è quella di estromettere dal circuito economico le imprese indiziate – sulla scorta di una valutazione prettamente discrezionale, indiziaria e probabilistica del Prefetto – di essere assoggettate a condizionamenti mafiosi[4].

Pur se concepita originariamente come misura di prevenzione settoriale, destinata ad incidere sulla sola capacità contrattuale dell'impresa nei confronti della pubblica amministrazione, l'interdittiva antimafia ha assunto progressivamente una portata ben più ampia, estendendo i propri effetti anche alla revoca delle autorizzazioni e delle concessioni strumentali all'esercizio dell'attività economica[5], determinando così una sorta di "prigionia legale" dell'impresa, di fatto impossibilitata ad esercitare la propria attività anche nei rapporti interprivati.

Sicché, pur se astrattamente circoscritta ad un arco temporale massimo di 12 mesi[6], l'interdittiva è destinata sovente a produrre effetti devastanti ed «esiziali»[7] per la compagine societaria, determinandone nel breve periodo la scomparsa, con tutte le gravi conseguenze che ne derivano sul piano economico ed occupazionale[8].

Con il passare del tempo, il sistema antimafia è andato strutturandosi in una prospettiva non solo "multidisciplinare"

[3] Per un esame più approfondito dell'istituto dell'interdittiva antimafia, si veda, senza pretesa di esaustività: T. Passarelli, I*nterdittive antimafia e prevenzione collaborativa: azioni di contrasto al crimine organizzato tra incertezze legislative e discrezionalità applicativa*, in *Federalismi.it*, 10/2024, 150 ss.; M. Cocconi, *Il perimetro del diritto al contraddittorio nelle informazioni interdittive antimafia*, in *Federalismi.it*, 2022; F. Figorilli - W. Giulietti, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 14/2021; G. Amarelli - S. Sticchi Damiani, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019; C. Micciché, *L'azione di contrasto preventivo alla criminalità mafiosa e le informazioni antimafia interdittive: tra legalità ed efficacia*, in *Jus*, 2019, 36; F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *Giustamm.it*, 6/2018; N. Durante, *L'interdittiva antimafia, tra tutela anticipatoria ed eterogenesi dei fini*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018; M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giustamm.it*, 3/2016; 56 ss.; G. D'Angelo, *La documentazione antimafia nel D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *Urb. e app.*, 3/2013, 256 ss.

[4] Di recente è stato ribadito il principio invalso in giurisprudenza, per cui «la verifica della legittimità dell'informativa deve essere effettuata sulla base di una valutazione unitaria degli elementi e dei fatti che, visti nel loro complesso, possono costituire una ipotesi ragionevole e probabile di permeabilità della singola impresa ad ingerenze della criminalità organizzata di stampo mafioso sulla base della regola causale del "più probabile che non", integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali (quale è quello mafioso), e che risente della estraneità al sistema delle informazioni antimafia di qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio (Cons. St., sez. III, 18 aprile 2018, n. 2343)» (cfr. T.A.R. Palermo, Sez. I, 22 dicembre 2023, n. 3828; T.A.R. Reggio Calabria, 16 marzo 2023, n. 242).

[5] Al riguardo, Cass. pen., Sez. I, 8 maggio 2023, n. 19154, ha rilevato che l'interdittiva antimafia determina «una particolare forma di incapacità giuridica *ex lege*, limitata ai rapporti giuridici con la pubblica amministrazione specificamente indicati dalla legge e prevista a tutela del valore, costituzionalmente garantito, della libertà di impresa e del principio di legalità sostanziale».

[6] Con la sentenza n. 57/2020, la Corte Costituzionale ha sostenuto la conformità costituzionale dell'interdittiva antimafia, in ragione, non solo della centralità che il contrasto del fenomeno mafioso assume nell'ordinamento, ma anche della natura necessariamente provvisoria della misura, circoscritta a 12 mesi, che ne costituisce un correttivo indefettibile, cui discende in capo al Prefetto l'obbligo di aggiornamento ai sensi dell'art. 91, comma 5, del d.lgs. n. 159/2011.

[7] In tali termini, M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2022.

[8] Vieppiù ove si consideri che la giurisprudenza amministrativa ritiene diffusamente che dal decorso del termine annuale di cui all'art. 86 non derivi *ipso facto* la decadenza dell'interdittiva, bensì l'obbligo del Prefetto di procedere ai sensi dell'art. 91 del Codice antimafia ad una nuova verifica sulla persistenza delle circostanze ritenute rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa (cfr. *ex plurimis* T.A.R. Palermo, Sez. I, 16 luglio 2024, n. 2247). Peraltro, come rilevato da M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, *op. cit.*, il quadro è reso ancor più complicato dal fatto che, nella realtà, all'esito delle procedure di riesame avviate *ex* art. 91, comma 5, le interdittive antimafia vengono tendenzialmente confermate dalle Prefetture.

– secondo un "doppio binario" di misure amministrative (di competenza del Prefetto) e giudiziarie (di competenza del giudice penale) – ma anche "progressiva", arricchendosi di misure ad intensità variabile e proporzionalmente calibrate alla gravità dell'inferenza mafiosa sulla compagine societaria.

Ad un primo livello si pongono le misure applicabili alle fattispecie integrate da tentativi di infiltrazione mafiosa riconducibili a fenomeni di «agevolazione occasionale», tra cui rientra il controllo giudiziario di cui all'art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159/2011[9], di competenza del Tribunale di prevenzione, e la prevenzione collaborativa di cui all'art. 94-bis del Codice antimafia, di competenza del Prefetto.

Ai sensi del citato art. 34-*bis*, il controllo giudiziario ha una durata compresa tra uno e tre anni e può essere disposto dal giudice penale sia d'ufficio (*ex* comma 1), che su richiesta dell'impresa già destinataria di interdittiva[10] che abbia preventivamente impugnato tale provvedimento dinanzi al giudice amministrativo (*ex* comma 6). In tal caso, ai sensi del comma 7 dell'art. 34-*bis*, dall'ammissione al controllo giudiziario deriva la sospensione degli effetti dell'interdittiva di cui all'art. 94 del d.lgs. n. 159/2011.

Contrariamente all'interdittiva antimafia, il controllo giudiziario volontario di cui al comma 6 consente all'impresa di continuare a svolgere la propria attività sotto l'egida di un amministratore giudiziario nominato dal Tribunale, con funzioni di "tutoraggio" e controllo[11].

Il controllo giudiziario è stato perciò inteso come misura "dinamica" e temporalmente circoscritta, attraverso cui l'impresa viene immessa in un percorso di recupero, volto alla definitiva bonifica dalle contaminazioni criminali occasionali ed al suo pieno recupero nel mercato legale.

In particolare, «l'essenza del controllo giudiziario è stata rintracciata nel perseguimento di una finalità dinamica tendente al risanamento dell'impresa nella peculiare ipotesi in cui l'agevolazione sia occasionale e vi siano, *pro futuro*, concrete possibilità che essa compia un fruttuoso cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano, anche avvalendosi di controlli e sollecitazioni»[12].

La misura in esame si pone al guado tra prevenzione penale ed amministrativa[13], rappresentando una fattispecie normativa complessa caratterizzata dall'intervento di una pluralità di Autorità (amministrative e giurisdizionali). Ciò, come si vedrà, pone notevoli problematiche applicative e di coordinamento tra i diversi ambiti della prevenzione antimafia, in mancanza di un'apposita disciplina normativa.

Restando sempre al primo livello delle misure antimafia, il coacervo degli istituti preventivi si è arricchito, sul versante amministrativo, con la prevenzione collaborativa di cui all'art. 94-*bis* del d.lgs. n. 159/2011,

[9] Disposizione introdotta dall'articolo 11, comma 1, della legge 17 ottobre 2017, n. 161.

[10] Il controllo giudiziario volontario si realizza attraverso la modalità più incisiva, prevista dal comma 2 lett. b) dell'art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159/2011, con la nomina di un amministratore giudiziario con compiti di monitoraggio dell'attività d'impresa e di rendicontazione degli esiti del controllo al giudice delegato ed al pubblico ministero.

[11] Cfr. art. 34-*bis*, commi 2 lett. b) e 3, del d.lgs. n. 159/2011.

[12] Cfr. T.A.R. Reggio Calabria, 28 ottobre 2024, Ordinanza n. 646.

[13] G. Amarelli, *La Cassazione riduce i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario ed i poteri cognitivi del giudice ordinario (a margine della sent. Cass, Pen., II, n. 9122 del 2021)*, in *Sistema penale*, 2021, definisce il controllo giudiziario come «un delicatissimo istituto cerniera, in cui trovano risoluzione equilibrata le possibili frizioni tra la giurisdizione amministrativa e la giurisdizione ordinaria».

introdotta con la riforma del 2021[14] al precipuo fine di mitigare la risposta amministrativa di prevenzione antimafia nelle ipotesi meno gravi di inferenza criminale, limitando così il ricorso alla misura interdittiva.

La prevenzione collaborativa può essere disposta dal Prefetto ove i tentativi di infiltrazione mafiosa siano riconducibili a situazioni di agevolazione "solo" occasionale e consiste nell'imposizione di oneri comunicativi e organizzativi in capo all'impresa, alla quale viene consentita la continuità della propria attività[15].

Emerge, dunque, *prima facie* che controllo giudiziario e prevenzione collaborativa, pur avendo una diversa natura (rispettivamente, giudiziaria ed amministrativa), siano connotati da uguali presupposti e finalità, essendo dinamicamente preordinati alla bonifica dell'impresa esposta ad un'agevolazione mafiosa occasionale, consentendo a quest'ultima di esercitare la propria attività nell'ambito di un percorso di pieno recupero alla legalità.

Orbene, la previsione di un sistema fondato sul doppio binario, amministrativo e giudiziario, ha posto numerosi problemi applicativi nel rapporto tra i diversi istituti, difettando un'apposita normativa di coordinamento.

Tralasciando per il momento di considerare le questioni poste dall'introduzione della prevenzione collaborativa, che, come si vedrà, è andata ad alterare gli equilibri (già instabili) delineati in sede giurisprudenziale, la sentenza in commento impone di soffermarsi sulle annose problematiche inerenti al rapporto tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario volontario.

Infatti, si sono posti in sede applicativa notevoli problemi di coordinamento logico-giuridico-temporale tra gli istituti in esame, da qui sono sovente scaturite torsioni applicative, se non veri e propri paradossi, contrastanti con la *ratio* e con le finalità sottese al sistema di prevenzione delineato dal legislatore.

Tali questioni hanno imposto una massiccia attività suppletiva da parte della giurisprudenza, sia penale che amministrativa, chiamata a riportare a coerenza l'applicazione delle misure antimafia, colmando le lacune lasciate dal legislatore.

3. Il controverso rapporto tra controllo giudiziario volontario ed interdittiva antimafia, a partire dall'incerta perimetrazione dei presupposti applicativi previsti dalla legge.

Nel delineare i rapporti tra controllo giudiziario volontario ed interdittiva antimafia, una prima questione problematica si pone, già a monte, in merito alla perimetrazione dei presupposti applicativi previsti dalla legge, la cui valutazione è demandata ad Autorità diverse, appartenenti ai diversi plessi amministrativi e penali, con conseguente rischio che sulla medesima vicenda si giunga a valutazioni diverse e contrastanti da parte dei soggetti istituzionalmente preposti.

Come si è visto, infatti, ai sensi dell'art. 34-*bis*, comma 6, del d.lgs. n. 159/2011, l'accesso al controllo giudiziario volontario può essere disposto dal Tribunale di prevenzione, su richiesta dell'impresa già attinta da interdittiva che abbia già impugnato tale

[14] Si fa riferimento, in particolare, all'articolo 49, comma 1, del d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233.

[15] Cfr. T.A.R. Reggio Calabria, 3 maggio 2023, n. 392.

provvedimento dinanzi al Giudice amministrativo, «ove ne ricorrano i presupposti», individuati dal comma 1 nella sussistenza di un'agevolazione mafiosa occasionale.

Ci si è interrogati, dunque, sull'effettiva portata dei poteri di cognizione del giudice penale rispetto all'accertamento del presupposto della occasionalità dell'agevolazione mafiosa, vieppiù in presenza di una valutazione sui medesimi fatti già effettuata dal Prefetto che ha disposto l'interdittiva antimafia.

Sul punto, la disciplina normativa risulta alquanto generica, limitandosi a prevedere che il Tribunale, prima di pronunciarsi sull'istanza di ammissione al controllo giudiziario volontario, debba sentire anche il Prefetto che ha adottato l'informazione antimafia interdittiva, senza precisare alcunché in merito alla concreta incidenza delle valutazioni prefettizie sulla decisione che il giudice penale è chiamato ad assumere.

Tale questione, in realtà, era stata affrontata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2019[16], le quali avevano messo in luce che la valutazione del giudice penale adito sul controllo giudiziario volontario deve muovere dall'accertamento dell'occasionalità dell'agevolazione mafiosa, per poi soffermarsi prevalentemente su una valutazione prognostica circa l'effettiva idoneità della misura richiesta a consentire il risanamento dell'ente dalle contaminazioni criminali.

La pronuncia delle Sezioni Unite, tuttavia, è stata diversamente interpretata dalla giurisprudenza, sia penale che amministrativa, in riferimento alla portata da riconoscere alla verifica "iniziale" del giudice penale sulla sussistenza dell'agevolazione mafiosa occasionale.

Un primo (e prevalente) orientamento ha ridimensionato fortemente l'alveo di accertamento del giudice penale sulla sussistenza della permeabilità mafiosa, ritenendo tale requisito già acclarato dall'autorità prefettizia, demandando al Tribunale la sola valutazione prognostica sull'effettiva "bonificabilità" dell'impresa[17].

Al riguardo, è stato rilevato che «stante l'autonomia tra le due procedure – il Giudice della prevenzione non deve "sindacare" il contenuto della misura prefettizia, ma deve limitarsi a verificare, proceduralmente, che la stessa sia stata impugnata in sede amministrativa, e a verificare con un giudizio prognostico, se il libero svolgimento dell'attività economica possa determinare in favore dei soggetti interessati una agevolazione di consistenza inidonea a legittimare l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali, e se sussista la concreta possibilità che l'impresa, in forza delle specifiche misure e prescrizioni applicate dal provvedimento di controllo giudiziario, possa riallinearsi con il contesto economico sano, affrancandosi dal condizionamento delle infiltrazioni mafiose»[18].

Dunque, la valutazione del giudice penale deve necessariamente muovere dal presupposto dell'agevolazione mafiosa, già cristallizzata nella valutazione prefettizia, dovendo all'uopo verificare se, in una pro-

[16] Cfr. Cass. pen., S.U., 11 novembre 2019, n. 46898.

[17] Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 16 luglio 2021, n. 27704, nella parte in cui è stato rilevato che nel decidere sull'istanza di ammissione al controllo giudiziario volontario, il Tribunale penale «deve tener conto dell'accertamento di quello stesso prerequisito effettuato dall'organo amministrativo con l'informazione antimafia interdittiva, che rappresenta, pertanto, il substrato della decisione del giudice ordinario».

[18] Cfr. T.A.R. Napoli, Sez. I, 23 maggio 2023, n. 3125; T.A.R. Palermo, Sez. I, 22 dicembre 2023, n. 3828. In termini analoghi, si è pronunciata anche la giurisprudenza di legittimità, tra cui in particolare: Cass. pen., Sez. II, 28 gennaio 2021, n. 9122; Cass. pen., Sez. VI, 2 agosto 2021, n. 30168; Id., 16 luglio 2021, n. 27704.

spettiva dinamica e rivolta al futuro, l'impresa possa essere effettivamente bonificata e restituita al libero mercato all'esito del percorso di risanamento previsto dall'art. 34-*bis*[19].

Tale tesi, pur evidentemente restrittiva dei poteri di cognizione del giudice penale, è animata dall'esigenza di scongiurare il rischio di valutazioni divergenti da parte del Tribunale e del Prefetto rispetto al dato della permeabilità mafiosa dell'impresa, evitando soprattutto il corto circuito istituzionale, già emerso nella prassi, per cui il Tribunale penale possa giungere a rigettare la richiesta di ammissione al controllo giudiziario per insussistenza in capo all'impresa (già attinta da interdittiva) di qualsivoglia contaminazione mafiosa, anche solo occasionale.

Un diverso orientamento, recentemente sostenuto dalla Corte di Cassazione, è incline a riconoscere al giudice di prevenzione poteri di cognizione pieni, estesi anche all'accertamento della sussistenza dell'agevolazione mafiosa occasionale, escludendo per l'effetto che il Tribunale debba all'uopo «considerare intangibili le valutazioni espresse dall'organo di prevenzione amministrativa»[20].

Tale tesi, sia pur astrattamente idonea a condurre nella prassi a valutazioni divergenti da parte delle diverse Autorità, risulta anzitutto maggiormente conforme al dettato normativo dell'art. 34-*bis*, che invero impone al giudice della prevenzione di ammettere l'impresa al controllo giudiziario in presenza dei presupposti previsti dal comma 1, senza in alcun modo limitare l'accertamento rispetto ai fatti già valutati dalla Prefettura.

L'orientamento in esame risulta, inoltre, maggiormente in linea con il principio espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella misura in cui i giudici di legittimità non avevano affatto espunto dalla valutazione del Tribunale la verifica sulla sussistenza dell'agevolazione mafiosa, affiancando ad essa il momento (ritenuto centrale) della valutazione prognostica di effettiva bonificabilità dell'impresa[21].

Senza considerare che, a seguito dell'introduzione della prevenzione collaborativa di cui all'art. 94-*bis*, continuare a sostenere l'intangibilità in sede penale della valutazione compiuta dal Prefetto condurrebbe ad un effetto sostanzialmente abrogativo del controllo giudiziario volontario, atteso che il Tribunale dovrebbe limitarsi a prendere atto della valutazione con cui il Prefetto, adottando l'informativa antimafia, ha ritenuto insussistente un'agevolazione solo occasionale in capo all'impresa, in presenza della quale invero avrebbe dovuto adottare la più mite misura della prevenzione collaborativa[22].

Sicché, risulterebbe escluso già a monte il requisito dell'agevolazione occasionale, con la conseguenza che il Tribunale non potrebbe fare altro che rigettare sistematicamente le richieste di ammissione al controllo giudiziario formulate *ex* art. 34-*bis*, comma 6, del Codice antimafia.

Si tratta, a ben vedere, di una questione di assoluta rilevanza e tutt'altro che risolta,

[19] In tali termini si è espressa anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 6/2023, nella parte in cui è stato rilevato che il controllo giudiziario «muove dal presupposto accertato dal Prefetto in sede di informazione antimafia, ma si basa su un'autonoma valutazione prognostica del tribunale della prevenzione penale che si propone di pervenire al suo superamento, quando il grado di condizionamento mafioso non sia considerato a ciò impeditivo».

[20] Cfr. Cass. pen., Sez. I, 11 aprile 2023, n. 15156. Negli stessi termini, anche Cass. pen., Sez. V, 9 aprile 2021, n. 13388.

[21] Così, anche E. Birritteri, *Accertamento dell'infiltrazione criminale nell'ente e controllo giudiziario volontario,* in *Giur. it.*, 2023, 1647 ss.

[22] Cfr. E. Birritteri, *Accertamento dell'infiltrazione criminale nell'ente e controllo giudiziario volontario*, cit., 1654.

che lascia aperti risvolti applicativi idonei a mettere in crisi il sistema del doppio binario di prevenzione, per come ad oggi delineato dalla legge.

Invero, ammettere la possibile sovrapposizione (da parte del Tribunale e del Prefetto) nella valutazione del requisito della agevolazione mafiosa (occasionale o meno) conduce a cascata a possibili interferenze anche sul piano giudiziario, in vista del sindacato di legittimità che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sull'interdittiva antimafia (la cui impugnazione costituisce un presupposto legale di ammissione al controllo giudiziario volontario)[23].

È chiaro, infatti, che l'ammissione dell'impresa al controllo giudiziario volontario, basato sull'accertamento di un'agevolazione mafiosa solo occasionale, mette in discussione la correttezza della valutazione del Prefetto che, al contrario, abbia negato la sussistenza di tale presupposto provvedendo all'adozione della più grave misura interdittiva. Circostanza di cui il giudice amministrativo non potrà non tener conto[24].

Sul punto, risulta quantomeno non più attuale il principio giurisprudenziale per cui l'ammissione dell'impresa ricorrente al controllo giudiziario volontario non costituisce circostanza rilevante ai fini del sindacato del giudice amministrativo sulla legittimità dell'interdittiva prefettizia, riferendosi a profili d'indagine del tutto distinti[25]. Infatti, tale netta divisione delle valutazioni assunte dal Tribunale di prevenzione e dal giudice amministrativo risulta difficilmente predicabile, sia in concreto che in astratto.

Sotto un primo profilo, è arduo sostenere che le motivazioni addotte dal Tribunale di prevenzione nel disporre l'ammissione dell'impresa al controllo giudiziario volontario non influenzino in alcun modo il giudice amministrativo chiamato a valutare la legittimità dell'interdittiva prefettizia. Tale aspetto è emerso in una recente pronuncia del C.G.A.R.S. che, nel ribadire la piena autonomia tra il giudizio amministrativo (di legittimità sull'interdittiva) e quello penale (di ammissione al controllo giudiziario volontario), ha espressamente considerato «significativi taluni argomenti della parte motiva della pronuncia evocata [del giudice penale, ndr], pur sviluppati ai soli fini del vaglio dei distinti presupposti della misura giurisdizionale di salvataggio. Ciò non deve sorprendere, poiché, per quanto si cerchi, con una certa difficoltà, di distinguere tra i presupposti del controllo giudiziario e i presupposti dell'interdittiva prefettizia, è in qualche misura inevitabile, trattandosi della valutazione degli stessi fatti, che possano esservi di riflesso delle inferenze, sempre che ovviamente il loro apprezzamento sia frutto dell'autonomo giudizio del giudice amministrativo»[26].

Inoltre, la separazione stagna tra le valutazioni assunte dal Tribunale di prevenzione e dal giudice amministrativo non appare più percorribile, nemmeno in astratto, a

[23] Sul tema dei possibili (e reciproci) condizionamenti tra le valutazioni assunte dal Tribunale della prevenzione e dal giudice amministrativo, si veda C. Cappabianca, *Gli effetti sul giudizio amministrativo del controllo giudiziario delle aziende ex art. 34-bis, comma 6, d.lg. n. 159/2011: dopo l'Adunanza Plenaria n. 7/2023*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2023, 743 ss.; A. Giacalone, *Informazione interdittiva antimafia e controllo giudiziario: analisi del rapporto esistente fra i due istituti e demarcazione dei relativi presupposti*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2024.

[24] Al riguardo, nella sentenza n. 7/2023, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha sostenuto che «nel sistema amministrativo di prevenzione penale, ora informato al principio di gradualità, l'occasionalità dell'agevolazione mafiosa originaria può in ipotesi costituire ragione di illegittimità dell'informativa a carattere interdittivo, in ragione dell'alternativa costituita dalle misure meno invasive introdotte con il medesimo art. 94-*bis*».

[25] Cfr. Cons. St., Sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1049.

[26] Cfr. C.G.A.R.S., Sez. giur., 4 gennaio 2023, n. 13.

seguito dell'introduzione della prevenzione collaborativa e del criterio di proporzionalità e progressività che informa il sistema della prevenzione antimafia, per cui il giudice amministrativo può essere chiamato a conoscere dell'illegittimità dell'interdittiva impugnata anche per violazione dell'art. 94-*bis* del d.lgs. n. 159/2011 e per eccesso di potere, ove sia contestata la mancata adozione, in presenza di una agevolazione solo occasionale, della prevenzione collaborativa in luogo dell'interdittiva impugnata.

Di talché, il punto di equilibrio delineato dalla giurisprudenza, sia pur già difficilmente realizzabile nella realtà, è destinato a sgretolarsi definitivamente a seguito della riforma legislativa del 2021, rendendo così ormai improcrastinabile un intervento legislativo volto a coordinare, già dal momento della definizione e valutazione dei presupposti applicativi, le misure afferenti al complesso e multiforme sistema della prevenzione antimafia.

4. Il problematico coordinamento tra gli istituti in esame nelle successive fasi esecutive.

Le difficoltà di coordinamento tra controllo giudiziario volontario ed interdittiva antimafia non si arrestano al momento della definizione e della valutazione dei relativi presupposti applicativi, proiettandosi alle successive fasi esecutive[27].

Una questione fondamentale, affrontata anche dalla sentenza in commento, ha riguardato le possibili conseguenze derivanti dal rigetto del ricorso proposto avverso l'interdittiva sul controllo giudiziario ancora *in itinere* e sugli effetti sospensivi previsti dall'art. 34-*bis* comma 7 del Codice antimafia.

Al riguardo, un punto di partenza fondamentale è costituito dai principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze nn. 6, 7 e 8 del 2023, laddove i giudici amministrativi, sia pur nella prospettiva processuale di escludere la sussistenza di un rapporto di pregiudizialità necessaria tra controllo giudiziario volontario e giudizio di impugnazione avverso l'interdittiva antimafia, hanno rimarcato l'assoluta autonomia ed indipendenza che connota i due istituti, di tal guisa da escludere che il rigetto dell'impugnativa proposta avverso l'interdittiva antimafia possa interferire sul controllo giudiziario volontario ancora *in itinere*, facendo venir meno gli effetti sospensivi previsti dall'art. 34-*bis*, comma 7, del d.lgs. n. 159/2011[28].

A tale impostazione la sentenza in commento ha mostrato piena adesione, valorizzando le ragioni testuali e sistematiche sostenute dalla Plenaria.

È stato all'uopo rimarcato che, sul piano testuale, l'art. 34-*bis* del Codice antimafia pone l'interdittiva e il controllo giudiziario in un rapporto di sola presupposizione genetica, lasciando aperta la possibilità che i due istituti, riferendosi a momenti[29] e dina-

[27] Sul tema, si veda M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in *L'Amministrativista*, 2022.

[28] È all'uopo significativo il passaggio della sentenza n. 6/2023 in cui la Plenaria evidenzia che «Nessuno degli effetti previsti dall'art. 34-*bis*, comma 7, presuppone tuttavia che il giudizio sull'interdittiva rimanga pendente. Come in precedenza accennato, tali effetti sono del tutto compatibili con la conseguita inoppugnabilità di quest'ultima, all'esito del rigetto della relativa impugnazione. Una volta accertata l'esistenza di infiltrazioni mafiose, quand'anche in via definitiva, si permette nondimeno all'impresa di risanarsi, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria penale».

[29] L'una (interdittiva) rivolta al passato; l'altra (controlllo giudiziario) rivolta al futuro.

miche[30] diverse di contrasto alla criminalità organizzata, pervengano ad esiti anche divergenti. La disposizione in esame, dunque, non osta a che, pur a fronte di un'interdittiva definitiva e confermata, in punto di legittimità, dal giudice amministrativo, il controllo giudiziario volontario prosegua nel percorso di bonifica dell'impresa, mantenendo i propri effetti sospensivi sull'interdittiva.

Inoltre, sul piano sistematico, è stato osservato che l'art. 34-*bis*, comma 7, del Codice antimafia non subordina affatto gli effetti sospensivi dell'interdittiva alla perdurante pendenza del giudizio di impugnazione, né tantomeno ne prevede la cessazione immediata in caso di rigetto del ricorso da parte del giudice amministrativo.

Peraltro, ove si ritenesse che dal rigetto del ricorso derivi automaticamente la cessazione degli effetti sospensivi del controllo giudiziario volontario, si rischierebbe di svuotare di contenuto l'istituto previsto dall'art. 34-*bis*, atteso che l'impresa beneficiaria verrebbe nuovamente ed improvvisamente esposta ai gravi effetti dell'interdittiva proprio durante il percorso di risanamento già intrapreso, magari proprio nella sua fase finale, vanificando i risultati sino a quel momento raggiunti.

Pertanto, la prospettiva di un possibile rigetto del ricorso da parte del giudice amministrativo renderebbe inutile finanche l'avvio del controllo giudiziario volontario, il quale infatti verrebbe a costituire una parentesi (con mera utilità di sospensione cautelare degli effetti) del giudizio amministrativo di impugnazione dell'interdittiva antimafia, sovrapponendosi (inutilmente e, addirittura, pericolosamente) agli strumenti cautelari azionabili in giudizio.

Sulla scorta delle predette argomentazioni, con la pronuncia in commento il Consiglio di Stato ha rilevato l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, i quali erano stati adottati in un momento in cui il controllo giudiziario volontario era ancora *in itinere*, sull'erroneo convincimento che, essendo nelle more intervenuto il rigetto del ricorso proposto avverso l'interdittiva, quest'ultima fosse divenuta nuovamente efficace.

La circostanza per cui i provvedimenti impugnati fossero stati adottati successivamente all'ammissione al controllo giudiziario è stata considerata dal Collegio dirimente per considerare operante l'effetto sospensivo di cui all'art. 34-*bis*, comma 7, del d.lgs. n. 159 del 2011, «restando del tutto irrilevante, per quanto qui più interessa, che il giudizio amministrativo avente ad oggetto l'informazione interdittiva antimafia si sia [fosse, ndr], nelle more, concluso con sentenza definitiva di questo Consiglio che ha respinto il ricorso proposto avverso di essa»[31].

Pertanto, essendo ancora pendente la procedura di bonifica, le amministrazioni resistenti non avrebbero potuto adottare alcun atto esecutivo di un provvedimento (l'interdittiva) in quel momento non efficace, anche in ragione del fatto che ai sensi dell'art. 21-*quater*, comma 1, della l. n. 241/1990 «l'efficacia è presupposto per l'esecutività del provvedimento (*id est* l'attitudine dello stesso ad essere portato ad esecuzione)»[32].

[30] L'una (interdittiva) volta ad escludere dal mercato l'impresa assoggettata ad inferenze mafiose; l'altra (controllo giudiziario) volta a realizzare la bonifica della compagine aziendale, consentendo la continuazione dell'attività d'impresa.

[31] Cfr. Cons. St., Sez. VI, n. 2515/2024, punto 7 in diritto.

[32] Cfr. Cons. St., Sez. VI, n. 2515/2024, punto 7.1 in diritto.

Ciò posto, la pronuncia in commento fornisce talune importanti precisazioni in merito ad un ulteriore profilo controverso, relativo alla portata – retroattiva o *pro-futuro* – degli effetti sospensivi di cui all'art. 34-*bis* comma 7 del d.lgs. n. 159/2011.

In passato, la questione è stata a lungo dibattuta in giurisprudenza, soprattutto in riferimento agli effetti prodotti dall'ammissione al controllo giudiziario sulla partecipazione alla gara pubblica dell'impresa già attinta da interdittiva antimafia, trattandosi di verificare se l'ammissione al controllo giudiziario potesse di per sé impedire l'esclusione dalla gara dell'impresa ai sensi dell'art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 (all'epoca vigente)[33].

In mancanza di una previsione normativa al riguardo, sono emersi in giurisprudenza due diversi orientamenti.

Alla stregua di un primo indirizzo, gli effetti sospensivi di cui all'art. 34-*bis*, comma 7, del d.lgs. n. 159/2011 si rivolgono soltanto al futuro, non potendo interferire sugli effetti dell'interdittiva già prodottisi *in praeterito* (ovvero tra l'adozione della misura interdittiva e l'ammissione al controllo giudiziario)[34].

È stato all'uopo rilevato che «il controllo giudiziario […] seppur idoneo a sospendere temporaneamente gli effetti della misura interdittiva, non elimina gli effetti, *medio tempore* prodotti dall'interdittiva stessa, nei rapporti in corso. Di conseguenza, "l'ammissione (o anche la sola richiesta di ammissione) al controllo giudiziario delle attività economiche e dell'azienda di cui all'art. 34-*bis* d.lgs. n. 159 del 2011 non ha conseguenze sui provvedimenti di esclusione (anche adottati ai sensi dell'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016), i cui effetti contestualmente si producono e si esauriscono in maniera definitiva nell'ambito della procedura di gara interamente considerata, di modo che non vi è possibilità di un ritorno indietro per via della predetta ammissione»[35].

Con la pronuncia in commento, il Consiglio di Stato ha ritenuto che gli effetti sospensivi dell'ammissione al controllo giudiziario agiscono anche retroattivamente, involgendo gli effetti dell'interdittiva prodottisi *in praeterito*.

[33] In particolare, l'art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 prevedeva che «Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-*bis*, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. Resta fermo altresì quanto previsto dall'articolo 34-*bis*, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159».

[34] Si tratta del formante invalso in giurisprudenza, soprattutto sotto la vigenza del vecchio codice dei contratti pubblici, cui aveva aderito anche la sentenza di primo grado riformata dalla pronuncia in commento, nella parte in cui era stato sostenuto che «Diversamente opinando, infatti, verrebbe meno la finalità della interdittiva antimafia, che è quella di tutelare il rapporto con l'amministrazione da eventuali e probabili forme di infiltrazioni mafiose che inquinano l'economia legale, alterano il funzionamento della concorrenza e costituiscono una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica» (cfr. T.A.R. Lazio, Sez. V, 7 giugno 2023, n. 9672).

[35] Cfr. T.A.R. Napoli, Sez. IV, 14 marzo 2023, n. 1669; Cons. St., Sez. V, 22 settembre 2023, n. 8481. Con precipuo riferimento al settore dei contratti pubblici, ne deriva che la sospensione degli effetti dell'interdittiva conseguente all'ammissione al controllo giudiziario «costituisce un rimedio volto a consentire all'impresa che ne beneficia di partecipare alle procedure di appalto successivamente indette, ma non anche a sanare la partecipazione dell'operatore economico non degno di entrare in contatto con la Stazione appaltante per il possibile condizionamento criminale a cui potrebbe essere condizionata la sua offerta contrattuale, atteso che, in caso contrario, si darebbe paradossalmente ingresso, nel mercato degli appalti pubblici, all'apprezzamento di una proposta contrattuale predisposta precedentemente all'insediamento dell'amministratore giudiziario, cioè prima dell'avvio di quel controllo a cui l'art. 34 *bis*, d.lgs. n. 159/2011 subordina la sospensione degli effetti interdittivi» (T.A.R. Napoli, n. 1669/2023, cit.).

A fondamento di tale tesi è stato anzitutto rilevato che, da un punto di vista letterale, l'art. 34-*bis*, comma 7, del Codice antimafia si limita a prevedere che l'ammissione al controllo giudiziario volontario sospende gli effetti dell'interdittiva antimafia, «senza distinguere tra effetti giuridici prodottisi *in praeterito* ed effetti giuridici *pro futuro* (cioè, rispettivamente, prima e dopo la sua adozione)»[36].

Inoltre, sul piano sistematico, è stato evidenziato che «una sospensione *ex lege* – come quella prevista dal comma 7 dell'art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159 del 2011 – che guardasse, in ipotesi, al solo futuro si discosterebbe in maniera del tutto irragionevole dal suo modello normativo più prossimo rappresentato dalla sospensione cautelare dell'efficacia *ex* art. 55 ss. c.p.a. disposta dal giudice amministrativo, la quale, per sua consolidata fisionomia, investe anche (e soprattutto) gli effetti giuridici già prodotti dal provvedimento»[37].

Peraltro, deve rilevarsi che, con precipuo riferimento alle procedure ad evidenza pubblica, l'art. 94, comma 2, del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) dispone espressamente che la causa di esclusione integrata dall'adozione dell'interdittiva antimafia «non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 34-*bis* del medesimo codice»[38].

Ciò costituisce un'ulteriore conferma che, anche in riferimento alla partecipazione alle procedure di gara, l'ammissione al controllo giudiziario volontario realizza una «sterilizzazione temporanea degli effetti della misura interdittiva anche prodotti *in praeterito* (e, segnatamente, tra la data di emissione dell'informazione interdittiva antimafia e l'ammissione al controllo giudiziario)»[39].

5. Conclusioni: problematiche ancora aperte nel coordinamento tra le misure di prevenzione antimafia. La recente rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 34-*bis*, comma 7, del d.lgs. n. 159/2011 (TAR Reggio Calabria, Ordinanza n. 646/2024).

La pronuncia in commento assume una rilevanza del tutto significativa nel dibattito dei rapporti tra misure di prevenzione amministrative e penali, riportando taluni principi importanti per la corretta applicazione di istituti solo genericamente disciplinati dal legislatore.

Ciò nonostante, permangono a tutt'oggi alcune questioni aperte che, afferendo soprattutto alla fase finale di esecuzione degli istituti in esame, rischiano di compromettere la stessa efficacia ed utilità delle misure di prevenzione, pregiudicando *in nuce* la tenuta del sistema antimafia.

[36] Cfr. Cons. St., Sez. V, n. 2515/2024, punto 7.1 in diritto.
[37] Cfr. Cons. St., Sez. V, n. 2515/2024, punto 7.1 in diritto.
[38] Sul tema, si veda anche R. Rolli, *L'interdittiva antimafia: misure di prevenzione connesse e controllo giudiziario*, in *Dir. dell'econ.*, n. 2/2024, 31 ss.
[39] Cfr. Cons. St., Sez. V, n. 2515/2024, punto 7.3 in diritto.

Una volta sostenuta la piena autonomia tra controllo giudiziario volontario ed interdittiva antimafia, resta da capire come gli istituti *de quibus* si coordina nella fase ultima e conclusiva, allorquando cioè – da un lato – l'interdittiva antimafia risulti definitivamente confermata all'esito del giudizio amministrativo di impugnazione e – dall'altro lato – il controllo giudiziario volontario sia concluso (ovvero sia in fase di conclusione), con esiti positivi per l'impresa.

Al riguardo, la pronuncia in commento, muovendo anche dalla natura temporanea e (astrattamente) provvisoria dell'interdittiva antimafia, rimarca la funzione fondamentale e di raccordo dei poteri/doveri di aggiornamento attribuiti al Prefetto *ex* art. 91, comma 5, del d.lgs. n. 159/2011, per cui l'autorità amministrativa è tenuta[40] a verificare, anche su documentata richiesta dell'interessato, la perdurante sussistenza delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa, sulla cui scorta era stata adottata l'interdittiva[41].

Invero, la valutazione prefettizia di aggiornamento deve necessariamente tener conto dei risultati del controllo giudiziario, i cui esiti favorevoli, pur non potendo autonomamente rilevare come causa sopravvenuta di illegittimità dell'interdittiva in precedenza adottata[42], rappresentano un elemento fondamentale che il Prefetto è tenuto a considerare nell'accertamento dei presupposti che avevano condotto all'adozione dell'interdittiva[43].

Tuttavia, tali indicazioni, seppur condivisibili in astratto, presentano in concreto una scarsa pregnanza significativa, a fronte della ritrosia sovente mostrata dalle Prefetture nell'esitare tempestivamente le istanze di aggiornamento presentate dalle imprese già attinte da interdittiva e, successivamente, nel concludere le procedure di aggiornamento in senso positivo e liberatorio per l'impresa.

[40] Sull'obbligo del Prefetto di esitare l'istanza di aggiornamento proposta dall'impresa *ex* art. 91, comma 5, del d.lgs. n. 159/2011, si veda T.A.R. Reggio Calabria, 25 gennaio 2024, n. 68, con nota di R. Rolli - M. Maggiolini, *Atomo scisso e silenzio prefettizio: tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario (nota a TAR Reggio Calabria, 25 gennaio 2024, n. 68)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2024.

[41] Si veda, al riguardo, T.A.R. Reggio Calabria, 5 luglio 2023, n. 598, laddove i giudici amministrativi, nel delineare puntualmente i momenti valutativi che connotano il potere prefettizio di aggiornamento dell'interdittiva, hanno rilevato che «il venire meno delle circostanze rilevanti di cui all'art. 91, comma 5, del d.lgs. n. 159 del 2011, non dipende dal mero trascorrere del tempo in sé ma dal sopraggiungere di obiettivi elementi diversi o contrari che ne facciano venire meno la portata sintomatica, in quanto ne controbilanciano, smentiscono o superano la forza indiziante (v. Cons. Stato, sez. III, 21 maggio 2021, n. 3915; TAR Napoli, sez. I, 11 maggio 2021 n. 3113)».

[42] Si veda, tra le tante, T.A.R. Palermo, Sez. I, 22 dicembre 2023, n. 3828, laddove è stato ribadito il principio di diritto per cui «la conclusione favorevole del controllo giudiziario di cui all'art. 34-*bis* del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 non è di per sé ostativa a che il Prefetto, in sede di aggiornamento dell'informativa, possa confermare l'informativa antimafia disposta antecedentemente alla sottoposizione al controllo, poiché non può sostenersi che la pronuncia del giudice della prevenzione penale produca un accertamento vincolante o condizionante sul rischio di infiltrazione dell'impresa da parte della criminalità organizzata (Cons. Stato Sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1049, 11 gennaio 2021, n. 319 e 16 giugno 2022, n. 4912)..." (Consiglio di Stato, Sez. III, 8 maggio 2023, n. 4587, punto 7.3.2)». Negli stessi termini, anche il TAR Lazio, Sez. III-*ter*, 24 ottobre 2023, n. 15775, ha rilevato che anche a seguito della positiva conclusione del controllo giudiziario, il giudizio sulla persistenza dei pericoli di infiltrazione mafiosa continua ad essere rimesso al Prefetto, «il quale, una volta intervenuta la misura del controllo, potrebbe valutare l'esito positivo dello stesso, quale sopravvenienza rilevante ai fini dell'aggiornamento e della rivalutazione dell'interdittiva prefettizia, pur restando libero di confermare il provvedimento interdittivo originario».

[43] Al riguardo, nella pronuncia in commento, i giudici evidenziano che la valutazione svolta dal Prefetto *ex* art. 91, comma 5, del Codice antimafia «andrà condotta in contraddittorio secondo il canone della collaborazione e buona fede *ex* art. 1, comma 2-*bis*, della l. n. 241 del 1990 e dovrà concludersi con una determinazione sorretta da congrua ed adeguata motivazione che prenda in considerazione il *novum* rappresentato dall'esito della procedura di controllo giudiziario».

Ne deriva, evidentemente, oltre che una grave aporia del sistema antimafia, un grave *vulnus* di tutela nei confronti dell'impresa attinta da interdittiva antimafia che, nonostante la positiva conclusione del percorso di bonifica espletato ai sensi dell'art. 34-*bis* del Codice antimafia, si ritrova assoggettata alla grave misura interdittiva, venendo così nuovamente (e probabilmente, definitivamente) estromessa dal mercato.

Tali profili di criticità risultano vieppiù gravi ed evidenti ove si consideri che il legislatore ha trascurato di disciplinare puntualmente i rapporti tra interdittiva e controllo giudiziario volontario nel periodo compreso tra la cessazione (con esito positivo) del controllo giudiziario volontario e la definizione da parte della Prefettura del procedimento di aggiornamento *ex* art. 91, co. 5, cod. antimafia (ove eventualmente attivato).

Sicché, a fronte dell'automatica reviviscenza degli effetti dell'interdittiva antimafia, l'impresa viene di fatto a trovarsi in uno stato di *impasse* difficilmente superabile, se non di vera e propria «incondizionata soggezione al potere pubblico»[44], non avendo a disposizione alcuno strumento di tutela idoneo a contrastare i gravi effetti dell'interdittiva ancora valida e (nuovamente) efficace, pur risultando nelle more sanata dagli elementi di contiguità mafiosa in precedenza addotti dal Prefetto.

Invero, alla luce del quadro normativo vigente, all'impresa è precluso sia impugnare dinanzi al giudice amministrativo l'originaria interdittiva, già coperta da giudicato, sia presentare al Tribunale della prevenzione una nuova istanza di ammissione al controllo giudiziario, non essendo stato possibile, per l'appunto, impugnare (nuovamente) l'interdittiva dinanzi al giudice amministrativo.

Sicché, i gravi pregiudizi derivanti dalla reviviscenza dell'interdittiva potrebbero compromettere irrimediabilmente la prosecuzione dell'impresa, vanificando persino l'eventuale rivalutazione favorevole operata dalla Prefettura in sede di aggiornamento proprio sulla scorta degli esiti positivi emergenti dal controllo giudiziario.

Di recente, tali profili sono stati condivisibilmente valorizzati dal T.A.R. Reggio Calabria nell'Ordinanza n. 646/2024, con cui i giudici amministrativi hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 34-*bis*, comma 7, del d.lgs. n. 159/2011 proprio nella parte in cui la citata disposizione «non prevede che la sospensione degli effetti dell'interdittiva conseguente all'ammissione al controllo giudiziario perduri anche con riferimento al tempo, successivo alla sua cessazione, occorrente per la definizione del procedimento di aggiornamento *ex* art. 91, co. 5, cod. antimafia», inferendone perciò la violazione degli artt. 3, 4, 24, 41, 97, 111, 113 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6, 8 e 13 della CEDU e 1 del primo protocollo ad essa addizionale.

È interessante notare come il giudice *a quo*, pur auspicando – *de iure condendo* – un intervento legislativo idoneo a riportare a coerenza il sistema, ritenga che l'aporia costituzionale segnalata possa essere sanata – *de iure condito* – attraverso una sentenza additiva della Corte Costituzionale, volta a protrarre temporalmente gli effetti sospensivi dell'efficacia dell'interdittiva fino alla definizione del procedimento di aggiornamento prefettizio previsto dall'art. 91, comma 5, del Codice antimafia.

[44] In tali termini si è espresso il T.A.R. Reggio Calabria nell'ordinanza 28/10/2024 n. 646, con cui è stata sollevata questione di legittimità Costituzionale dell'art. 34-*bis*, comma 7, del d.lgs. n. 159/2011 per violazione degli artt. 3, 4, 24, 41, 97, 111, 113 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6, 8 e 13 della CEDU e 1 del primo protocollo ad essa addizionale.

In attesa della pronuncia del giudice delle leggi, non pare vi siano dubbi sull'esigenza che le problematiche inerenti ai rapporti tra misure di prevenzione amministrative e penali, cui la giurisprudenza ha meritoriamente tentato di sopperire in sede applicativa, siano definitivamente risolte dal legislatore, attraverso un intervento di riforma organico sull'intero sistema di prevenzione antimafia.

Anche perché, come si è sopra anticipato, molte delle soluzioni approntate dalla giurisprudenza risultano oggi inidonee a garantire la certezza del diritto nell'applicazione di misure particolarmente restrittive per le imprese destinatarie, soprattutto a seguito dell'introduzione della prevenzione collaborativa di cui all'art. 94-*bis*, che infatti rende ancor più inestricabile e difficoltoso il quadro normativo vigente.

Come si è visto, uno dei principali profili problematici è costituito dal fatto che la nuova misura collaborativa rappresenta una duplicazione sul piano amministrativo del già vigente controllo giudiziario volontario, fondandosi su medesimi presupposti, effetti e finalità.

Invero, la prevenzione collaborativa viene considerata come «una sorta di controllo giudiziario senza giudice né amministratore»[45], rappresentando una «misura amministrativa, non più statica, com'era per l'informativa, ma dinamica, speculare rispetto a quella penale»[46].

Ne deriva che, in virtù del canone di gradualità e proporzionalità che permea il sistema della prevenzione antimafia, l'interdittiva deve essere definitivamente collocata, anche nell'ambito della prevenzione amministrativa, come misura di *extrema ratio*, adottabile solo ove la permeabilità mafiosa della compagine societaria travalichi la mera «agevolazione occasionale», assumendo connotati più pervasivi e strutturali[47].

Si impone, dunque, in capo all'autorità amministrativa un puntuale accertamento dei presupposti fondanti l'emissione dell'interdittiva antimafia, da svolgere nel pieno contraddittorio con l'impresa interessata, che devono necessariamente essere esplicitati in motivazione.

Contrariamente a quanto sostenuto in passato in riferimento all'interdittiva antimafia, la valutazione che il Prefetto è chiamato a svolgere non assume di certo una portata esclusivamente diagnostica e statica, dovendo di converso proiettarsi in avanti al fine di valutare l'effettiva idoneità della misura a bonificare l'impresa dagli accertati condizionamenti mafiosi occasionali.

Di qui il rischio, tutt'altro che astratto ed eventuale, che le valutazioni assunte dal Prefetto, culminate nell'adozione dell'interdittiva antimafia sulla scorta dell'asserita sussistenza di una contaminazione mafiosa non solo occasionale, siano smentite dalla decisione del Tribunale di prevenzione che, ripercorrendo il medesimo *iter* logico-giuridico già seguito dall'autorità prefettizia, ritenga invece di ammettere l'impresa già attinta da interdittiva al controllo giudiziario volontario.

Emerge, inoltre, il possibile contrasto tra pronunce rese da organi giurisdizionali (*id*

[45] Cfr. G. Veltri, *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022.

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

[47] Come sostenuto dal T.A.R. Reggio Calabria nella sentenza 3 maggio 2023 n. 392, con l'introduzione della prevenzione collaborativa di cui all'art. 94-*bis* del d.lgs. n. 159/2011 viene a delinearsi «un nuovo modello collaborativo con il mondo produttivo che modula l'afflittività della misura preventiva antimafia in relazione all'effettivo grado di compromissione dell'impresa rispetto al contesto criminale».

est: Tribunale di Prevenzione e giudice amministrativo), ove si consideri che con l'introduzione della prevenzione collaborativa, il giudice amministrativo chiamato a pronunciarsi sul ricorso proposto avverso l'interdittiva vede definitivamente estendersi lo spettro del proprio sindacato di legittimità anche all'eccesso di potere, *sub specie* di difetto di motivazione e/o violazione del principio di proporzionalità, oltre che alla violazione dell'art. 94-*bis* del Codice antimafia, ove sia contestata in giudizio la mancata verifica e/o dimostrazione da parte del Prefetto della sussistenza di elementi tali da escludere che l'agevolazione mafiosa fosse solo occasionale[48].

Sicché, in sintesi, ammettendo l'impresa al controllo giudiziario volontario, il Tribunale della prevenzione accerta la sussistenza di un'agevolazione occasionale, smentendo – *ipso facto* – le valutazioni già svolte dal Prefetto (che ha adottato l'interdittiva) e contrastando – potenzialmente – l'apprezzamento del giudice amministrativo, ove quest'ultimo, accertando la sussistenza di un'agevolazione mafiosa non solo occasionale, ritenga legittima l'interdittiva prefettizia.

La questione, dunque, risulta notevolmente complessa ed inestricabile, in cui il rischio di contrasto tra pronunce rese dai diversi soggetti istituzionali coinvolti nella fattispecie (*id est*: Prefetto, Tribunale di prevenzione e giudice amministrativo) risulta connaturato alla pura e semplice applicazione degli istituti di prevenzione, per come attualmente disciplinati dal Codice antimafia.

La problematica di fondo appare costituita dal fatto che il legislatore ha sovrapposto due misure di prevenzione (prevenzione collaborativa e controllo giudiziario volontario) sostanzialmente analoghe, quanto a presupposti, *ratio* e finalità, ma con natura diversa, cui si interseca ulteriormente la più grave misura interdittiva, rispetto alla quale manca un'adeguata disciplina di coordinamento, formando così un groviglio davvero inestricabile.

Si auspica, pertanto, un prossimo intervento di riforma normativa, che – da un lato – risolva la duplicazione esistente tra controllo giudiziario volontario e prevenzione collaborativa, diversificandone i presupposti, coordinandone i relativi effetti, o in *extrema ratio* abrogando una delle due misure, e – dall'altro lato – disciplini puntualmente i rapporti tra controllo giudiziario volontario ed interdittiva antimafia, nelle diverse fasi comprese tra l'accertamento dei presupposti e la definizione degli effetti, valorizzando e recependo l'importante contributo fornito dalla giurisprudenza (sia penale che amministrativa).

Sempre che, come appare probabile, sulla vicenda non intervenga nelle more la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità dell'art. 34-*bis*, comma 7, del d.lgs. n. 159/2011, sopperendo, ancora una volta, alle lacune ed alle incertezze di una disciplina normativa ancora lontana dal trovare un'adeguata coerenza.

Rocco Parisi

[48] Al riguardo, si segnala la sentenza del T.A.R. Reggio Calabria, 5/7/2023, n. 598, laddove i giudici amministrativi hanno dichiarato l'illegittimità dell'interdittiva adottata dal Prefetto all'esito dell'aggiornamento di cui all'art. 91, comma 5, ritenendo che in quel caso l'autorità amministrativa non avesse adeguatamente «chiarito se gli elementi valorizzati in sede di riesame dal ricorrente possano valere in subordine a ricondurre, dequotandoli, i tentativi di infiltrazione mafiosa a situazioni di agevolazione non più cronica ma occasionale, favorendo l'avvio di un percorso di "decontaminazione" della società onde restituirla al libero mercato attraverso gli strumenti di controllo, diretti o indiretti, previsti dalla norma recentemente introdotta nell'ordinamento».

2. Controllo giudiziario e sospensione degli effetti dell'informazione interdittiva antimafia. Possibili profili di incostituzionalità (nota a T.A.R. Calabria – Reggio Calabria, ordinanza 28 ottobre 2024, n. 646)

Sommario: 1. Introduzione al tema e alla questione giuridica sottoposta alla cognizione del giudice amministrativo. – **2.** L'istituto del controllo giudiziario e i suoi rapporti con l'informazione interdittiva antimafia. – **3.** I paventati profili di incostituzionalità. – **4.** Legalità preventiva e ragionevolezza del sistema: una riflessione conclusiva.

1. Introduzione al tema e alla questione giuridica sottoposta alla cognizione del giudice amministrativo.

Il delicato bilanciamento tra la prevenzione delle infiltrazioni criminali nell'economia e nella fruizione e gestione delle risorse pubbliche e la salvaguardia delle libertà e dei diritti degli operatori economici impegna ampiamente e con sempre maggiore assiduità la giurisprudenza amministrativa e la dottrina. Non di rado, come nel caso in esame, dall'analisi applicativa degli istituti normativi delineati dal decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. "Codice antimafia"), nella sua complessa strutturazione, emergono nodi problematici che fanno sorgere dei dubbi in merito alla piena proporzionalità e ragionevolezza di determinate procedure[1].

Con l'ordinanza in commento il Tribunale amministrativo per la Calabria - Reggio Calabria ha sollevato, dunque, questione di legittimità costituzionale dell'art. 34-*bis*, comma 7 del Codice antimafia, «per contrasto con gli artt. 3, 4, 24, 41, 97, 111, 113 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6, 8 e 13 della CEDU e 1 del primo protocollo ad essa addizionale», nella parte in cui – in caso di ammissione alla misura del controllo giudiziario (di cui al

[1] Cfr., F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e costituzionalità della lotta «anticipata» alla criminalità organizzata,* in *Giustamm*, 2018.

medesimo art. 34-*bis*, comma 1) di un operatore economico, già destinatario di informazione interdittiva – non prevede che la sospensione degli effetti della stessa informazione interdittiva antimafia perduri anche per il tempo necessario alla definizione del procedimento di aggiornamento previsto dall'art. 91, comma 5 cod. antimafia.

L'attuale assetto normativo delinea, infatti, una situazione peculiare, in cui risulta assente un'espressa previsione di legge idonea a regolamentare le dinamiche – pure complesse – che si verificano nella fase terminale del controllo giudiziario c.d. "volontario". Questa mancanza determina, sul piano pratico, rilevanti problematiche con riferimento alla lesione (spesso definitiva) della posizione giuridica dell'operatore economico prodotta a seguito della "riattivazione" del provvedimento interdittivo, nella finestra temporale intercorrente tra la cessazione del controllo giudiziario e l'aggiornamento dell'informazione antimafia ad opera della competente Prefettura.

L'indirizzo interpretativo ormai consolidato, nell'assenza di specifica regolamentazione, ha infatti escluso la protrazione della sospensione degli effetti dell'informativa antimafia, non potendo il controllo giudiziario determinare, *ex se*, il superamento del pregresso provvedimento interdittivo. Il problema si pone, a maggior ragione, a seguito del *revirement* attuato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze nn. 7 e 8 del 13.02.2023, che hanno previsto – nell'ambito dei rapporti tra il giudizio di impugnazione dell'interdittiva e l'ammissione dell'impresa che ne è destinataria al controllo giudiziario – la non necessaria sospensione del primo in costanza del secondo[2]. Ciò vuol dire che, laddove il Giudice amministrativo adito non ravvisi l'illegittimità *ratione temporis* del provvedimento informativo antimafia e, dunque, non ne disponga l'annullamento, nel caso di mancato aggiornamento dell'interdittiva stessa prima dello scadere dei termini di vigenza del controllo giudiziario, l'interdittiva stessa tornerà a produrre tutti i suoi effetti inibitori.

La questione è spinosa, poiché la reviviscenza dell'interdittiva – anche per un tempo brevissimo – non soltanto priva di effettività l'istituto del controllo giudiziario (a maggior ragione se conclusosi con esito positivo e bonificante) e resetta tutte le azioni e i rapporti contrattuali nel frattempo avviati grazie ad esso (con effetti negativi anche sul buon andamento delle Amministrazioni coinvolte), ma finisce altresì per

[2] L'Adunanza plenaria, con le sentenze n. 7 e n. 8 del 13.02.2023, non ha aderito alla tesi della sospensione necessaria del giudizio amministrativo, accolta invece nell'ordinanza di rimessione, affermando il seguente principio di diritto: «la pendenza del controllo giudiziario a domanda ex art. 34-bis, comma 6, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, non è causa di sospensione né del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva, né delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese previste dall'art. 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, per il completamento dell'esecuzione dei contratti stipulati con la pubblica amministrazione dall'impresa destinataria di un'informazione antimafia interdittiva». La Plenaria, non le pronunce in questione, nel ricostruire gli istituti sia da punto di vista sostanziale che da quello processuale, ha rilevato come neppure nella giurisprudenza della Cassazione penale in materia di impugnazione del diniego di ammissione al controllo giudiziario emerga una ricostruzione del rapporto tra l'interdittiva e il controllo giudiziario volontario in termini di pregiudizialità-dipendenza di intensità maggiore rispetto a quella delineata dall'art. 34-*bis* del D. lgs. n. 159 del 2011. Inoltre, aderire alla tesi della sospensione provocherebbe uno snaturamento del sistema tassativo previsto dall'art. 295 c.p.c., con inevitabili ricadute in termini di ragionevole durata del processo e non fondata neanche sull'esigenza di evitare giudicati contrastanti. Cfr., A. Giacalone, *Informazione interdittiva antimafia e controllo giudiziario: analisi del rapporto esistente fra i due istituti e demarcazione dei relativi presupposti*, in questa Rivista, 13 giugno 2024; C. Cappabianca, *Gli effetti sul giudizio amministrativo del controllo giudiziario delle aziende ex art. 34-bis, comma 6, d.lg. n. 159/2011: dopo l'adunanza plenaria n. 7/2023*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2023, 743 ss.

precludere qualsivoglia forma di tutela, anche successiva, in capo al soggetto che ne era destinatario.

Così è avvenuto nel caso specifico sottoposto alla cognizione del T.A.R. Reggio Calabria nella vicenda che ci interessa, laddove un'impresa – colpita da interdittiva e poi ammessa al controllo giudiziario – si era vista risolvere un importante contratto di appalto in corso di esecuzione con ANAS s.p.a., a causa della automatica reviviscenza degli effetti pregiudizievoli dell'interdittiva dopo la cessazione, con esito positivo, del controllo giudiziario. A nulla erano serviti, nell'approssimarsi della scadenza della misura di sorveglianza, gli interventi dell'impresa e della stessa stazione appaltante volti a sollecitare la decisione della Prefettura sulla pendente domanda dell'impresa per l'iscrizione alla *white list* e sul connesso procedimento di aggiornamento dell'interdittiva (avviato d'ufficio dalla Prefettura a seguito della prima e comunque dovuto in conseguenza della conclusione del controllo giudiziario[3]). Spirati i termini del controllo giudiziario (già prorogati una volta per un anno) e in assenza di riscontro da parte degli organi prefettizi, la stazione appaltante non aveva avuto altra possibilità se non quella di disporre la risoluzione delle obbligazioni derivanti dal contratto d'appalto.

A seguito dell'impugnazione di tale provvedimento risolutivo da parte della società appaltatrice, l'adito T.A.R. Reggio Calabria, pur non condividendo la ricostruzione proposta dalla ricorrente (che prospettava, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 34-*bis* cod. antimafia, la protrazione della sospensione degli effetti dell'interdittiva sino alla definizione da parte della Prefettura del procedimento di aggiornamento di cui all'art. 91, comma 5 cod. antimafia[4]), ha accolto provvisoriamente la domanda cautelare sul presupposto del rilievo *ex officio* della questione di legittimità costituzionale, ritenendola non manifestamente infondata e rilevante per le ragioni espresse nell'ordinanza in commento, di cui meglio si dirà nei paragrafi successivi.

2. L'istituto del controllo giudiziario e i suoi rapporti con l'informazione interdittiva antimafia.

Prima di analizzare i profili di possibile incostituzionalità paventati dal Giudice amministrativo nell'ordinanza *de qua*, al fine di meglio inquadrare i contorni della vicenda, è opportuno soffermarsi brevemente sulla configurazione e la *ratio* dell'istituto del controllo giudiziario, nella sua dinamica relazione con il sistema delle interdittive.

[3] Cfr., Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2024, n. 2515, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[4] In sede di delibazione cautelare il Tribunale ha ritenuto l'argomentazione di parte non condivisibile, «ostando alla ricostruzione interpretativa, pur pregevole, prospettata dalla ricorrente in ordine alla protrazione della sospensione degli effetti dell'interdittiva anche dopo la cessazione, con esito positivo, del controllo giudiziario e sino alla definizione da parte della Prefettura del procedimento di aggiornamento *ex* art. 91, co. 5, cod. antimafia, la mancanza nell'ordinamento di una previsione espressa che regolamenti in modo puntuale tale peculiare profilo inerente alla fase terminale dei rapporti tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario c.d. volontario». Il dato testuale espresso dal comma 7 dell'art. 34-*bis* d.lgs. n. 159/2011, è stato considerato dal Giudice amministrativo insuperabile: ricollegando l'effetto tipico che consegue al decreto di ammissione al controllo giudiziario (ovvero la sospensione dell'incapacità a contrattare) alla sua vigenza, qualsiasi diversa interpretazione che, pur nell'ottica di correggere le vistose distorsioni applicative della normativa in esame, tenda a dilatare temporalmente l'effetto in questione oltre il momento di cessazione della misura prescrittiva sarebbe preclusa *in nuce*. Cfr., T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, ord. n. 213/2024, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Com'è noto, il controllo giudiziario è disciplinato all'interno del libro I, titolo II, capo V del Codice antimafia, dedicato precisamente alle "Misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca"[5]. L'istituto trova applicazione, con finalità conservative e recuperatorie, nelle ipotesi in cui il rischio di infiltrazione mafiosa sia meramente occasionale e il condizionamento subito dall'impresa si presenti a un livello embrionale, non essendosi ancora realizzata un'opera di "immedesimazione" della realtà aziendale con l'organizzazione criminale[6].

Il controllo giudiziario può essere attuato a due differenti livelli di intensità: attraverso l'obbligo di comunicazione periodica al Questore e al nucleo di polizia tributaria degli atti di disposizione patrimoniale o di altri atti o contratti individuati dal Tribunale; ovvero, in termini più penetranti, attraverso la nomina di un amministratore, che però – diversamente da quanto avviene nell'ambito dell'istituto dell'amministrazione giudiziaria, disciplinato dal precedente art. 34 – non si sostituisce all'impresa, ma assume funzioni di tutoraggio e di bonifica, riferendo periodicamente al giudice delegato e al pubblico ministero sull'andamento e sugli esiti dell'attività di controllo.

L'impresa, in costanza di controllo giudiziario, rimane, dunque, in ogni caso titolare diretta della propria attività.

Il controllo giudiziario si presenta, in tutta evidenza, come uno strumento agevolatorio, che pone in essere una "vigilanza prescrittiva" idonea a monitorare le azioni e i rapporti dell'impresa e, al contempo, a salvaguardare la continuità dell'attività imprenditoriale, anche nella prospettiva terapeutica di una sua bonifica. È l'unica misura di prevenzione la cui applicazione, in un'ottica innovativa di cooperazione tra amministrazione e impresa, può essere disposta (laddove l'impresa sia già destinataria di un'informativa antimafia interdittiva impugnata in sede amministrativa) anche a seguito di un'istanza di parte, dal cui accoglimento discende la sospensione degli effetti dell'interdittiva e la possibile ricollocazione dell'imprenditore sul mercato. La stessa Corte di cassazione ha riconosciuto che la misura in questione è stata prevista dal legislatore proprio allo scopo specifico di offrire un'alternativa al binomio sequestro/confisca dei beni del soggetto portatore di pericolosità, in attuazione del principio di proporzionalità e in vista di un possibile recupero dell'impresa[7].

La valutazione effettuata dal Giudice penale nel concedere la misura del controllo giudiziario è molto diversa da quella che compete al Prefetto con riferimento all'emanazione del provvedimento interdittivo. Non è una valutazione, per così dire, "statica", poiché non fotografa – come invece fa l'interdittiva antimafia – una situazione di ri-

[5] L'istituto appartiene a quelle misure di prevenzione patrimoniali "altre", differenti rispetto alle forme di intervento patrimoniale tradizionali quali la confisca e il sequestro.

[6] Cfr., M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in questa Rivista, 12 maggio 2022; R. Rolli - V. Bilotto - F. Bruno, *Interdittive antimafia e il loro difficile (e travagliato) rapporto con il controllo giudiziario volontario: un quadro di insieme in attesa dell'Adunanza Plenaria,* in *www.ratioiuris.it*, 15 febbraio 2023; Id., *Interdittive antimafia e controllo giudiziario volontario: l'Adunanza plenaria mette la parola fine (?) Al dibattuto rapporto tra i due istituti*, in *www.ratioiuris.it*, 24 aprile 2023; M. Mazzamuto, *Il salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa*, in *Sistema penale*, 2020. Per una ricostruzione più ampia e organica dell'istituto del controllo giudiziario nell'ambito del sistema amministrativo antimafia, si veda V. Salamone, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019.

[7] Cfr. Cass. pen., sez. I, 28 gennaio 2021, n. 24678; Id., sez. II. 31 maggio 2021, n. 21412.

schio di infiltrazione mafiosa in un determinato momento storico, ma realizza, invece, un giudizio prognostico circa l'emendabilità di una situazione già rilevata, connotata dal rischio di condizionamento o agevolazione di soggetti criminali, con il fine del risanamento dell'impresa e del suo riallineamento a un contesto economico sano. Quand'anche l'interdittiva non sia annullata dal giudice amministrativo, e dunque si accerti l'esistenza di infiltrazioni mafiose, l'esigenza di risanamento dell'impresa stessa non potrebbe comunque ritenersi venuta meno[8].

Ferma la distinzione ontologica e finalistica dei due istituti, è tuttavia innegabile che tra controllo giudiziario c.d. volontario e informazioni interdittive antimafia esistano importanti connessioni, che si manifestano su diversi piani.

Emerge innanzitutto una connessione procedurale, poiché l'impugnazione del provvedimento interdittivo dinanzi al Giudice amministrativo rappresenta una condizione imprescindibile ai fini della richiesta al Tribunale ordinario (in funzione di Giudice della prevenzione) della disposizione del controllo giudiziario.

Vi è poi una connessione effettuale, dal momento che l'ammissione a controllo giudiziario determina, ai sensi dell'art. 34-*bis*, comma 7, l'automatica sospensione degli effetti dell'interdittiva per tutta la durata del controllo stesso. La sospensione *ex lege* degli effetti dell'informazione interdittiva antimafia rimane comunque *ad tempus*, legata all'effettiva pendenza del controllo giudiziario[9].

Esiste, altresì, una connessione sostanziale: benché dall'esito del controllo giudiziario non derivi alcun vincolo formale per la Prefettura (che, in sede di riesame e aggiornamento dell'interdittiva antimafia, ben potrà confermare il provvedimento[10]), è ra-

[8] Secondo l'orientamento del Consiglio di Stato, ripreso e ampliato dall'Adunanza plenaria con le già richiamate sentenze n. 7 e n. 8 del 13.02.2023, l'esito favorevole del controllo e l'eliminazione del rischio di infiltrazione non rilevano nel giudizio amministrativo di impugnazione del provvedimento interdittivo, che riguarda invece gli elementi esistenti al momento della sua emanazione: «il controllo giudiziario presuppone l'adozione dell'informativa, rispetto alla quale rappresenta un post factum" (…) perché inevitabilmente diversi sono gli elementi fattuali considerati anche sul piano diacronico nelle due diverse sedi (…) la valutazione finale del giudice della prevenzione penale si riferisce dunque alla funzione tipica di tale istituto, che è un controllo successivo all'adozione dell'interdittiva, ed ha riguardo alle sopravvenienze rispetto a tale provvedimento». Così., Cons. di Stato, sez. III, sent. 11 gennaio 2021, n. 319, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con nota di R. Rolli - M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e controllo giudiziario*, in questa Rivista, 12 febbraio 2021. Se sul piano formale i due giudizi appaiono autonomi, è evidente che le due differenti delibazioni compiute dal Giudice Amministrativo e dal Giudice della prevenzione finiscano, comunque, per influenzarsi. Nell'ambito di un recente giudizio presso il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, il Giudice Amministrativo, che aveva inizialmente negato la concessione della misura cautelare sospensiva, ha infine accolto il ricorso in appello, annullando l'informazione antimafia, proprio a partire dalle risultanze della (successiva) delibazione di ammissibilità al controllo giudiziario. Cfr., CGA, sentenza n. 13 del 4 gennaio 2023, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[9] L'informazione interdittiva antimafia, come già ricordato, riprenderà i propri effetti una volta chiusa (per scadenza naturale o provvedimento anticipato dell'a.g.o.) la procedura *ex* art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159 del 2011, rimanendo comunque salvo, in ogni caso, anche prima della chiusura del controllo giudiziario, il potere-dovere della Prefettura *ex* art. 91, comma 5, ultimo periodo del D.lgs. n. 159 del 2011, di aggiornare, in sede amministrativa, anche su richiesta dell'interessato «*l'esito dell'informazione al venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa*», pure, se del caso, prendendo in considerazione i risultati provvisori (ovvero definitivi) del controllo giudiziario medesimo. Cfr., Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2024, n. 2515, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[10] Deve «escludersi che il controllo giudiziario sia in grado di cancellare gli eventi che in passato hanno dato sostanza al rischio infiltrativo, in guisa da assumere oltre ad una funzione cautelare e bonificante, anche una funzione riabilitante, poiché così ragionando si andrebbe oltre la volontà del legislatore, sino a costruire una sistema di prevenzione penale/amministrativa in cui l'informativa assume il ruolo di condizione di procedibilità del controllo giudiziario a domanda, e quest'ultimo quello di un percorso che esenta l'imprenditore da qualsivoglia effetto

gionevole ritenere che il positivo riscontro dei requisiti di "occasionalità" e "non definitività" del rischio di infiltrazione mafiosa – che costituiscono i presupposti necessari della misura conservativa, ponderati a tal fine dal Giudice – e, soprattutto, la cristallizzazione della positiva conclusione del controllo (riferendosi, sia pure in via incidentale e in proiezione de futuro, a quegli stessi elementi indiziari sulla base dei quali il Prefetto formula la propria prognosi di rischio infiltrativo) acquisiscano un peso specifico nell'ambito di tale valutazione.

Di talché, laddove il Prefetto ritenesse di confermare ugualmente l'interdittiva, considerando ancora attuale il rischio di condizionamento mafioso, per non incorrere nel vizio di eccesso di potere e nel conseguente annullamento giudiziario, il provvedimento confermativo dovrebbe essere sottoposto a un onere motivazionale rinforzato, non essendo sufficiente il richiamo alla mera persistenza degli elementi indiziari posti a base dell'originaria informativa, ma dovendo anche evidenziarsi le ragioni che rendono le conclusioni raggiunte dal Giudice della prevenzione non idonee ad accogliere una prognosi differente da parte dell'Autorità amministrativa prefettizia[11]. Diversamente opinando verrebbe snaturata la stessa funzione del controllo giudiziario, da cui deriverebbe soltanto l'effetto di sospendere temporaneamente e, dunque, posticipare le conseguenze del provvedimento interdittivo[12].

3. I paventati profili di incostituzionalità.

Secondo la ricostruzione del Tribunale amministrativo reggino, la sopravvivenza dell'informazione interdittiva antimafia alla conclusione favorevole del controllo giudiziario, se pur obbligatoriamente necessitante di una rivalutazione da parte del Prefetto ai sensi dell'art. 91, comma 5, cod. antimafia, non sarebbe evitabile (neppure attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata), a causa della mancanza di una previsione normativa espressa idonea a regolamentare gli effetti del provvedimento interdittivo nelle more dello svolgimento dello stesso procedimento prefettizio di aggiornamento.

Da tale circostanza derivano, sul piano pratico, pericolosi effetti distorsivi, idonei a mettere in dubbio la coerenza dell'impianto della norma con i principi costituzionali di riferimento.

La doverosità dell'avvio del procedimento di riesame dell'interdittiva – nelle forme dell'autotutela revocatoria, al fine di valutar-

interdittivo nei rapporti con la Pubblica amministrazione (dapprima in sede cautelare e poi in forza dell'effetto riabilitante)». Cfr., Consiglio di Stato sez. III, 16 giugno 2022, n. 4912**,** in *www.giustizia-amministrativa.it*, con nota di G. Botto, *Sul rapporto tra controllo giudiziario ad esito favorevole e aggiornamento dell'informativa antimafia*, in questa Rivista, 5 ottobre 2022.

[11] Cfr., Consiglio di Stato sez. III, 16 giugno 2022, n. 4912**,** cit. Sul tema di segnala una interessante decisione del T.A.R. Puglia, Sez. II, 15 luglio 2022, n. 1044 in *www.giustizia-amministrativa.it*, con cui il Giudice ha accolto il ricorso presentato da un'impresa raggiunta da provvedimento interdittivo malgrado l'esito positivo del controllo giudiziario, proprio sulla scorta del difetto di motivazione del provvedimento prefettizio, che non aveva preso in debita considerazione gli elementi riportati nella relazione dell'amministratore giudiziario.

[12] Con riferimento all'aggiornamento dell'interdittiva, fondato anche sulla valutazione degli elementi intervenuti a seguito del provvedimento originario «si potrebbe considerare sussistente un obbligo del Prefetto di provvedere sulla istanza di riesame, dovendo avere rilevanza la sopravvenienza tenuta in considerazione dal legislatore (la conclusione positiva del controllo giudiziario)»: così, Cons. Stato, Sez. III, 6 luglio 2022, n. 5615, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

ne, attraverso un'adeguata istruttoria e con le opportune garanzie di contraddittorio, la perdurante necessità – è stata saldamente argomentata dalla giurisprudenza[13]. Laddove tale procedimento di secondo grado venga definito prima dello spirare del termine di conclusione del controllo giudiziario, non si pone alcun problema, poiché sull'interdittiva originaria inciderebbe – nel bene o nel male – la nuova valutazione prefettizia.

Le Prefetture hanno, però, maturato in materia una prassi dannosa (sulla quale la stessa giurisprudenza amministrativa si è pronunciata in termini negativi[14]), che prevede la necessaria preventiva acquisizione della relazione conclusiva del controllo giudiziario e, dunque, l'avvio del procedimento di aggiornamento *ex* art. 91, comma 5 cod. antimafia quando gli effetti dell'interdittiva hanno già ripreso a manifestarsi.

Tale circostanza, sommata alla mancanza di un'apposita disciplina normativa della fattispecie, determina la "materializzazione" di un paradossale frangente temporale in cui il privato imprenditore destinatario dell'interdittiva risulta privo di qualsivoglia tutela e destinato a subire inerme gli effetti pregiudizievoli discendenti dal ripristino dell'efficacia dell'interdittiva. Prima della conclusione del procedimento di riesame, il privato non potrà né (re)impugnare l'originaria informazione antimafia, in quanto già coperta da giudicato, né presentare una nuova domanda di ammissione al controllo giudiziario, difettando in questo caso il presupposto processuale dell'avvenuta contestazione in sede giurisdizionale dell'interdittiva (che si manifesterebbe solo a seguito dell'eventuale e futuro provvedimento prefettizio di conferma).

Il T.A.R. Calabria – Reggio Calabria opportunamente utilizza l'espressione "limbo" per definire la posizione dell'operatore economico *post* controllo giudiziario, che risulta incapace di reagire in qualsiasi modo alla situazione derivante dalla mancata definizione del provvedimento di aggiornamento prefettizio e che dovrà, dunque, passivamente accettare, con conseguenze irreversibili, l'immediata e automatica risoluzione dei rapporti contrattuali in essere – come nel caso in esame – o l'esclusione dalle procedure di gara eventualmente in fase di aggiudicazione.

Tali conseguenze sono irreversibili per la fisiologica dinamica temporale dei provvedimenti coinvolti. La perdita del requisito di gara – legato alla insussistenza di tentativo di infiltrazione mafiosa – non potrebbe, infatti, essere superata né dall'eventuale successiva informazione liberatoria (che avrebbe chiaramente efficacia *ex nunc*), né dall'accoglimento della domanda cautelare proposta con l'impugnativa della nuova

[13] Al carattere provvisorio e statico dell'interdittiva antimafia corrisponde l'obbligo della Prefettura di provvedere al suo aggiornamento. La rivalutazione prefettizia risulta doverosa, anche in mancanza di un'iniziativa di parte, in forza del disposto dell'art. 86, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, così come interpretato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 57/2020. Proprio dalla natura della valutazione sottesa all'interdittiva antimafia (che si limita a fotografare una certa realtà in un dato momento storico) deriva la scelta legislativa di disciplinare un meccanismo di necessario aggiornamento della stessa, come previsto all'art. 91, comma 5, cod. antimafia. La giurisprudenza ha, dunque, affermato il principio secondo cui, attesa l'autonomia per così dire funzionale tra la misura amministrativa dell'interdittiva antimafia e quella giurisdizionale del controllo giudiziario, è illegittimo il silenzio opposto dalla prefettura alla richiesta di riesame della misura amministrativa. Cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 25 gennaio 2024, n. 68, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con nota di R. Rolli - M. Maggiolini, *Atomo scisso e silenzio prefettizio: tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario*, in questa *Rivista*, 8 maggio 2024. Sul punto, di recente si è pronunciato anche il T.A.R. Sicilia, Sez. I, con sentenza 16 luglio 2024, n. 2247: «il decorso del termine annuale *ex* art. 86, comma 2, d.lgs. n. 159/2011 non produce *ex se* la perdita di efficacia del provvedimento interdittivo, (…) ma produce l'effetto (strumentale e procedimentale) di imporre all'Autorità prefettizia il riesame della vicenda complessiva (…) ai fini dell'aggiornamento della originaria prognosi interdittiva».

[14] Cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 25 gennaio 2024, n. 68, cit.

interdittiva eventualmente emessa con il procedimento di riesame (la cui efficacia potrebbe retroagire solo fino al momento dell'adozione del provvedimento impugnato, non potendo tuttavia neutralizzare gli effetti prodottisi anteriormente, nel periodo di "riemersione" dell'originaria interdittiva).

Partendo da tali considerazioni, il Giudice amministrativo motiva il contrasto della normativa, innanzitutto, con l'art. 3 della Costituzione, evidenziando la possibilità che si verifichi – soprattutto nel settore degli appalti pubblici, come nel caso oggetto di controversia – un trattamento disomogeneo tra situazione sostanzialmente identiche[15]. A fronte dell'immobilismo forzoso dell'impresa reduce di controllo giudiziario e in attesa di aggiornamento dell'informativa antimafia, all'impresa che abbia invece la possibilità immediata di impugnare il provvedimento interdittivo, anche confermativo del precedente, risulta assicurata non soltanto una tutela giurisdizionale effettiva avverso il provvedimento lesivo, ma pure la facoltà di richiedere nuovamente la sottoposizione a controllo giudiziario volontario, anche nei casi in cui non venga accolta la domanda cautelare sospensiva nell'ambito del giudizio di impugnazione. Viene così garantita la possibilità di mantenere in vita i contratti d'appalto già stipulati al momento dell'adozione dell'interdittiva[16], così come quella di proseguire la gara in corso «se, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34-*bis*» (come dispone il nuovo Codice dei contratti pubblici: art. 94, comma 2, D.lgs. n. 36/2023).

Considerazioni sostanzialmente identiche vengono richiamate per supportare la possibile illegittimità dell'art. 34-*bis*, comma 7 cod. antimafia per violazione degli artt. 24 e 117, comma 1 Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 13 della CEDU). In questo caso, ciò che rileva è la pregnante compressione del diritto di difesa dell'interessato, al quale viene, di fatto, preclusa la possibilità di attivare qualsiasi rimedio giurisdizionale, «tanto contro gli 'effetti ripristinati' dell'interdittiva, già oggetto di sindacato giudiziale definitivo, quanto, per evidente mancanza di interesse, contro il provvedimento – sempre ad ammettere che il giudice della prevenzione debba formalmente adottarlo – dichiarativo della cessazione del controllo per scadenza del termine massimo di durata»[17].

Nella ricostruzione del T.A.R. Calabria, i dubbi di costituzionalità della norma emergono anche con riferimento all'art. 97 Cost., dunque ai principi di buon andamento, ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa. Esponendo l'impresa, nonostante l'esito favorevole del controllo giudiziario e prim'ancora della valutazione dell'autorità prefettizia in merito alla utilità delle misure di *self cleaning* attuate nel periodo del controllo, a tutti gli effetti pregiudizievoli che il medesimo istituto del controllo giudiziario avrebbe dovuto evitare, si verifica una sorta di "corto circuito" normativo, una

[15] L'asimmetria tra le posizioni giuridiche prese in considerazione è stata evidenziata, in altro contesto, anche dalla Cassazione penale, che ha rilevato come il soggetto che solleciti la revisione del provvedimento interdittivo e adisca il giudice amministrativo invocando l'annullamento dell'eventuale provvedimento di rigetto sia portatore di «una situazione giuridica più fievole di colui che contesta la conformità a diritto dell'originaria informazione interdittiva»: cfr., Cassazione penale, sentenza n. 19154/2023.

[16] Facoltà, questa, già riconosciuta dalla prevalente giurisprudenza sotto il previgente Codice dei contratti pubblici, ai sensi dell'art. 80, comma 2, ultimo periodo. Cfr., Cons. St., sez. V, 14 aprile 2022, n. 2847 e, da ultimo, TAR Toscana, sez. IV, 30 settembre 2024, n. 1074, in *www.giustizia-amministrativa.it*), ma anche quella di ottenere l'aggiudicazione quand'anche l'interdittiva sia stata emessa in corso di gara.

[17] Cfr. ordinanza in commento, 31.

situazione paradossale in cui vengono rinnegate sul piano effettuale le stesse finalità che il legislatore si era fissato nel prevedere la normativa applicata[18]. L'impresa si trova, infatti, nuovamente esposta agli effetti negativi dell'interdittiva e tanto basta per ostacolare (se non rendere addirittura impossibile) il processo di recupero alla legalità intrapreso sotto l'egida del Tribunale penale.

L'irragionevolezza del quadro regolatorio emerge, in particolare, nei casi in cui la verifica prefettizia si concluda in modo favorevole, con un positivo apprezzamento della funzione bonificante del controllo giudiziario e, dunque, con l'emissione di un'informazione liberatoria. In questo caso il disallineamento dei tempi procedimentali determina, come sopra rilevato, il sostanziale azzeramento dell'azione – evidentemente virtuosa – nel frattempo costruita dall'impresa nei suoi rapporti con la Pubblica amministrazione, con buona pace degli sforzi compiuti dal privato e dalle istituzioni in questa direzione.

Con particolare riguardo al principio di proporzionalità, l'ordinanza di rimessione evidenzia altresì l'assenza di qualsivoglia meccanismo di graduazione nella riespansione degli effetti pregiudizievoli dell'interdittiva, che avrebbe potuto essere modulata dal legislatore sul piano degli effetti (consentendo, ad esempio, l'esecuzione dei contratti in corso o lasciando impregiudicato l'esercizio delle attività soggette a regime autorizzatorio) ovvero attuato con soluzioni meno afflittive, come il meccanismo della condizione risolutiva di cui all'art. 92, comma 3 cod. antimafia, previsto nel caso di inosservanza del termine per il rilascio dell'informazione antimafia, o, ancora, mediante la *prorogatio* del controllore giudiziario sino alla definizione del procedimento di riesame.

A ben vedere, il danno che si produce in questi casi, assume una portata bidirezionale.

Dalla distorsione attuativa della normativa non discende soltanto un pregiudizio irreversibile per il privato operatore economico, ma anche un coinvolgimento lesivo degli interessi dei soggetti pubblici con cui esso entra in rapporto. Si pensi, nell'ambito del sistema dei contratti pubblici, alle stazioni appaltanti che – avendo avviato rapporti giuridici con soggetti ritenuti affidabili dall'ordinamento (in vigenza del controllo giudiziario) – si trovino, di punto in bianco a dover sospendere gare, lavori e forniture, ripartendo poi da zero, con un nuovo procedimento ad evidenza pubblica e tutto ciò che ne consegue in termini di dispendio di risorse economiche e funzionali, nonché con un allargamento potenzialmente molto vasto dei tempi di realizzazione del servizio o della fornitura, a discapito dell'interesse della collettività. Da qui il potenziale contrasto dell'art. 34-*bis*, comma 7, sempre nella cornice dell'art. 97 Cost., anche con riguardo ai principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

La norma censurata, tenuto conto della portata estremamente ampia e incisiva delle conseguenze che discendono dall'applicazione di un'interdittiva antimafia, che inibisce sia i rapporti con la pubblica amministrazione, sia le attività private sottoposte a regime autorizzatorio, rileva secondo il Collegio reggino anche con riguardo a «l'art. 4 Cost., determinando un ingiustificato, e non necessario, sacrificio del diritto al lavoro, e, per le stesse ragioni, l'art. 41 Cost., pre-

[18] L'espressione "effettività rinnegante", coniata con precipuo riferimento al diritto penitenziario, ma utilizzabile in qualunque ambito, esprime lo scostamento tra il diritto affermato in sede normativa e la sua effettività, data da una «illegalità ufficiale attraverso la non applicazione e la manipolazione amministrativa delle norme». Cfr., F. Bricola, *Il carcere "riformato"*, Bologna, 1977, ora in Id., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997.

giudicando incisivamente il libero esercizio dell'attività di impresa»[19].

4. Legalità preventiva e ragionevolezza del sistema: una riflessione conclusiva.

Il sistema amministrativo della lotta alla criminalità organizzata si muove sul confine mobile della ricerca del miglior equilibrio possibile tra interessi che spesso appaiono tra loro contrastanti. Sia pur in costanza dell'apprezzabile sforzo del legislatore – da ultimo attuato con la novella del Codice antimafia del 2021 – verso la predisposizione di un sistema di prevenzione più articolato e gradualistico, è innegabile che si manifestino ancora in materia numerose distorsioni applicative, quasi sempre a discapito della parte imprenditoriale.

L'incidenza dell'istituto sulla libertà imprenditoriale resta evidentemente un problema aperto, rispetto al quale a volte l'eccessiva lesività (che emerge sul piano pratico) si lega alla incapacità di far "dialogare" virtuosamente tra loro i diversi istituti previsti dalla normativa di settore.

In tale contesto la giurisprudenza amministrativa ha svolto e svolge un ruolo estremamente rilevante, non soltanto nel tutelare le posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti, ma anche e soprattutto nel fornire al legislatore importarti stimoli riformatori[20]. Lo ha fatto nel caso esaminato in questo scritto, suggerendo alla Corte costituzionale l'adozione di una sentenza additiva, con la quale connettere l'illegittimità costituzionale dell'art. 34-*bis*, comma 7 del Codice antimafia alla mancanza di una previsione espressa di raccordo tra questo istituto e il suo naturale contraltare amministrativo, ovvero l'informazione interdittiva antimafia.

La pronuncia della Consulta sulla questione sollevata dal T.A.R. Reggio Calabria sarà senz'altro molto importante. Nelle more della sua pubblicazione, qualsivoglia riflessione sul tema – pur considerando sempre le ragioni della lotta contro le mafie e i loro subdoli condizionamenti come vitali e primarie per il nostro ordinamento – non può che partire dalla constatazione che una misura di prevenzione non dovrebbe mai atteggiarsi come una sorta di sanzione anomala e che la legalità repressiva non dovrebbe mai confondersi con la legalità preventiva[21], i cui strumenti ed obiettivi dovrebbero, a loro volta, essere sempre collocati su un piano perpendicolare ma differente rispetto a quelli della prima.

Silia Gardini

[19] Cfr. ordinanza in commento, pag. 45.

[20] Si pensi alle riflessioni sull'istituto del contradditorio, prima escluso nell'ambito dei procedimenti in materia di informative antimafia, oggi recepite dal legislatore, in particolare dopo la sentenza della Sez. III del Consiglio di Stato del 10 agosto 2020, n. 4979.

[21] Sulla distinzione tra legalità repressiva e legalità preventiva, cfr. V. Nuvolone, *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1973, 470. Di recente essa è stata ripresa dalla stessa Corte costituzionale, con la pronuncia n. 24/2019, in *www.cortecostituzionale.it*.

3. Il fattore tempo nell'aggiornamento prefettizio dell'interdittiva antimafia

L'interdittiva antimafia e il tempo "vuoto" tra controllo giudiziario e aggiornamento prefettizio (nota a TAR Calabria, Reggio Calabria, ord. 9 ottobre 2024, n 646)

Sommario: 1. Premessa. – **2.** La vicenda sottesa all'ordinanza e l'emersione del *vulnus* normativo. – **3.** Il controllo giudiziario antimafia: genesi, natura e tensioni sistemiche. – **4.** Il bilanciamento costituzionale e la questione di legittimità. – **5.** La rilevanza della questione e la motivazione del rinvio alla Corte Costituzionale. – **6.** Conclusioni.

1. Premessa.

L'ordinanza n. 646/2024 del Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, interviene in un contesto segnato da particolare complessità e delicatezza, caratterizzato da un profondo dialogo che coinvolge il giudice amministrativo, la normativa antimafia e i principi costituzionali. Ciò che, a modesto avviso di chi scrive, induce a ritenere quale necessario segnalare il provvedimento poc'anzi menzionato non è la sola circostanza che i giudici, con tale ordinanza, abbiano proceduto ad un'approfondita disamina dei rapporti insistenti tra l'informazione interdittiva antimafia e la misura del controllo giudiziario *ex* art. 34-*bis* d.lgs. 159/2011 (cosiddetto Codice Antimafia), ma soprattutto il fatto che con il provvedimento oggetto della presente nota sia stata sollevata, in via incidentale, una questione di legittimità costituzionale destinata ad avere un impatto sistemico.

Come si vedrà meglio a breve, l'elemento di maggiore rilievo che emerge dall'analisi dell'ordinanza oggetto del presente commento risiede, infatti, nell'individuazione di un vero e proprio "vuoto normativo" nel sistema della prevenzione antimafia. Tale "carenza normativa" si riferisce alla fase intercorrente tra la cessazione del controllo giudiziario, disposto dal Tribunale Sezione Misure di Prevenzione, e la conclusione del procedimento di aggiornamento prefettizio in materia di informazione antimafia *ex* art. 91, co. 5, cod. antimafia. Si tratta di un segmento temporale che, seppur potenzialmente di breve durata, riveste un ruolo cruciale da un punto di vista giuridico. In tale frangente, infatti, si determina l'automatica reviviscenza dell'interdittiva antimafia e, quindi, degli effetti della medesima, circo-

stanza che ha quale conseguenza la perdita dei requisiti di moralità nonché di capacità contrattuale dell'impresa. Tale effetto viene a prodursi a prescindere dall'esito positivo con cui si è concluso il percorso "bonificante", al quale si è dato seguito in ragione dell'adozione della misura di s*elf cleaning*, svoltosi sotto l'egida del tribunale penale.

L'assenza di un'esplicita previsione normativa in virtù della quale sarebbe consentito "congelare" gli effetti dell'interdittiva anche oltre il momento in cui vi è la scadenza della misura di vigilanza prescrittiva e, dunque, fino alla conclusione del procedimento di aggiornamento di cui l'art. 91, co. 5, d.lgs. 159/2011, è, secondo la posizione che emerge dall'ordinanza in esame, fonte di plurime criticità costituzionali nei termini, principalmente, del principio di uguaglianza, di quello di proporzionalità, della libertà d'impresa, del giusto procedimento e dell'effettività della tutela giurisdizionale. Da qui la decisione dei giudici amministrativi, i quali con tale pronuncia hanno fatto emergere, in maniera pienamente consapevole, la sussistenza di un delicato equilibrio tra la prevenzione delle infiltrazioni mafiose e la salvaguardia dei diritti fondamentali degli operatori economici, di rimettere la questione all'illustrissima Corte Costituzionale.

L'intervento del giudice calabrese, così come è facile comprendere alla luce dei numerosi interventi giurisprudenziali sul tema, si colloca in un contesto temporale caratterizzato da un singolare fermento interpretativo e legislativo in materia di interdittive antimafia. All'uopo emerge chiaramente l'esigenza di interrogarsi sempre di più sul rapporto insistente tra la legalità sostanziale e la tutela dei valori economici, al fine di giungere nel prevedere un'azione amministrativa che sia non solo efficace, ma anche più giusta e ragionevole.

2. La vicenda sottesa all'ordinanza e l'emersione del *vulnus* normativo.

La vicenda oggetto dell'ordinanza del TAR Calabria pubblicata in data 28 ottobre 2024, prende le mosse dall'impugnazione proposta avverso l'informazione interdittiva antimafia emessa dalla Prefettura di Reggio Calabria nei confronti di una società operante nel settore edilizio ed attiva su tutto il territorio nazionale. La società ricorrente, con sentenza emessa dai giudici amministrativi del Tribunale calabrese, si vede accolto il proprio ricorso. Tuttavia, avverso tale atto, con cui era stato disposto l'annullamento del provvedimento interdittivo, propone appello, dinanzi il Consiglio di Stato, l'Amministrazione dell'Interno. I giudici di palazzo Spada, quindi, accogliendo la domanda cautelare proposta, con ordinanza sospendono la sentenza impugnata con il conseguente ripristino degli effetti della misura interdittiva.

A seguito di ciò, la società ricorrente, in persona del suo legale rappresentante e per mezzo dei propri legali, richiede, ai sensi dell'art. 34-*bis*, co. 6, d.lgs. 159/2011, l'applicazione del controllo giudiziario[1].

A seguito della richiesta della società, il Tribunale di Reggio Calabria, Sezione Misure di Prevenzione, accertata la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge e sentiti i soggetti di cui al comma sesto del succitato articolo, ha accolto tale richiesta e, in conseguenza di ciò, disposto la misura del

[1] In materia di controllo giudiziario volontario si rinvia a C. Visconti, *Il controllo giudiziario "volontario"*, 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.

controllo giudiziario. Con l'ammissione della società alla misura di *self cleaning* di cui si discute, si è dato avvio ad un percorso di vigilanza in cui la società è stata sottoposta ad un'attività di monitoraggio svolta dall'amministratore giudiziario nominato dal Tribunale, al quale è attribuito il compito di supervisionare l'andamento societario e di accertare la trasparenza con cui opera la società medesima. D'altronde, è stato a più riprese precisato, tanto dalla Suprema Corte di Cassazione quanto dalla giurisprudenza amministrativa, che il controllo giudiziario ha quale obiettivo quello di mitigare gli effetti della prognosi infiltrativa e di effettuare una "bonifica" dell'impresa in odore di mafia[2]. In altri termini, tale misura ha quale finalità quella di affrancare la società da eventuali condizionamenti mafiosi, così come espresso dalla "Commissione Fiandaca". Infatti, il controllo giudiziario ha quale obiettivo quello di consentire il "disinquinamento" mafioso delle società e di, al contempo, garantire una "continuità produttiva e gestionale" delle attività economiche[3].

Dalla trattazione dei fatti di causa, così come descritti nella sentenza oggetto della presente nota, emerge che, in conformità a quella che ormai si presenta come la giurisprudenza amministrativa maggioritaria[4], il Tribunale, accolta favorevolmente la domanda di ammissione al controllo giudiziario, con ordinanza disponeva il giudizio di appello in attesa della conclusione del controllo giudiziario.

La società, quindi, dal momento che aveva richiesto ed ottenuto la misura di sorveglianza prescrittiva del controllo giudiziario, presenta istanza di iscrizione nella c.d. white list[5] alla Prefettura, la quale, verificato che non sussistano le cause di decadenza, sospensione o divieto di cui all'art. 67 D.lgs. n. 159/2011 nonché, accertata l'assenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa *ex* art. 84 comma 3 Codice Antimafia, ha provveduto all'iscrizione della società nel suddetto elenco[6].

In ragione di ciò, la società prendeva parte alla procedura di gara bandita dall'Anas Toscana avete ad oggetto l'esecuzione di una serie di opere di attraversamento, risultandone vincitrice e procedendo, così, alla sottoscrizione del contratto d'appalto.

Tuttavia, a causa dell'inversione di tendenza manifestatasi in seno all'Adunanza Plenaria in materia di rapporti tra il giudizio di impugnazione dell'interdittiva antimafia e il c.d. controllo giudiziario[7], il Consiglio di Stato giungeva nell'accogliere l'appello pro-

[2] Cfr. Cass. pen., Sez. I, 28 gennaio 2021, n. 24678; nonché Cass. pen. Sez. II. 31 maggio 2021, n. 21412. Per quanto attiene la giurisprudenza amministrativa, invece: cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2024, n. 3266; nonché Cons. Stato, Sez. III, 25 luglio 2022, n. 6566.

[3] Cfr. G. Fiandaca, *Proposte di intervento in materia di criminalità organizzata*, in *www.penale-contemporaneo.it.*, 12 febbraio 2014.

[4] Sul punto si veda Cons. Stato, sez. III, 10 maggio 2019, ord. n. 4873; e 10 luglio 2019, ord. n. 5482.

[5] Definibili come un elenco istituito presso le Prefetture al quale devono registrarsi le imprese che lavorano nei settori considerati ad alto rischio di infiltrazione mafiosa.

[6] Per un approfondimento sul tema delle c.d. white list, si veda V. Montaruli, *La White list nella legislazione antimafia*, in *diritto.it*, 11/2012; E. Borbone, *White list: quadro attuale e possibili sviluppi*, in *Altalex*, 11/2012.

[7] Sul punto si richiami per tutti la decisione del Cons. Stato, A.P., 13 febbraio 2023, n.7, Pres. Maruotti, Est. Franconiero, in cui si legge che: "*la pendenza del controllo giudiziario a domanda ex art. 34-bis, comma 6, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, non è causa di sospensione né del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva, né delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese previste dall'art. 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, per il completamento dell'esecuzione dei contratti stipulati con la pubblica amministrazione dall'impresa destinataria un'informazione antimafia interdittiva*".

posto dal Ministero dell'Interno e riformava integralmente la sentenza emessa in primo grado giungendo, quindi, nel confermare la preesistenza dei presupposti dell'informazione interdittiva antimafia.

Questa circostanza aveva indotto la stazione appaltante a dar avvio al procedimento per la risoluzione del contratto d'appalto dal momento che il ritorno in auge dell'informativa prefettizia di tipo interdittivo è causa di perdita dei requisiti di cui l'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e determina, altresì, un'incapacità a contrarre[8].

La piena efficacia del contratto, però, veniva confermata fino al 15.07.2024, cioè fino alla data in cui era stato prorogato il controllo giudiziario.

Scaduta la misura di cui all'art. 34-*bis* cod. antimafia ed in ragion della reviviscenza degli effetti dell'interdittiva, il Direttore dei Lavori ordinava all'impresa di interrompere i lavori dal momento che la sussistenza di un'informazione interdittiva antimafia è causa di esclusione automatica dalla gara.

La società, dunque, veniva a trovarsi in una situazione paradossale. Nonostante il controllo giudiziario si fosse concluso con esito favorevole, in attesa che la Prefettura procedesse con l'aggiornamento *ex* art. 91, co. 5, cod. antimafia, l'interdittiva originaria aveva riacquisito immediata efficacia. In ragione di ciò, come anzidetto, veniva a prodursi la perdita della capacità contrattuale dell'impresa, la quale ha subito la risoluzione del contratto d'appalto nonostante l'esito positivo del controllo giudiziario.

In ragione del ricorso proposto dalla società ricorrente si instaura un nuovo giudizio dinanzi al TAR. Con il motivo principale la società denuncia: violazione e falsa applicazione degli artt. 34-*bis*, 92 e 94-*bis* del d.lgs. n. 159/2011; violazione della ratio e della finalità dell'istituto del controllo giudiziario e dell'art. 42 Cost.; violazione dei principi di buon andamento, ragionevolezza, proporzionalità e non contraddizione; nonché, eccesso di potere.

Nell'ordinanza n. 646/2024, il TAR Calabria affronta, con un rigore sistematico degno di nota, il nodo interpretativo e costituzionale che insiste sulla disciplina dell'art. 34-*bis*, co. 7, del d.lgs. 159/2011. In particolare, i giudici amministrativi affermano che, in ragione di una carente previsione normativa espressa che regolamenti la questione della sospensione degli effetti dell'informazione interdittiva antimafia nel frangente temporale intercorrente tra la conclusione del controllo giudiziario e la rivalutazione da parte del Prefetto di cui il più volte citato art. 91, co. 5, cod. antimafia, non si rende possibile una interpretazione in chiave costituzionale dell'art. 34-*bis*, co. 7, cod. antimafia.

In altro modo, in ragione di un dato testuale così chiaro, incisivo e fermo[9], è preclusa qualsivoglia tipo di interpretazione che abbia quale fine quello di estendere l'effetto della sospensione dell'informazione interdittiva antimafia fino al momento in cui vi sarà la cessazione della misura prescrittiva del controllo giudiziario.

Dunque, in virtù dell'attuale formulazione legislativa, la cessazione del controllo giudiziario determina automaticamente la

[8] Sul tema degli effetti dell'interdittiva antimafia si veda M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giustamm*, 2016.

[9] Il primo periodo del co. 7, art. 34-*bis*, cod. antimafia recita: "*Il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'articolo 34 o il controllo giudiziario ai sensi del presente articolo sospende il termine di cui all'articolo 92, comma 2, nonché gli effetti di cui all'articolo 94*".

reviviscenza dell'interdittiva antimafia anche quando il procedimento di aggiornamento prefettizio è ancora in corso.

All'uopo, si ritiene opportuno richiamare la precisazione che i giudici amministrativi fanno in tema di controllo giudiziario con esito favorevole.

Secondo un consolidato indirizzo interpretativo, pertanto, l'esito positivo del controllo giudiziario non determina *sic et simpliciter* il superamento della misura interdittiva. Secondo i giudici del TAR del Lazio, infatti, "*il giudizio in ordine alla sussistenza dei pericoli di infiltrazione mafiosa, che è pertanto rimesso al Prefetto, il quale, una volta intervenuta la misura del controllo, potrebbe valutare l'esito positivo dello stesso, quale sopravvenienza rilevante ai fini dell'aggiornamento e della rivalutazione dell'interdittiva prefettizia, pur restando libero di confermare il provvedimento interdittivo originario*"[10].

In altri termini i giudici di Palazzo Spada si sono pronunciati affermando come "*Le favorevoli conclusioni dell'amministratore giudiziario, e la conseguente chiusura del controllo giudiziario non sono … assimilabili ad un giudicato di accertamento*"[11].

Da tale meccanismo normativo, osservano i giudici amministrativi, emerge un palese contrasto con i principi cardine della ragionevolezza, proporzionalità e buona amministrazione. La mancata previsione della sospensione degli effetti dell'interdittiva anche in riferimento al lasso temporale successivo alla cessazione del controllo giudiziario e antecedente alla definizione del procedimento di aggiornamento *ex* art. 91, co. 5, cod. antimafia, produce effetti del tutto irragionevoli e, in alcuni casi, anche controproducenti rispetto ai fini perseguiti dalla legislazione in materia di prevenzione antimafia.

Infatti, la società, per quanto abbia dimostrato, alla luce di quanto emerge dalla relazione del controllore, di essersi concretamente ed in maniera effettiva dissociata da ogni influenza criminale grazie alla "funzione bonificante" che svolge il controllo giudiziario, si trova nuovamente ad essere esposta ai paralizzanti effetti prodotti dalla misura interdittiva. In altri termini, se, nonostante la bonifica dei condizionamenti, prodottasi quale effetto realizzato dall'istituto del controllo giudiziario, si facessero ricadere su un'impresa, evidentemente ormai bonificata, gli stessi pregiudizi che il ricorso al controllo giudiziario, quale misura di prevenzione collaborativa, tende scongiurare[12] verrebbe vanificata la funzione stessa della misura prevista all'art. 34-*bis* cod. antimafia.

Appare evidente come un tale assetto normativo disincentiva il ricorso alla misura del controllo giudiziario che si pone, oltre che come strumento di bonifica, anche come mezzo di prevenzione dell'infiltrazione mafiosa in gradi di operare senza causare un'eccessiva e ingiustificata limitazione della libertà d'impresa e del diritto al lavoro[13].

I giudici amministrativi, con l'ordinanza oggetto della presente nota, sollevano questione di legittimità costituzionale dell'art. 34-*bis*, co. 7, nella parte in cui non prevede la sospensione degli effetti dell'interdittiva

[10] Tar Lazio sent. n. 15775 del 2023.

[11] Cons. St., sez. II, 16 giugno 2022, n. 4912.

[12] Sulla funzione delle misure di prevenzione collaborativa si rimanda a V.M. Vulcano, *Le modifiche del decreto-legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *Giurisprudenza penale*, 2021.

[13] R. Di Maria - A. Amore, *Effetti "inibitori" della interdittiva antimafia e bilanciamento fra principi costituzionali: alcune questioni di legittimità dedotte in una recente ordinanza di rimessione alla Consulta*, in *Federalismi*, n. 12, 2021.

antimafia nella fase ricompresa tra la cessazione del controllo giudiziario e la definizione del procedimento di rivalutazione da parte della Prefettura del quadro istruttorio da cui emergevano gli elementi in forza dei quali l'autorità prefettizia ha paventato un condizionamento mafioso.

Le norme costituzionali invocate dai giudici amministrativi e che, sempre secondo gli stessi, sono contrastate dal co. 7 dell'art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159/2011, sono gli articoli 3, 4, 24, 41, 97, 111, 113 e 117, co. 1. Cost., quest'ultimo per violazione degli artt. 6, 8 e 13 della CEDU e art. 1 del primo protocollo addizionale.

Il giudice rimettente ritiene, in conclusione, che una tale lacuna normativa non possa essere in alcun modo colmata facendo ricorso all'interpretazione senza che ciò comporti un'eccessiva, e per questo non consentita, manipolazione della stessa disposizione normativa. Da tale circostanza, quindi, emerge la necessità, per i giudici amministrativi, di rimettere la questione alla Corte Costituzionale, la quale è chiamata a valutare la conformità alle disposizioni costituzionali della norma nella parte in cui non disciplina in alcun modo la fase che si pone post conclusione del controllo giudiziario.

3. Il controllo giudiziario antimafia: genesi, natura e tensioni sistemiche.

Con il decorrere degli anni la criminalità organizzata di stampo mafioso è mutata, si è passati da una mafia che faceva della violenza il suo principale strumento di affermazione ad una mafia perlopiù silente che opera nel mercato legale camuffandosi dietro realtà imprenditoriali apparentemente sane.

Nel corso degli ultimi anni il legislatore si è posto come obiettivo quello di impedire o neutralizzare l'infiltrazione mafiosa senza necessariamente ricorrere all'adozione di misure interdittive, al fine, così, di tutelare la sicurezza e la trasparenza negli appalti pubblici e al contempo evitare un eccessivo sacrificio del diritto costituzionale d'impresa.

Il chiaro obiettivo del legislatore è stato, quindi, quello di abbandonare quell'approccio tradizionale di tipo repressivo-punitivo e introdurre strumenti di vigilanza e preventivi capaci di operare a seconda del grado di infiltrazione mafiosa, garantendo così una bonifica dell'attività imprenditoriale interessata senza che questo comporti la sottoposizione dell'impresa ad una condizione tale che le impedisce di proseguire nello svolgimento delle sue attività[14].

Da quanto fin qui detto, si comprende la *ratio* della legge n. 161 del 17 ottobre 2017 con cui è stato riformato l'impianto del Codice Antimafia. Con la disposizione appena citata, infatti, sono stati introdotti nuovi strumenti di tipo non ablativo al fine di arginare in maniera più efficace il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa nel tessuto economico-imprenditoriale.

Senza timore di smentita alcuna è possibile affermare che la novità di maggiore rilievo è quella attinente all'introduzione dell'art. 34-*bis* e, dunque, dell'istituto del controllo giudiziario.

Con l'istituto del controllo giudiziario, ne è un esempio la vicenda che attiene l'ordinanza oggetto della presente nota, è stata riconosciuta al soggetto attinto da un provvedimento interditttivo antimafia la facoltà di presentare un'istanza al Tribunale e richiedere l'applicazione del controllo giudi-

[14] G. D'Angelo - G. Varraso, *Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa*, in *Sistema Penale*, 1° agosto 202.

ziario. La ragione per cui un'impresa dovrebbe agire in tal senso sta nel fatto che con l'applicazione della misura più tenue, prevista dall'art. 34-*bis*, la società conserva la propria capacità operativa e, dunque, la possibilità di contrarre nonché la libertà di operare sul mercato.

Con la riforma del 2017, dunque, il legislatore ha voluto predisporre un sistema a carattere gradualistico, con la previsione di diversi istituti a cui è possibile ricorrere in ragione del livello di contaminazione mafiosa che contraddistingue il soggetto economico.

In particolare, il controllo giudiziario rappresenta tra questi lo strumento meno invasivo dal momento che, attraverso il ricorso allo stesso, non si determina alcun spossessamento gestorio in capo all'impresa interessata.

Tale misura, dunque, si applica ad imprese che si trovano in una condizione di assoggettamento ovvero che agevolano consorterie malavitose e che, attraverso tale strumento, possono essere "bonificate" dalla contaminazione mafiosa. Imprese, a cui viene consentito di proseguire nello svolgimento della loro attività economica così da permettere che vengano garantiti quei livelli occupazionali che invece verrebbero meno nel caso in cui si procedesse con l'applicazione di misure ben più invasive.

In virtù di quanto disposto dall'art. 34-*bis* del Cod. antimafia[15], vi sono due diverse forme di controllo giudiziario. La prima, meno invasiva, consiste nell'imporre un obbligo di comunicazione concernente una serie di atti tassativamente previsti al co. 2 lettera a)[16] della succitata disposizione normativa.

La seconda forma di controllo giudiziario, invece, viene usualmente definita come la più invasiva. All'uopo, la lettera b)[17] dell'articolo in esame prevede che venga nominato un amministratore giudiziario, il quale è chiamato a riferire in maniera periodica gli esiti raggiunti a seguito dell'esercizio dell'attività di controllo.

Da un'analisi, seppur veloce ma necessaria ai fini di una corretta comprensione della sentenza in commento, dell'istituto del controllo giudiziario emerge come la funzione primaria di tale strumento si quella di "bonificare" l'impresa da qualsivoglia tipo di condizionamento mafioso.

L'elemento di principale novità di tale istituto è quello di garantire la continuità operativa del soggetto economico al fine di meglio tutelare la libertà d'iniziativa economica nonché il diritto al lavoro, valori entrambi costituzionalmente garantiti (rispettivamente artt. 41 e 4 Cost.).

Il controllo giudiziario di cui fin qui si è detto è quello comunemente noto come controllo giudiziario ordinario. Difatti, l'art.

---

[15] Introdotto dall'art. 11 comma 1, legge n. 161/2017.

[16] La lettera a) dell'art. 24-*bis* del Cod. Antimafia prevede: "*Il controllo giudiziario è adottato dal tribunale per un periodo non inferiore a un anno e non superiore a tre anni. Con il provvedimento che lo dispone, il tribunale può:*

a) imporre nei confronti di chi ha la proprietà, l'uso o l'amministrazione dei beni e delle aziende di cui al comma 1 l'obbligo di comunicare al questore e al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, ovvero del luogo in cui si trovano i beni se si tratta di residenti all'estero, ovvero della sede legale se si tratta di un'impresa, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti e gli altri atti o contratti indicati dal tribunale, di valore non inferiore a euro 7.000 o del valore superiore stabilito dal tribunale in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume d'affari dell'impresa. Tale obbligo deve essere assolto entro dieci giorni dal compimento dell'atto e comunque entro il 31 gennaio di ogni anno per gli atti posti in essere nell'anno precedente".

[17] La disposizione normativa richiamata prevede letteralmente: "*nominare un giudice delegato e un amministratore giudiziario, il quale riferisce periodicamente, almeno bimestralmente, gli esiti dell'attività di controllo al giudice delegato e al pubblico ministero*".

34-*bis* del Cod. antimafia, prevede un'ulteriore forma di controllo richiedibile da parte di quelle imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva.

Ai sensi del co. 6 dell'art. 34-*bis*, infatti, le imprese già interdette che abbiano proceduto nel proporre impugnazione avverso il provvedimento prefettizio hanno la possibilità di richiedere l'applicazione della misura del controllo giudiziario[18]. I presupposti per muovere tale richiesta al Tribunale competente per le misure di prevenzione sono quindi: l'emissione nei confronti della società richiedente di un provvedimento interdittivo antimafia, l'atto di impugnazione dello stesso e il parere emesso dal procuratore della DDA competente e quello del prefetto che ha emesso l'atto interdittivo. Questo "tipo" di controllo giudiziario è quello comunemente noto come controllo giudiziario volontario o a "domanda dell'impresa".

Nella sua struttura applicativa, quindi, il controllo giudiziario è connotato da una durata limitata durante la quale l'impresa conserva la propria operatività sotto la supervisione di amministratori giudiziari. La sua finalità, dunque, è favorire, mediante un affiancamento temporaneo, il recupero della piena affidabilità dell'impresa e la successiva riammissione nel circuito degli appalti pubblici, previa rivalutazione da parte dell'autorità prefettizia.

Importante questione oggetto di dibattito e su cui, a modesto avviso di chi scrive è necessario, seppure brevemente, soffermarsi al fine di una piena comprensione del tema oggetto della ordinanza in nota, è quella circa la sussistenza di un rapporto di autonomia o di un sistema di interferenze tra il procedimento prevenzionale a cui si dà seguito con la richiesta del controllo giudiziario volontario, *ex* art. 34-*bis*, co.6, e il procedimento che si svolge dinanzi al G.A. in ragione dell'avvenuto ricorso avverso l'interdittiva antimafia.

La più recente giurisprudenza amministrativa[19] è tesa a sostenere che l'applicazione del controllo giudiziario non produce la sola sospensione degli effetti del provvedimento interdittivo ma anche la sospensione del giudizio che si svolge dinanzi al G.A. avente ad oggetto l'impugnazione del provvedimento prefettizio. In tal modo, si giungerebbe nell'evitare una sovrapposizione tra il giudizio che si svolge in sede penale e quello che ha luogo in sede amministrativa.

Tale posizione, è quella a cui giungono i giudici che sono stati chiamati ad intervenire sulla vicenda in esame. Infatti, così come emerge dai fatti di causa, in considerazione della pendenza della misura del controllo giudiziario vi era stata la conseguente sospensione degli effetti dell'interdittiva e del giudizio d'appello, anch'esso sospeso in via conseguenziale in attesa della conclusione del controllo giudiziario.

Il problema si sposterebbe, quindi, al momento in cui cessa il periodo di controllo

[18] Per completezza si riporta il testo del co.6, il quale recita: "*Le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lettera b) del comma 2 del presente articolo. Il tribunale, sentiti il procuratore distrettuale competente, il prefetto che ha adottato l'informazione antimafia interdittiva nonché gli altri soggetti interessati, nelle forme di cui all'articolo 127 del codice di procedura penale, accoglie la richiesta, ove ne ricorrano i presupposti; successivamente, anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, può revocare il controllo giudiziario e, ove ne ricorrano i presupposti, disporre altre misure di prevenzione patrimoniali*".

[19] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 maggio 2019, ord. n. 4873; e 10 luglio 2019, ord. n. 5482.

giudiziario. Alla luce del dato testuale sembrerebbe che, a seguito della conclusione del controllo giudiziario, la misura interdittiva riprenderebbe ad essere efficace. Tuttavia, l'opinione maggiormente condivisibile è quella secondo cui il Prefetto dovrebbe obbligatoriamente procedere ad una rivalutazione del quadro indiziario per poi, se ne sussistono i presupposti, confermare la misura interdittiva.

Questo tema rappresenta lo snodo in cui si innesta una delle principali tensioni sistemiche in materia di interdittiva antimafia e che viene evidenziato nell'ordinanza in commento. Di ciò è causa la mancanza di una previsione che regolamenti espressamente e in maniera chiara la questione inerente gli effetti dell'interdittiva nella fase successiva alla cessazione del controllo giudiziario e prima che venga definito il procedimento di aggiornamento di cui l'art. 91, co. 5, Codice antimafia.

A sommesso avviso di chi scrive, l'assenza di una disciplina esplicita sul punto rischia di vanificare il percorso di risanamento a cui si tende con il ricorso allo strumento del controllo giudiziario, disincentivando, al contempo, l'utilizzo dello stesso istituto in quanto appare aver perso la sua originaria funzione.

Non può ritenersi in dubbio, quindi, che tale disfunzione normativa viene a porsi in frizione con lo spirito collaborativo che ispira l'istituto del controllo giudiziario, il quale, al fine di poter assolvere effettivamente la funzione che le è riconosciuta, necessita di un apparato normativo coerente e in grado di assicurare continuità nonché coerenza tra le varie fasi che scandiscono l'intervento pubblico sull'impresa.

4. Il bilanciamento costituzionale e la questione di legittimità.

L'ordinanza n. 646/2024 si colloca in un punto nevralgico di quella braca del diritto amministrativo cosiddetto antimafia. In particolare, ci si riferisce a quel terreno di incontro, che diviene poi di scontro, tra le misure interdittive e i principi costituzionali. Storicamente le informazioni antimafia, infatti, sono appare come istituti non facilmente ammissibili alla luce dell'ordinamento costituzionale[20].

Il TAR Calabria, sollevando questione di legittimità costituzionale dell'art. 34-*bis*, comma 7, d.lgs. 159/2011, contesta, innanzitutto, la compatibilità del meccanismo normativo vigente con una serie di principi sanciti della Carta Fondamentale.

L'effetto automatico di reviviscenza dell'interdittiva antimafia al termine del controllo giudiziario – pur in assenza di fatti nuovi e in pendenza del procedimento di aggiornamento – comporta, secondo i giudici remittenti, un'irragionevole compressione del diritto d'impresa, vanificando la funzione riabilitativa della misura giudiziaria.

In particolare, viene in rilievo la lesione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), nella misura in cui si produce una disparità di trattamento tra imprese che subiscono un trattamento peggiorativo rispetto a chi

[20] Per un approfondimento sul punto si rimanda a: M. Ceresa Gastaldo, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in Diritto penale contemporaneo, 2015; F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *Giustamm*, 2018.

non abbia mai intrapreso il percorso collaborativo del controllo giudiziario.

De iure condito, il principio di uguaglianza verrebbe violato dal momento che situazioni sostanzialmente identiche soggiacciono ad un trattamento disomogeneo. Infatti, l'impresa sottoposta a controllo giudiziario viene a trovarsi in una condizione deteriore rispetto all'impresa, anch'essa interdetta e quindi in identica condizione di fatto, che, non essendo ricorsa allo strumento di cui l'art. 34-*bis* del Cod. antimafia, è nella condizione di poter immediatamente contrastare il provvedimento prefettizio con gli strumenti previsti dalla disciplina in materia.

La condizione di disparità, per meglio precisare, viene a crearsi dal momento che la società che non agisce nelle forme del controllo giudiziario c.d. preventivo ha la possibilità di proporre ricorso dinanzi al TAR competente e richiedere la tutela cautelare che, se accolta, consentirà di inibire con efficacia retroattiva[21] gli effetti dell'interdittiva, tra cui quelli che producono la condizione di incapacità di contrarre con la Pubblica Amministrazione. L'impresa che ha richiesto ed ottenuto l'applicazione della misura del controllo giudiziario, invece, subirà inevitabilmente gli effetti pregiudizievoli prodotti dalla reviviscenza dell'interdittiva antimafia a seguito della cessazione del controllo giudiziario. Tali effetti permarranno fino alla conclusione del procedimento di riesame dal momento che il provvedimento è stato, come nel caso in esame, oggetto di un giudicato negativo emesso dai giudici di primo grado e quindi non è ulteriormente impugnabile né tantomeno è possibile richiedere nuovamente l'ammissione al controllo giudiziario difettando il presupposto dell'avvenuta contestazione in sede giurisdizionale dell'atto che dispone la misura interdittiva.

L'impresa che ha richiesto ed ottenuto il controllo giudiziario viene quindi a trovarsi in un limbo, a subire irrimediabilmente il ripristino degli effetti di un'interdittiva non più sospesa per sopravvenuta cessazione del controllo giudiziario con la conseguente automatica risoluzione del rapporto contrattuale già posti in essere, come nel caso in esame, o la inevitabile esclusione dalla procedura di gara in fase di aggiudicazione.

All'uopo, è incontestabile il dato secondo cui per evitare la concretizzazione di una così palese condizione di disuguaglianza sarebbe necessario estendere l'effetto sospensivo fino alla definizione da parte della Prefettura del procedimento di aggiornamento.

A ciò si aggiunge la violazione degli artt. 24 e 113 Cost., per l'inefficacia, o per meglio dire assoluta assenza, della tutela giurisdizionale che viene svuotata di significato se, alla cessazione della misura "curativa" e temporanea del controllo, segue il ripristino automatico degli effetti della misura interdittiva.

Così come emerge dall'analisi dell'attuale disciplina in materia, infatti, è preclusa la possibilità di ricorrere a qualsivoglia tipo di rimedio contro il ripristino degli effetti dell'interdittiva. Causa di ciò è la mancata previsione di strumenti difensivi di contrasto al fenomeno dell'automatica reviviscenza dell'interdittiva, il ché produce un del tutto ingiustificato sacrificio del diritto di difesa di cui l'art. 24 Cost. nonché di quello alla tutela giurisdizionale *ex* art. 113 della Costituzione.

Secondo i giudici remittenti, inoltre, tale situazione si pone in condizione di "insanabile attrito" con gli artt. 13, 8 e 6 CEDU. Ri-

[21] Sul punto TAR Reggio Calabria, sent. n. 789/2021.

spetto al primo[22], infatti, esso sarebbe violato del momento che non verrebbe garantito un ricorso attraverso cui ottenere l'esame di una "doglianza difendibile", così come definita dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo[23]. A cascata, dunque, sono violati l'art. 8 CEDU in materia di rispetto della vita umana e familiare; il 6, il quale riconosce il diritto ad un equo processo; e l'art. 1 del primo protocollo addizionale alla Convenzione che dispone in materia di tutela di beni privati e proprietà.

Ancora, l'art. 41 Cost. è richiamato quale parametro violato, nella parte in cui l'automatismo normativo incide irragionevolmente sulla libertà economica, determinando una paralisi dell'attività imprenditoriale che può ritenersi tanto più ingiustificata nel caso, come quello in esame, in cui il controllo giudiziario abbia avuto esito favorevole. Infatti, per quanto ciò non possa determinare *sic et simpliciter* il superamento dell'interdittiva, non può revocarsi in dubbio che per la definizione del procedimento di aggiornamento debba esservi la previa acquisizione della relazione predisposta dal controllore giudiziario a conclusione dell'attività svolta[24].

Il TAR rinvia infine all'art. 97 Cost., nella sua proiezione di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, evidenziando come l'attuale sistema incentivi un'applicazione meramente formale delle misure del tutto scollegata da quelli che sono i criteri che devono sempre guidare l'azione pubblica, vale a dire quelli di ragionevolezza, logicità e proporzionalità.

È del tutto illogico e irragionevole, infatti, non prevedere, quindi negare, che gli effetti dell'interdittiva rimangano sospesi anche dopo l'avvenuta cessazione del controllo giudiziario e, dunque, per tutto il frangente temporale necessario per la definizione del procedimento di aggiornamento. Tale affermazione dei giudici remittenti, a sommesso avviso di chi scrive del tutto condivisibile, emerge in ragione di quelle che sono le finalità, quindi la *ratio* stessa, dell'istituto del controllo giudiziario che, come più ampiamente già detto, ha la funzione di consentire all'impresa interdetta di "liberarsi" di ciò che aveva indotto l'autorità prefettizia a ritenere sussistente una permeabilità ed ingerenza mafiosa.

Così come ampiamente affermato dai giudici amministrativi, la funzione principale dello strumento di cui si è chiamati inevitabilmente a discorrere, in ragione del tema affrontato nell'ordinanza in commento, è quella di risanare l'impresa e consentire alla medesima di proseguire nello svolgimento, seppur in maniera "assistita", delle sue attività economiche[25].

All'uopo, la finalità della misura del controllo giudiziario è, dunque, profondamente differente da quella della informativa antimafia. Quest'ultima, infatti, ha quale scopo quello di prevenire il rischio di infiltrazione mafiosa e giammai quello di risanare l'impresa interessata[26].

Esplicitando meglio ciò in cui risiede quello che i giudici definiscono come "un

[22] L'art. 13 CEDU recita: "*Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali*".

[23] Boyle e Rice contro Regno Unito, nonché Maurice contro Francia.

[24] Sul punto Cons. St., sent. n. 4912/2022.

[25] In tema Cons. St., sent. n. 2515/2024.

[26] I giudici di Palazzo Spada con sentenza n. 7 del 2023 hanno precisato che "*l'interdittiva svolge la sua funzione preventiva rispetto alla penetrazione nell'economia delle organizzazioni di stampo mafioso*".

vero e proprio corto circuito normativo", è innegabile che l'applicazione della normativa, così come avvenuto nel caso di specie, è causa di una ingiustificata violazione di quelle stesse finalità che hanno indotto il legislatore ad introdurre lo strumento del controllo giudiziario. L'interruzione della sospensione della misura interdittiva, e dunque la reviviscenza dei suoi effetti tra cui quello dell'incapacità di contrarre o di proseguire nei rapporti con la PA, espone l'impresa a tutte quelle conseguenze pregiudizievoli che erano state scongiurate con il ricorso alla misura del controllo giudiziario. L'irragionevolezza della disciplina sottoposta al vaglio dei giudici della Corte Costituzionale si rende palese soprattutto quando gli effetti dell'interdittiva cessano di essere sospesi nonostante l'esito favorevole del controllo che, seppur non in termini di assoluta certezza, è un elemento che preannuncia un possibile positivo apprezzamento del Prefetto il quale potrà emettere un'informativa di tipo liberatorio in ragione del fatto che si sia effettivamente concretizzata quella funzione bonificante tipica della misura di cui all'art. 34-*bis* Cod. antimafia.

Tuttavia, nonostante la successiva emissione di un provvedimento di informazione liberatoria, la reviviscenza dell'interdittiva e dei suoi effetti può produrre conseguenze per l'impresa a volte irrimediabili. La risoluzione di contratti in corso di esecuzione o l'impossibilità di partecipare a bandi di gara, a causa della conclusione del periodo di sottoposizione a controllo giudiziario, sono elementi che incidono sulla capacità economico-produttiva dell'impresa, sulla sua forza lavoro e sull'esistenza della stessa. Da ciò, quindi, emerge chiaramente anche la violazione dei canoni di proporzionalità, economicità ed efficienza, tutti riconducibili nella cornice di cui l'art. 97 Cost.

Il bilanciamento a cui è chiamata la Corte costituzionale non si esaurisce, dunque, nel confronto tra libertà economiche e tutela dell'ordine pubblico. L'intervento del giudice amministrativo rimettente, infatti, chiama in causa la necessità di una coerenza sistemica tra i diversi strumenti dell'ordinamento. Non è ragionevole, né tantomeno coerente con i principi costituzionali, che il controllo giudiziario venga neutralizzato, poiché di questo si tratta empiricamente, nella sua efficacia a causa dell'inerzia della procedura di aggiornamento prefettizio.

Si tratta dunque di una questione che tocca il cuore stesso del modello di prevenzione antimafia così come previsto dal legislatore; un sistema che deve sapersi fondare non solo su automatismi sanzionatori ma anche su logiche di incentivo alla legalità in coerenza con i principi di giustizia sostanziale e finalismo rieducativo, che si proiettano – *mutatis mutandis* – anche nel contesto delle misure amministrative ad effetto afflittivo.

5. La rilevanza della questione e la motivazione del rinvio alla Corte Costituzionale.

Nel segmento conclusivo dell'ordinanza n. 646/2024, i giudici del TAR Calabria articolano con notevole accuratezza il percorso argomentativo volto a sorreggere la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 34-*bis*, comma 7, del d.lgs. n. 159/2011. Si tratta, com'è noto, della parte dell'ordinanza in cui la funzione del giudice amministrativo non è più (o meglio, non è solo) quella di decidere il caso concreto, bensì è anche quella di operare

una valutazione riguardo la necessità e l'adeguatezza del sindacato costituzionale.

Sotto il profilo della rilevanza, infatti, i giudici affermano in modo netto e chiaro che il giudizio principale non può proseguire senza una pronuncia della Corte costituzionale, atteso che l'efficacia dell'interdittiva antimafia oggetto di gravame risulta fondamentalmente ricollegata all'effetto di "reviviscenza automatica" previsto dalla norma censurata. In mancanza di una declaratoria di illegittimità costituzionale, l'effetto preclusivo dell'interdittiva permane e impedisce al Collegio di adottare una decisione favorevole all'impresa ricorrente. Non vi è, dunque, alcun margine per una interpretazione costituzionalmente orientata che superi il dato testuale.

La motivazione della non manifesta infondatezza si dispiega, invece, lungo due direttrici fondamentali. Da un lato, si sottolinea l'irragionevolezza del meccanismo in esame, nella parte in cui prevede la riespansione dell'interdittiva nonostante l'esito positivo con cui si è concluso il controllo giudiziario pur in mancanza di fatti nuovi e in pendenza di aggiornamento. La misura, per come oggi strutturata, rischia infatti di punire proprio quelle imprese che hanno intrapreso un percorso di risanamento introducendo indirettamente un effetto dissuasivo e disincentivante che si pone in tensione con la finalità stessa della norma.

Dall'altro lato, i giudici evidenziano il vulnus che il sistema produce rispetto ai principi di libertà economica (art. 41 Cost.), si uguaglianza (art. 3 Cost.), nonché del diritto di difesa (artt. 24 e 113 Cost.) e del buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.). L'assenza di una rivalutazione concreta da parte dell'amministrazione e la mancanza di un termine certo entro cui definire il procedimento di aggiornamento dell'interdittiva determinano una forma di sospensione indeterminata della capacità giuridica dell'impresa, in contrasto con i più elementari principi del giusto procedimento.

Interessante, infine, il richiamo al diritto sovranazionale. Questo ulteriore profilo argomentativo conferisce alla questione di legittimità un respiro più ampio, in linea con la tendenza attuale della Corte costituzionale ad accogliere istanze di dialogo tra fonti, soprattutto laddove la legislazione interna si dimostri incapace di bilanciare equamente le esigenze di sicurezza e le libertà fondamentali.

L'ordinanza del TAR Calabria si presta dunque a costituire un momento di riflessione sull'effettiva razionalità del sistema delle misure di prevenzione amministrativa e sul ruolo che il diritto può giocare nel rendere coerente l'azione di contrasto alla criminalità con i principi dello Stato di diritto. Il punto critico individuato – la reviviscenza automatica dell'interdittiva alla cessazione del controllo giudiziario, in assenza di una previa rivalutazione prefettizia – mostra, nella sua rigidità, una frizione profonda con l'obiettivo riabilitativo che sorregge il modello collaborativo delineato dall'art. 34-*bis*.

A fronte di tale disallineamento, due sono le vie che si aprono all'interprete e al legislatore:

Una prima via è ermeneutica: si potrebbe valorizzare un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, ritenendo che la reviviscenza dell'interdittiva sia condizionata all'effettivo completamento del procedimento prefettizio di riesame, da svolgersi entro un termine ragionevole, secondo i principi di buona fede e affidamento.

Una seconda via è legislativa: sarebbe auspicabile l'introduzione di una disciplina espressa che regoli la fase post-controllo, prevedendo che la cessazione della misura giu-

diziaria non comporti automaticamente il ripristino dell'interdittiva, ma che sia necessaria una nuova valutazione prefettizia motivata.

In tale prospettiva, i giudici calabresi si fanno carico anche di prospettare l'eventualità che la Corte costituzionale, ove ritenga fondata la questione, possa intervenire con una pronuncia di tipo additivo. Ciò avverrebbe attraverso l'introduzione, nella disposizione censurata, di una clausola che subordini la reviviscenza dell'interdittiva alla previa valutazione prefettizia, cioè che si estenda la sospensione dell'efficacia dell'interdittiva sino alla definizione del più volte richiamato procedimento di aggiornamento.

6. Conclusioni.

L'ordinanza n. 646/2024 del TAR Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria, si colloca come un punto di snodo fondamentale nel dibattito giuridico relativo all'architettura delle misure di prevenzione antimafia e, in particolare, al meccanismo del controllo giudiziario *ex* art. 34-*bis* del d.lgs. 159/2011.

Il Collegio calabrese, con un impianto argomentativo articolato e sistemico, ha evidenziato come l'attuale formulazione normativa – nella parte in cui non prevede una sospensione degli effetti dell'interdittiva nel segmento temporale successivo alla cessazione del controllo giudiziario e antecedente alla conclusione del procedimento di aggiornamento prefettizio – determini una compressione irragionevole di una serie di diritti fondamentali dell'impresa che è stata sottoposta a controllo giudiziario.

La questione di legittimità costituzionale sollevata si fonda su un rilievo tecnico-giuridico di estrema rilevanza. L'automatismo della reviviscenza dell'interdittiva è infatti scollegato da qualsiasi valutazione prefettizia aggiornata all'esito del controllo giudiziario, elemento questo che, a sommesso avviso di chi scrive, rende inefficace l'intero percorso di risanamento incentivato dal ricorso alla misura del controllo giudiziario. Si tratta, dunque, di una criticità che incide direttamente sul principio di proporzionalità, sul diritto al lavoro, sulla libertà d'impresa e sull'effettività della tutela giurisdizionale, oltre a disincentivare, in modo contro-finalistico, il ricorso a un istituto che, per sua natura e per come evidenziato sopra, è collaborativo e bonificante.

In tale prospettiva, quindi, l'ordinanza in commento sollecita un intervento della Corte costituzionale che, secondo l'auspicio del Collegio remittente, potrebbe pronunciarsi in via additiva, introducendo una clausola che subordini l'effetto reviviscente dell'interdittiva a una previa rivalutazione prefettizia. Si tratterebbe, in tal senso, di un intervento che riequilibra l'intero sistema, senza compromettere la finalità preventiva, ma garantendo una maggiore aderenza ai principi di ragionevolezza, proporzionalità e giusto procedimento.

L'analisi della questione affrontata dal TAR Calabria richiama la necessità, più volte avvertita anche nella dottrina e nella giurisprudenza di merito, di superare un approccio rigidamente formalistico al diritto amministrativo antimafia. È tempo di concepire le misure di prevenzione non più come strumenti implacabili, ma come strumenti funzionali al risanamento e alla legalità sostanziale, in linea con la vocazione rieducativa che si proietta, ormai in modo trasversale, su ogni settore dell'ordinamento.

In conclusione, l'ordinanza n. 646/2024 non si limita a sollevare una questione interpretativa, ma si fa portavoce di una riflessione sistemica più ampia, che chiama in causa la tenuta complessiva della disciplina in materia di prevenzione amministrativa ri-

spetto ai parametri costituzionali e sovranazionali. Essa impone tanto all'interprete, quanto al legislatore e al giudice delle leggi di interrogarsi nuovamente sull'equilibrio tra sicurezza e libertà, tra difesa dell'ordine pubblico e promozione dell'iniziativa economica legittima, nella consapevolezza che ogni automatismo normativo, se privo di margini valutativi e motivazionali, rischia di generare diseguaglianze sistemiche e lesioni non emendabili di diritti fondamentali.

Renato Rolli e Vincenzo De Sensi

X.
Processo amministrativo

1. La domanda nel giudizio di ottemperanza

Ampiezza e portata della domanda formulata con il ricorso per l'ottemperanza: alcune brevi riflessioni (nota a T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-*ter*, 22 settembre 2025, n. 16354)

Sommario: 1. Breve inquadramento del tema. – **2.** Il perimetro dell'azione di ottemperanza: note preliminari. – **3.** L'oggetto dell'azione di ottemperanza a partire dalla sentenza del TAR Lazio. – **4.** Conclusioni.

1. Breve inquadramento del tema.

La pronuncia del T.A.R. Lazio, Roma in commento rappresenta, nell'economia della vasta produzione pretoria in materia di ottemperanza[1], un momento di doverosa riflessione con riferimento all'ampiezza e alla portata delle domande agitate con il relativo ricorso nonché all'oggetto stesso del giudizio di che trattasi, avuto riguardo, in particolare, alla sorte di tutti quei profili che, acquisiti in causa, assumano rilievo impeditivo rispetto alla soddisfazione della pretesa azionata.

Anzitutto, in via preliminare, preme evidenziare che la vicenda trae origine da quanto appresso sintetizzato. Il ricorrente – titolare di concessione per occupazione del suolo pubblico – ha agito per l'ottemperanza della sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, n. 17063/2024, ove il giudice amministrativo ha parzialmente annullato il provvedimento della P.A. con cui, nel respingere un'istanza di adeguamento e ampliamento della concessione, ha altresì revocato la precedente concessione. Con specifico riferimento al rigetto – da parte dell'Amministrazione – della istanza di ampliamento richiesta dal ricorrente, il giudice di *prime cure* ha respinto le censure sollevate avverso il parere negativo formulato dalla Soprintendenza capitolina,

[1] Sul giudizio di ottemperanza nella sua evoluzione storica, cfr., fra i contributi più risalenti, R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 78 ss.; Aa.Vv., *XXXVII Convegno di studi amministrativi sul tema "il giudizio di ottemperanza"*, Milano, 1983; F. Bartolomei, *Giudizio di ottemperanza e giudicato amministrativo*, Milano, 1987, nonché, più recentemente, L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003; B. Marchetti, *Sub art. 112 e seguenti*, in G. Falcon - B. Marchetti - F. Cortese (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Padova, 2021, 874 ss.; C. Delle Donne, *L'esecuzione: il giudizio di ottemperanza*, in B. Sassani - R. Villata, *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1243 ss.; G. Mari, *Il giudizio di ottemperanza*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, Napoli, 2024, 663 ss.

mentre ha confermato i vizi agitati nella valutazione resa dalle altre strutture amministrative coinvolte, censurando, soprattutto, il *modus procedendi*, a causa del quale, in sostanza, il privato istante – per comprendere se e come fosse possibile realizzare un ampliamento della concessione – si era trovato costretto a presentare un progetto "al buio", senza poter interloquire con gli uffici competenti e ottenere indicazioni.

Il ricorrente ha lamentato, quindi, in sede di ottemperanza, la mancata esecuzione della sentenza cit., deducendo di aver inviato nuovamente – a seguito della pronuncia – un progetto di revisione all'Amministrazione, chiedendo adeguato contraddittorio, senza tuttavia ottenere risposta alcuna. L'Amministrazione, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'improcedibilità del ricorso, deducendo che – nelle more della lite e in esecuzione della sentenza in epigrafe – era stata rilasciata la concessione al ricorrente per l'occupazione di suolo pubblico permanente, confermando il rigetto del progetto di ampliamento sulla base del parere della Sovrintendenza capitolina previamente acquisito. Il ricorrente, adunque, insistendo nella domanda di ottemperanza, ha chiesto dichiararsi la nullità per violazione/elusione del giudicato del provvedimento appena citato, nella parte in cui respinge l'istanza di ampliamento (relativa a nuove ipotesi progettuali, mai vagliate dalla Soprintendenza) in quanto adottato senza alcun contraddittorio procedimentale, nonostante le statuizioni del giudice amministrativo sul punto.

Il giudice dell'ottemperanza, viste le posizioni *supra*, ha quindi rilevato – nell'accogliere le mende del ricorrente – che il provvedimento sopravvenuto della P.A. deve ritenersi «nullo per violazione/elusione del giudicato, ed improduttivo di effetti, nella parte in cui respinge l'istanza di ampliamento della concessione presentata dal ricorrente, perché con l'adozione dello stesso la P.A. si è limitata a richiamare il parere negativo della Sovrintendenza capitolina già previamente acquisito»; per contro, dalla ottemperanda sentenza, «scaturisce un vincolo conformativo per la P.A. con riguardo al *modus procedendi* per l'esame della domanda di ampliamento, nel senso che occorre avviare un dialogo collaborativo[2] con l'istante al fine di individuare congiuntamente le modalità tecniche e concrete per eventualmente modificare la concessione in essere».

2. Il perimetro dell'azione di ottemperanza: note preliminari.

Anzitutto, come noto, nell'ambito del giudizio in oggetto[3], il c.p.a. ha cristallizzato la c.d. "polisemia" dell'ottemperanza (al di là della distinzione inerente alla riconducibilità dell'"attuazione" richiesta ad una "esecuzione" della sentenza o provvedimento equiparato[4]), con susseguenti più

[2] Con la conseguenza che, evidenzia il giudice amministrativo, la rinnovata istanza del privato per ottenere l'ampliamento «*avrebbe dovuto essere diversamente esaminata sotto il profilo procedimentale, in contraddittorio collaborativo con il privato, nel senso chiarito nel dictum, poiché è esattamente in questo che si concreta l'effettività della tutela che il Tribunale ha assicurato all'istante sulla istanza di ampliamento*».

[3] Sempre attuali sono le riflessioni in argomento di M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in Aa.Vv., *Il giudizio di ottemperanza*, Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 17-19 settembre 1981, Milano, 1983, 73 ss.; F. Bartolomei, *Giudizio di ottemperanza e giudicato amministrativo*, Milano, 1987, 50 ss.; G. Corso, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, Milano, 1989; A. Pajno, *Il giudizio di ottemperanza come giudizio di esecuzione*, in *Foro amm.*, 1987, 1648 ss.

[4] In dottrina si è molto discusso e si discute ancora se il ricorso per l'ottemperanza dia luogo a un giudizio di esecuzione o di cognizione. Si è affermato ad esempio (Nigro) che, con

ampi ambiti di conformazione della successiva azione amministrativa in dipendenza del giudicato medesimo[5].

A tale quadro, va aggiunto il ricorso, *ex* art. 112, comma 5, c.p.a. proposto al fine di "ottenere chiarimenti in ordine alle modalità dell'ottemperanza"[6]: anche questo non presenta caratteristiche che consentano di ricondurlo, in senso sostanziale, al novero delle azioni di ottemperanza[7]. Ciò emerge anzitutto dalla stessa terminologia usata dal legislatore, il quale – lungi dall'affermare che è l'azione di ottemperanza ad essere utilizzabile in questi casi – afferma che è il ricorso introduttivo del giudizio di ottemperanza (cioè l'atto processuale) ad essere a tali fini utilizzabile, ma risulta anche chiaro dalla circostanza che, a differenza dell'azione di ottemperanza, che è naturalmente esperita dalla parte già vittoriosa nel giudizio di cognizione o in altra procedura a questa equiparabile, in questo caso il ricorso appare proponibile dalla parte soccombente[8].

L'esame della disciplina processuale dell'ottemperanza, di cui agli artt. 112 ss. c.p.a. (ai quali occorre doverosamente aggiungere l'art. 31, comma 4, c.p.a.), porta ad affermare la nota polisemicità del giudizio e dell'azione di ottemperanza, dato che, sotto tale unica definizione, si raccolgono azioni diverse, talune meramente esecutive, talaltre di chiara natura cognitoria[9], il

riferimento all'ottemperanza delle sentenze del giudice ordinario, si tratterebbe di un giudizio eventualmente di esecuzione e necessariamente di cognizione (il giudice deve, in sostanza, integrare la statuizione del giudicato civile che ha ad oggetto non già l'illegittimità dell'atto, ma la lesione di un diritto. In relazione alla decisione giurisdizionale amministrativa (che ha già demolito l'atto) il giudizio mirerebbe invece a rendere concreto il contenuto della sentenza, adeguando lo stato di fatto alla statuizione di diritto e, quindi, avrebbe natura di giudizio di esecuzione e solo eventualmente di cognizione. Si veda pure E. Casetta - F. Fracchia, *Giustizia amministrativa*, Milano, 2018, 290 ss.

[5] Come chiarito da C.E. Gallo, *Ottemperanza (giudizio di)*, in *Encicl. giur.*, Milano, 2008, Annali, II, 818 ss., «*il giudizio di ottemperanza può consistere vuoi nell'attuazione di statuizioni puntuali contenute nel giudicato, rispetto alle quali occorre una semplice attività materiale o giuridica esattamente delineata nel giudicato stesso; vuoi nella individuazione, al termine di un'autonoma fase di cognizione in cui il giudice è chiamato a definire un assetto di interessi, di quale sia il portato del giudicato, con una pronunzia che può avere un contenuto caducatorio, e perciò costitutivo, oppure conformativo, e perciò condannatorio*»; F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 534 ss.; E. Picozza, *Il processo amministrativo*, Milano, 2009, 122 ss.

[6] Si veda M. Ricciardo Calderaro, *Ottemperanza di chiarimenti e appellabilità della decisione*, in *Giustizia Insieme*, 2020, ove si evidenzia come, ferma restando la regola generale della impugnabilità di tutte le decisioni rese dal giudice di primo grado in sede di ottemperanza, «*per comprendere se una sentenza di ottemperanza resa su una richiesta di chiarimenti è appellabile è necessario valutare il contenuto concreto delle statuizioni in essa contenute. Se le statuizioni hanno effetti meramente esecutivi e la pronunzia si caratterizza per un'indole segnatamente non decisoria e tanto meno definitiva, questa non potrà considerarsi appellabile, secondo i principi processuali generali che affermano la non impugnabilità, salvo che non sia diversamente disposto dalla legge, dei provvedimenti non decisori e comunque non definitivi quali sono i provvedimenti esecutivi*».

[7] Come evidenziato da P.M. Vipiana, *L'ottemperanza al giudicato amministrativo fra l'attività del commissario ad acta e quella dell'amministrazione "commissariata"*, in *Urb. e app.*, 2015, 1049 ss., la fase dell'ottemperanza è fondamentale nel processo amministrativo, in quanto serve ad assicurare l'effettività del *dictum* del giudice, nell'ambito dell'equilibrato assetto tra giudicato e riedizione del potere amministrativo. Peraltro, F. Francario, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 1025 ss., osserva correttamente come «*nel sistema tradizionale, dunque, il giudizio di ottemperanza non nasce per garantire l'esecuzione forzata di sentenze di condanna, ma come strumento volto a garantire l'effettività della tutela costitutiva di annullamento erogata in fase di accertamento dal giudice amministrativo*».

[8] Per un approfondimento, V. Lopilato, *Giudizio di ottemperanza*, in P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014, 1067 ss., spec. 1091; A. Falchi Delitala, *Il giudice dell'ottemperanza come gestore naturale dell'esecuzione della sentenza*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 3, 1846 ss., spec. 1858-1859; R. Villata, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, 2, 369 ss.

[9] Chiarisce G. Adamo (contributo al corso di formazione "*Dialogo tra giurisdizioni*", Palazzo Spada, 13 novembre 2023) che le disposizioni del c.p.a. in materia rappresentano la negazione della possibilità di adottare un modello chiuso di giudizio di ottemperanza perché questo «*non sarebbe funzionale allo scopo di attuare nella realtà il iussum iudicis: autorizzano a*

cui comune denominatore è rappresentato dall'esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato[10], e la cui comune giustificazione si rinviene nell'effettività della tutela giurisdizionale, pure alla luce dell'art. 24 Cost.

Di conseguenza il giudice dell'ottemperanza, come identificato per il tramite dell'art. 113 c.p.a., deve essere attualmente considerato come il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto[11].

Ora, riconosciuto il carattere polisemico dell'azione di ottemperanza e la sua funzione naturale ed unitaria di strumento processuale di conformazione al giudicato dell'azione amministrativa ad esso conseguente, la giurisprudenza[12] ha individuato – per quanto qui di immediato interesse – pure i presupposti perché vi sia la conversione del rito in quello ordinario di cognizione, quando il giudice dell'ottemperanza non ritiene nullo (per elusione o violazione del giudicato) l'atto sopravvenuto, in particolare rilevando la necessità della sua impugnazione nel termine di decadenza (e non in quello, più lungo, di prescrizione dell'*actio iudicati*). Si è stabilito, quindi, non solo la necessaria proposizione di una specifica domanda, perché il giudice dell'ottemperanza possa dichiarare la nullità del provvedimento violativo o elusivo del giudicato, ma si è identificato nel giudizio di esecuzione la sede processuale naturale dello scrutinio dell'esatta conformazione dell'Amministrazione agli obblighi nascenti dal giudicato, riconoscendo chiaramente (ancorché implicitamente), l'automatica riconducibilità, entro il *petitum* dell'azione di ottemperanza[13],

livello legislativo il giudice a svolgere tutte quelle indagini, gli accertamenti e le procedure che sono necessari per l'attuazione della sentenza. È un'opzione logicamente conseguente all'origine non codicistica del diritto processuale amministrativo che è il frutto di soluzioni escogitate, testate sul campo e selezionate nell'esperienza viva del giudice speciale».

[10] Si veda Cons. Stato, Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2, in *giustizia-amministrativa.it*. L'esordio della motivazione della decisione dell'A.P. raccoglie peraltro alcuni rilevanti principi sottesi alla nozione di giudicato, dalla necessità di conferire adeguata effettività alle sentenze del giudice amministrativo alla ragionevole durata dei processi ad evitare inutili duplicazioni di accesso alla tutela giurisdizionale. Lo sviluppo argomentativo della pronuncia, nella parte in cui si è dedicata a ricostruire il sistema introdotto dal nuovo codice, ha messo in evidenza un dato che appartiene ormai al patrimonio comune di dottrina e giurisprudenza e cioè che il codice del processo amministrativo sembra mostrare un *favor* per la concentrazione nell'alveo del giudizio di ottemperanza di tutte le questioni che sorgono dopo un giudicato che siano afferenti alla sua esecuzione. Su questa premessa, l'A.P. ha tuttavia precisato che «*ciò non implica che qualsiasi provvedimento adottato dopo un giudicato, e in conseguenza di esso, e che non sia satisfattivo della pretesa del ricorrente vittorioso, debba essere portato davanti al solo giudice dell'ottemperanza*». Di conseguenza, si è statuito che si debba agire di fronte al giudice dell'ottemperanza se il provvedimento sia contestato perché disattenda o applichi scorrettamente i precetti che dal giudicato derivano, e non ove esso, intervenendo su profili non interessati dal giudicato, appaia invece come autonomamente lesivo. In tale ultimo caso, non sarebbe stato corretto che fosse il giudice dell'esecuzione a verificarne la legittimità, non restando circoscritta la controversia all'interno della dimensione oggettiva del giudicato e dei suoi effetti. In questi termini, S. Valaguzza, *Contro il supposto superamento della teoria mista per definire la giurisdizione degli atti del commissario ad acta*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 4, 1391 ss.

[11] Secondo A. Cassatella, *Ottemperanza e poteri del giudice*, in *Giustizia Insieme*, 2024, in ottemperanza, la corrispondenza fra chiesto e pronunciato può riguardare la delimitazione dell'oggetto del giudizio in rapporto al comportamento inadempiente dell'amministrazione, ma non pare estendersi alla conformazione delle tecniche di tutela previste dall'art. 114, comma 4, c.p.a., se non in rapporto all'erogazione di *astreintes*. Il giudice esercita, pertanto, poteri officiosi e di stretto merito. A quanto consta, il tema non è particolarmente sviluppato in giurisprudenza, per quanto sotteso a T.R.G.A. Trento, 02 agosto 2021, n. 128; Id., 12 luglio 2019, n. 102.

[12] Cons. Stato, Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2 nonché Cons. Stato, Sez. III, 26 maggio 2016, n. 2769, in *giustizia-amministrativa.it*.

[13] Restano estranee all'oggetto dell'ottemperanza le situazioni in cui il giudice si sia limitato ad annullare il provvedimento per vizi attinenti ad una fase procedimentale antecedente a quella

di tutte le domande logicamente implicate dalla richiesta al giudice della più completa e satisfattiva attuazione del *dictum* giudiziale[14].

L'oggetto del giudizio di ottemperanza, quindi, è rappresentato dalla puntuale verifica dell'esatto adempimento dell'obbligo di conformarsi al giudicato per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita già riconosciutogli in sede di cognizione; detta verifica comporta per il giudice dell'ottemperanza un'attività di interpretazione del giudicato, al fine di enucleare e precisare il contenuto del comando, attività da compiersi esclusivamente sulla base della sequenza "*petitum* – *causa petendi* – motivi – *decisum*"[15] e alla luce dello stesso quadro processuale che costituito il substrato fattuale e giuridico della sentenza di cui si chiede l'esecuzione. La giurisprudenza, poi, ha altresì sottolineato che i vizi di violazione e di elusione del giudicato non sono configurabili quando la pronuncia del giudice comporti "margini liberi di discrezionalità", in relazione ai quali l'Amministrazione può imporre nuovamente l'assetto di interessi che più ritiene congruo per l'interesse pubblico affidato alle sue cure, salvo il rispetto delle statuizioni di natura conformativa derivanti dall'impianto motivazionale del giudicato, al di fuori delle quali una situazione di inottemperanza non è neppure configurabile[16]. In altre parole, deve escludersi che qualsiasi ulteriore esercizio del potere amministrativo, collegato in qualunque modo ad una precedente pronuncia giurisdizionale, sia sottoponibile al sindacato di merito del giudice dell'ottemperanza[17].

della formazione del materiale istruttorio e dall'esercizio delle prerogative dell'amministrazione, che conserva pertanto una più ampia potestà decisionale, non surrogabile in ottemperanza, ma suscettibile di autonoma cognizione nel momento di riesercizio del potere. Così, nel caso di vizi di incompetenza, o di omessa comunicazione di avvio del procedimento tale da incidere sul contraddittorio procedimentale, o, ancora, di mancata acquisizione di atti endoprocedimentali (pareri, nulla osta) capaci di incidere sul contenuto della decisione, specie se a contenuto tecnico o discrezionale. In dottrina, C.E. Gallo, *Il contraddittorio nel giudizio di ottemperanza: un problema aperto*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 2, 1264 ss.

[14] Secondo F. Figorilli, *La difficile mediazione della Plenaria fra effettività della tutela e riedizione del potere nel nuovo giudizio di ottemperanza, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2*, in *Urb. e app.*, 2013, 952 ss., il Codice sembra ridefinire il giudizio per l'esecuzione del giudicato come una sorta di contenitore in grado di offrire una serie di strumenti, tra loro profondamente diversi, a disposizione della parte che vuole conseguire l'*utilitas* consacrata dalla pronuncia divenuta cosa giudicata. Ed invero, «*all'interno dello schema proposto dall'art. 112, comma 2, c.p.a., è possibile rintracciare una pluralità di azioni che possono ben contenere tutte le sfumature in passato prospettate dalla giurisprudenza sulla natura dell'istituto*».

[15] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 novembre 2017 n. 5339. Si rammenta in tale pronuncia, peraltro, come la violazione del giudicato sussiste ove il nuovo atto riproduca gli stessi vizi già censurati in sede giurisdizionale, o si ponga in contrasto con precise e puntuali prescrizioni provenienti dalla decisione del giudice, invece l'elusione del giudizio è configurabile quando la P.A., pur provvedendo formalmente a dare esecuzione alle statuizioni della sentenza, persegue lo scopo di aggirarle dal punto di vista sostanziale e in tal modo giunge surrettiziamente allo stesso esito già ritenuto illegittimo (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 02 ottobre 2020, n. 5779; Id., 04 giugno 2019, n. 3747; Id., 30 ottobre 2018, n. 6175, tutte in *giustizia-amministrativa.it*).

[16] Così Cons. Stato, Sez. III, 28 novembre 2018, n. 6764; nello stesso senso cfr. Id., Sez. VI, 12 luglio 2019 n. 4917, in *giustizia-amministrativa.it*.

[17] Un caso particolare si evince in V. Brigante, *Giudizio di ottemperanza nei confronti di comune in stato di dissesto*, in *Giustizia Insieme*, 2025, ove si segnala che, con riferimento all'ammissibilità del giudizio di ottemperanza nei confronti di un'amministrazione che versi in una condizione di difficoltà finanziaria, «*l'azione di ottemperanza dovrebbe essere preclusa sino all'approvazione del piano di riequilibrio, poiché la stessa è equiparata, come noto, a una procedura esecutiva. Il ricorso è inammissibile, sul piano logico prima che giuridico, poiché non avrebbe senso consentire un giudizio esecutivo destinato ex lege alla sospensione fino alla definizione, in termini positivi o negativi, della relativa situazione temporanea di squilibrio finanziario. Non sarebbe, infatti, assicurata la pretesa creditoria oggetto della stessa azione proposta in giudizio*». In sostanza, le situazioni debitorie degli enti locali, regolate dal titolo VIII del T.U.E.L., non dovrebbero inibire in radice il giudizio di ottemperanza, che può proseguire fino all'adempimento di obblighi di fare, per poi paralizzarsi quanto agli obblighi di

Ebbene, nello svolgimento delle verifiche affidategli, il giudice dell'ottemperanza è chiamato in primo luogo a qualificare le domande proposte, distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che invece riguardano il prosieguo dell'azione amministrativa e traendone le conseguenze necessarie sul piano del rito e dei poteri decisori[18]: nel caso in cui il giudice dell'ottemperanza ritenga che il nuovo provvedimento emesso dall'Amministrazione costituisca violazione ovvero elusione del giudicato, ne dichiara la nullità; in caso di rigetto dell'azione di nullità, egli dispone la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione, ai sensi dell'art. 32, comma 2, c.p.a.

Dunque, alla configurabilità di differenti situazioni in sede di attività di esecuzione del giudicato e perciò di rinnovo della funzione amministrativa, in esito al giudicato di annullamento, corrisponde la linea di demarcazione tra azione di ottemperanza ed azione impugnatoria. In particolare, in caso di atti emanati nell'esercizio di una funzione connotata da discrezionalità, si ha violazione od elusione del giudicato solo qualora l'atto ulteriore contenga una valutazione contrastante con le statuizioni in esso contenute; ove invece i vizi ineriscano unicamente allo spazio valutativo rimesso dalla pronuncia di annullamento all'autorità amministrativa nel riesercizio della sua funzione, si configurano vizi di legittimità denunziabili in via cognitoria-impugnatori[19].

Al fine, quindi, di configurare un vizio di elusione o violazione del giudicato, non è sufficiente che l'azione amministrativa posta in essere dopo la formazione del giudicato intervenga sulla stessa fattispecie oggetto del pregresso giudizio di cognizione o alteri l'assetto di interessi definito. Al contrario, è necessario che la P.A. eserciti la medesima potestà pubblica, già esercitata illegittimamente, in contrasto con il contenuto precettivo del giudicato (cioè con un obbligo assolutamente puntuale e vincolato, integralmente desumibile nei suoi tratti essenziali dalla sentenza), così integrando una violazione del giudicato, ovvero che l'attività asseritamente esecutiva della P.A. sia connotata da un manifesto sviamento di potere diretto ad aggirare l'esecuzione delle puntuali prescrizioni stabilite dal giudicato[20], in tal guisa integrando l'ipotesi di elusione del giudicato. In altri termini, solo nel caso in cui dal giudicato scaturisca un obbligo così puntuale da non lasciare margini di discrezionalità in sede di rinnovazione, l'assunzione di provvedimenti in violazione di tale obbligo può essere fatta valere con il giudizio di ottemperanza, o nell'ambito dello stesso; se invece rimangono margini di discrezionalità, in cui sono stati esternati ulteriori e diversi motivi negativi, si è al di

dare. L'obbligo di fare però – che nell'ipotesi indagata potrebbe riguardare la restituzione di suoli oggetto di occupazione illegittima, previo ripristino originario stato – a ben vedere potrebbe comportare, in ogni caso, un aggravio finanziario, un'ulteriore spesa per l'amministrazione. In giurisprudenza, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 13 novembre 2024, n. 3777, in *giustizia-amministrativa.it*.

[18] Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 29 novembre 2023, n. 1379; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 25 gennaio 2023, n. 541; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 8 ottobre 2022, n. 11098, in *giustizia-amministrativa.it*.

[19] In dottrina, L. Galli, *I poteri del giudice dell'ottemperanza tra esecuzione delle sentenze amministrative ed effettività della tutela*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2024, 367 ss.; A. Travi, *In tema di ricorso per ottemperanza*, in *Foro it.*, 9, 2023, 386 ss.; F. Saitta, *L'attuazione dei provvedimenti del giudice amministrativo: l'azione di ottemperanza tra codici e giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 3, 547 ss.

[20] *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 21 luglio 2015, n. 3592; Id., Sez. V, 27 maggio 2014, n. 2730, in *giustizia-amministrativa.it*.

fuori dello spazio coperto dalla sentenza e gli atti successivamente emanati dalla P.A., pur riferiti ad un'attività rinnovata ora per allora, sono soggetti all'ordinario regime di impugnazione, in quanto è configurabile solo un vizio di legittimità, rilevabile e prospettabile nelle sedi proprie.

3. L'oggetto dell'azione di ottemperanza a partire dalla sentenza del TAR Lazio.

Muovendo immediatamente alla pronuncia in commento, ivi si segnala, anzitutto e come detto *supra*, che oggetto dell'azione di ottemperanza è l'attuazione del giudicato, a fronte di una condotta dell'amministrazione che lo viola o lo elude tanto in modo inerte, quanto con l'adozione di provvedimenti aventi tale effetto[21]. Ciò premesso, come sottolineato pure dal Collegio nella pronuncia in commento, si deve quindi reputare che la domanda formulata con il ricorso per ottemperanza investa ogni profilo, purché acquisito in causa, che assuma rilievo impeditivo rispetto alla soddisfazione della pretesa azionata. In tale direzione, invero, l'art. 114, comma 4, lett. b) c.p.a. ha – a tal fine – attribuito al giudice dell'esecuzione il potere di rilevare d'ufficio eventuali nullità di atti che si frappongono all'attuazione del comando giudiziale, anche al di là dei limiti generali posti all'azione di nullità dall'art. 31 c.p.a.

Non a caso, l'art. 112 c.p.a. si limita a stabilire le condizioni di ammissibilità del ricorso per ottemperanza e, per quanto qui interessa, richiede la formulazione della domanda di attuazione dei provvedimenti indicati al comma 2, mentre l'art. 114, comma 4, c.p.a. descrive la latitudine dei poteri del giudice, in caso di accoglimento del ricorso.

In altri termini, adunque, come rilevato nella pronuncia in commento, «il giudice dell'ottemperanza è investito, per un verso, della potestà della cognizione piena del rispetto del giudicato e, quindi, della regola di azione stabilita con il *dictum* della decisione di cui si domanda l'esecuzione e, per un altro verso, ove ne ravvisi la mancata attuazione, la violazione o l'elusione, dei poteri dispositivi catalogati all'art. 114, comma 4, c.p.a.».

[21] È stato chiarito, infatti, come: *(a)* il giudizio di ottemperanza ha la precipua funzione di un controllo successivo del rispetto, da parte dell'Amministrazione, degli obblighi derivanti dal giudicato, al fine di attribuire l'utilità spettante alla parte vittoriosa in sede di cognizione (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2013, n. 4322); *(b)* tale verifica sull'esatta attuazione del giudicato implica la precisa individuazione del contenuto degli effetti conformativi derivanti dalla sentenza di cui si chiede l'esecuzione (per tutte Cons. Stato, Sez. V, 14 marzo 2016, n. 984); *(c)* con il rimedio dell'ottemperanza può essere lamentata non solo la totale inerzia dell'Amministrazione nell'esecuzione del giudicato, e, cioè, la mancanza di qualsivoglia attività esecutiva, ma anche la sua attuazione inesatta, incompleta o elusiva; realizzata, cioè, con l'adozione di atti che violano o eludono il comando contenuto nella sentenza di cui si chiede l'esecuzione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 dicembre 2011, n. 6501; Id., Sez. V, 04 giugno 2019, n. 3747, nonché, la fondamentale pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 6 del 1984); *(d)* il provvedimento sopravvenuto al giudicato dev'essere impugnato nell'ordinario termine di decadenza, con una (nuova) azione di cognizione e di annullamento, quando se ne deduca l'illegittimità per la violazione di regole di azione estranee al *decisum* della sentenza da eseguire, mentre l'atto asseritamente emesso in violazione o in esecuzione del giudicato dev'essere impugnato con il ricorso per ottemperanza nel termine di prescrizione dell'*actio iudicati*, in quanto nullo ai sensi dell'art.21 *septies* della l. n. 241/1990 e dell'art. 114, comma 4, lett. b), del codice del processo amministrativo (Cons. Stato, Sez. III, 29 ottobre 2018, n. 6130; Id. Sez. V, 23 maggio 2011, n. 3078), salve le regole sulla conversione del rito, in presenza dei relativi presupposti (su cui Cons. Stato, Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2). In tema, si vedano anche Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2023, n. 384; Cons. Stato, Sez. II, 14 novembre 2022, n. 9939; Cons. Stato, Sez. III, 22 maggio 2016, n. 2769 (tutte in *giustizia-amministrativa.it*).

Si consideri che la titolarità e l'esercizio di tali poteri si rivela, peraltro, del tutto funzionale alla compiuta attuazione del *decisum* (in un'ottica di piena effettività della tutela[22]) e alla conseguente conformazione ad esso dell'azione amministrativa e, come tale, automaticamente implicata dalla proposizione dell'azione di giudicato. Si consideri, non a caso, che il giudizio di ottemperanza si svolge attraverso una triplice operazione logico-giuridica, comprensiva delle seguenti fasi: *(i)* interpretazione del *decisum* giurisdizionale (per l'appunto), al fine di individuare il comportamento doveroso per l'Amministrazione; *(ii)* accertamento del comportamento in effetti tenuto dall'Amministrazione; *(iii)* valutazione della conformità del comportamento tenuto dall'Amministrazione rispetto a quello che la medesima avrebbe dovuto tenere. L'attività di interpretazione del *decisum* giurisdizionale si sostanzia proprio attraverso la descrizione del contenuto dispositivo dei capi di pronuncia rispetto ai motivi di impugnazione dell'atto, secondo il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, ma non si esaurisce in essa. L'attività interpretativa è infatti indirizzata all'individuazione del contenuto precettivo della "regola del caso deciso", con effetto conformativo sulla futura riedizione del potere, che potrà esprimersi senza limitazioni nel tratto lasciato libero dal *decisum* giurisdizionale, mentre resterà astretta dai vincoli nascenti dalla decisione, ovverossia dalle regole e principi sulla base dei quali il giudice della cognizione ha stabilito che il rapporto giuridico in contestazione fra le parti debba trovare la propria regolazione. In questo senso, l'attività di interpretazione del *decisum* è sempre attività di regolazione del rapporto giuridico, perché nel giudizio di cognizione la *regula iuris* è stabilita, mentre nel giudizio di ottemperanza, quella medesima regola è concretamente applicata[23].

Pertanto, perché il ricorso per ottemperanza risulti idoneo ad investire il giudice adito delle potestà cognitive e dispositive sopra indicate, è sufficiente che la *causa petendi* e il *petitum* siano coerenti con l'art. 112 c.p.a. e risultino adeguatamente dettagliati nell'atto introduttivo del giudizio ovvero (qualora il provvedimento elusivo sia sopravvenuto) in un successivo atto difensivo, perché il giudice dell'ottemperanza sia ritualmente investito del potere di dichiararne la nullità, ai sensi del combinato disposto degli artt. 21-*septies* della l. n. 241/1990 e 114, comma 4, lett. b), c.p.a.

[22] Da ultimo cfr. pure A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. II.1. La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, 2022, 243 ss.; S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017, 258 ss.

[23] È noto, a questo proposito, l'indirizzo esegetico, costantemente seguito dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui la dinamicità e relativa flessibilità che caratterizzano la sentenza amministrativa, nel costante dialogo che la stessa instaura con il successivo esercizio del potere amministrativo, permettono al giudice dell'ottemperanza non solo di completare la decisione con nuove statuizioni integrative della pronuncia, ma anche di specificarne la portata e gli effetti conformativi (*ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen., 09 giugno 2016, n. 11, e giurisprudenza ivi citata). Il suddetto meccanismo, va soggiunto, non opera al di fuori del sistema, e cioè in maniera straordinaria e avulsa dalle regole ordinarie che governano il processo di cognizione, ma solo nei limiti in cui sia predicabile la cognizione esecutiva. La sentenza amministrativa costituisce, infatti, titolo per l'azione esecutiva, non per la prosecuzione del giudizio di cognizione, e il giudizio di ottemperanza è volto a tradurre in atto le statuizioni già contenute, ancorché implicitamente o prospetticamente, nella sentenza definitiva, senza che si possa incidere sui tratti liberi dell'azione amministrativa, lasciati "impregiudicati" dalla decisione, e nei limiti in cui l'ulteriore svolgimento dell'azione sia comunque già desumibile, nei suoi tratti essenziali, dalla sentenza da portare ad esecuzione (fra le tante, Cons. Stato, Sez. VII, 3 aprile 2023, n. 3409 e Id., Sez. V, 08 luglio 2021, n. 5196).

Del resto, la peculiare giurisdizione di ottemperanza attribuita al giudice amministrativo presenta caratteri specifici in virtù dei quali non è, peraltro, nemmeno esclusa l'ingerenza del giudice nel merito dell'agire della P.A., giacché al medesimo giudice è espressamente attribuito un potere di giurisdizione anche di merito (art. 7, comma 6, c.p.a. e art. 134 c.p.a.), con possibilità non solo di sostituirsi all'amministrazione – nominando, ove occorra, un commissario *ad acta* a norma dell'art. 114, comma 4, lett. d), c.p.a.[24] – ma anche di procedere alla determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo ed alla emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione. Non a caso, in particolare, l'art. 114 c.p.a, da un lato, non limita il potere di emanazione diretta del provvedimento amministrativo interamente satisfattorio ai soli casi di attività vincolata della pubblica amministrazione, dall'altro, rimette al giudice amministrativo il potere di decidere, in relazione alla particolarità della fattispecie concreta, se adottare esso, nel caso di persistente inadempimento, le misure più idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento o l'emanazione dello stesso al posto dell'amministrazione ovvero se nominare un commissario *ad acta*[25].

Da qui discendono, peraltro, anche ulteriori – parallele e convergenti – riflessioni. In sede di ottemperanza alla sentenza sul silenzio, visto quanto *supra*, va da sé che non vi è, quindi, spazio per poter vagliare e valutare le modalità esecutive adottate, posto che la pronuncia impone solo uno specifico obbligo di provvedere, ma con contenuto non predeterminato, non trattandosi di atto vincolato. L'esecuzione della sentenza sul silenzio ha, cioè, una portata limitata in quanto la verifica dell'ottemperanza non può che limitarsi a verificare l'emissione di un provvedimento in linea e coerente con i presupposti individuati, spostandosi ogni verifica sulla legittimità dei provvedimenti della P.A. nella sede propria del giudizio impugnatorio[26]. Il che, invero, induce a interrogarsi – sebbene non sia questa la sede per ogni e più ampia considerazione in merito – pure sulla natura del commissario *ad acta* in simili scenari[27], dal momento che mentre nell'ambito del rito ordinario è assodato che detta figura sia un ausiliario del giudice, nel rito del silenzio tale commissario conserva delle proprie peculiarità, godendo di poteri ben più ampi rispetto alla pronuncia di mero accertamento dell'obbligo di provvedere (a mo' di attività sostitutiva "piena"[28]). In questi casi potrebbe

[24] Si veda R. Fusco, *Il sindacato giurisdizionale sulla riedizione del potere amministrativo a seguito del giudicato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2024, 2, 67 ss.

[25] Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 06 novembre 2017, n. 26259; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 10 luglio 2021, n. 212, in *giustizia-amministrativa.it*.

[26] Sul punto, Cons. Stato, Sez. III, 01 settembre 2025, n. 7169, in *giustizia-amministrativa.it*.

[27] Sulla natura del commissario, cfr., recentemente, L. Galli, *I poteri del giudice dell'ottemperanza tra esecuzione delle sentenze amministrative ed effettività della tutela*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2024, 2, 367 ss.; T. Tornielli, *La figura del commissario ad acta e la garanzia di effettività della tutela tra rito contro il silenzio e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2023, 156 ss.; in giurisprudenza, sulle implicazioni della qualificazione del commissario *ad acta* quale ausiliario del giudice, ai sensi dell'art. 21 c.p.a., e dell'attività conseguente, cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 25 maggio 2021, n. 8, in *giustizia-amministrativa.it*.

[28] M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, 709 ss., evidenzia come l'effetto conformativo della sentenza avverso il silenzio è pressoché nullo, limitandosi alla mera necessità di provvedere; l'attività richiesta al commissario risulta invece di tipo sostitutivo pieno, in un ambito di piena discrezionalità, non collegata alla decisione giudiziale se non per quanto attiene all'accertamento dell'obbligo di provvedere; della stessa opinione, anche se riferita alla disciplina antecedente al Codice,

opinarsi che il commissario *ad acta* non sia tanto un ausiliario del giudice[29] ma, piuttosto, un vero e proprio ausiliario dell'amministrazione[30], in quanto ha l'obbligo non di adottare direttamente il provvedimento, visto che la sentenza non si può pronunciare in luogo dell'amministrazione, ma solo di adoperarsi affinché siano adottati tutti i presupposti affinché l'amministrazione si pronunci (es. convocazione della conferenza di servizi, ecc.)[31].

4. Conclusioni.

Alla luce di quanto sopra esposto, si ritiene, quindi, percorribile la soluzione dell'ammissibilità e, in ogni caso, della procedibilità del ricorso proposto ai sensi dell'art.112 c.p.a. pur se non vi sia stata l'impugnazione del provvedimento sopravvenuto elusivo del giudicato, non potendosi ravvisare qualsivoglia preclusione o decadenza processuali in conseguenza della mancata impugnazione.

L'art. 112 c.p.a., infatti, si limita a stabilire le condizioni di ammissibilità del ricorso per ottemperanza – rito a dir poco elastico – e, per quanto qui di interesse, richiede la formulazione della domanda di attuazione dei provvedimenti indicati al comma 2, mentre l'art. 114, comma 4, c.p.a. descrive la latitudine dei poteri del giudice, in caso di accoglimento del ricorso. La lettura coordinata e sistematica delle due disposizioni vincola l'interprete a slegare – almeno, in parte, ossia nei sensi di cui *supra* – l'esercizio dei poteri (d'ufficio) attribuiti al giudice dell'ottemperanza dall'art.114, comma 4, c.p.a. dal principio della domanda, tranne che per i casi espressamente previsti. Anzi, la lett. e) – sulla necessità di una specifica

A. Travi, *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2002, 3, 233 ss.

[29] A seguire Cons. Stato, Ad. plen, n. 8/2021 cit., in termini generali, il potere amministrativo da sostituire rappresenta non solo il limite dell'intervento del giudice dell'ottemperanza ma anche l'aspetto che lo connota, di talché, allorquando non si tratta di esercitare detto potere, viene meno la stessa ragion d'essere del rimedio di cui agli artt. 112 ss. c.p.a, e che l'unico spazio di manovra lasciato dal giudizio d'ottemperanza, riguarda i soli casi in cui l'adempimento della sentenza richiede l'adozione di atti esecutivi sui beni e/o sui crediti del debitore. Il commissario *ad acta*, dunque, essendo organo straordinario del giudice, deputato a adottare, in luogo dell'Amministrazione, gli atti e i provvedimenti tipici di quest'ultima, diviene intestatario dei soli poteri che facevano capo all'amministrazione inottemperante. Esso, in sostanza, può muoversi solo e soltanto entro le soglie degli atti che farebbero capo al giudice stesso e dell'Amministrazione dalla quale il giudice dell'ottemperanza mutua i propri poteri attraverso il riconoscimento della giurisdizione di merito; tant'è che «*il commissario ad acta potrà essere chiamato ad adottare atti dalla natura giuridica e dal contenuto più vari: da quelli volti al pagamento di somme di denaro, cui l'amministrazione è stata condannata, ai provvedimenti amministrativi di natura vincolata, che trovano già nella sentenza che ha concluso il giudizio di cognizione la propria conformazione; fino ai provvedimenti di natura discrezionale, che solo eventualmente possono trovare nella sentenza ragioni e limiti della valutazione e della scelta che il commissario deve effettuare in luogo dell'amministrazione*» (Ad. plen. *supra* citata).

[30] Ci si riferisce qui all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che nella sentenza n. 7/2019, ha *en passent* evidenziato come il commissario *ad acta* avrebbe una «*duplice veste di ausiliario del giudice e di organo straordinario dell'amministrazione*». Cfr. S. Tarullo, *Il giudizio di ottemperanza*, in F.G. Scoca (a cura di),*Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 589 ss., dove si legge che «*al commissario ad acta non già la natura di organo straordinario dell'amministrazione (come pure da alcuni sostenuto in passato), bensì quella di organo ausiliario del giudice, in quanto è il giudice che nomina il Commissario, dal giudice questi deriva i propri poteri di sostituzione, ed è sempre il giudice, investito del compito di dirigere l'esecuzione, ad indirizzare ed orientare la sua attività*».

[31] Si badi che l'Ad. plen. n. 8/2021 – sul punto – ha però evidenziato che il fondamento del potere esercitato dal commissario *ad acta* non è il medesimo del potere di cui è titolare l'amministrazione, poiché il primo si colloca nella decisione del giudice, il secondo nella norma che lo attribuisce all'amministrazione. Il primo ha la sua "giustificazione funzionale" nell'effettività della tutela giurisdizionale, conferendo alla parte vittoriosa in giudizio quella attribuzione che risulta satisfattiva della propria posizione giuridica per la cui tutela essa ha agito; il secondo, nella cura dell'interesse pubblico che costituisce, al contempo, fondamento genetico dell'attribuzione e funzionalizzazione dell'esercizio del potere.

domanda per le *astreintes*[32] – costituisce un ulteriore riscontro all'opzione ermeneutica secondo cui per l'esercizio degli altri poteri ivi previsti non è necessaria la richiesta del ricorrente, in coerenza con la tradizione dell'istituto (rimessa alle ricostruzioni del giudice amministrativo) e con il noto brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. La titolarità e l'esercizio di tali poteri, adunque, si rivela, come evidenziato nella pronuncia del TAR Lazio, del tutto funzionale alla compiuta attuazione del *decisum* (in un'ottica di piena effettività della tutela) e alla conseguente conformazione ad esso dell'azione amministrativa e, come tale, automaticamente implicata dalla proposizione dell'azione di giudicato.

Perché il ricorso per ottemperanza risulti, quindi, idoneo ad investire il giudice adito delle potestà cognitive e dispositive sopra indicate, è sufficiente – preme ribadire nuovamente – che la *causa petendi* e il *petitum* siano coerenti con l'art. 112 c.p.a. e risultino adeguatamente dettagliati nell'atto introduttivo del giudizio. Quanto alla *causa petendi*, è sufficiente che il ricorrente indichi il provvedimento di cui chiede l'attuazione e deduca la sua mancata esecuzione, mentre, in ordine al *petitum*, basta che, nelle conclusioni, chieda, senza l'uso di formule sacramentali, l'adozione dei provvedimenti più utili per disporre l'ottemperanza. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui sia sopravvenuto (al giudicato ed al ricorso d'esecuzione) un provvedimento che il ricorrente reputi violativo o elusivo del *decisum*, non è necessaria la sua formale impugnazione perché il giudice dell'ottemperanza sia ritualmente investito del potere di dichiararne la nullità. Se l'atto elusivo è stato emesso prima della proposizione del ricorso, non è indispensabile che il ricorrente indichi, nella sua epigrafe, gli estremi del provvedimento sopravvenuto come oggetto di impugnazione (né che ne deduca esplicitamente l'invalidità radicale, nel corpo dell'atto, né, infine, che nelle conclusioni domandi formalmente la declaratoria della sua nullità), mentre – se l'atto elusivo è stato emesso nel corso del giudizio d'ottemperanza – per la sua contestazione non occorre un atto notificato, bastando comunque una memoria difensiva (non rilevando la verifica del perimetro dei poteri del giudice e l'ambito di applicazione dell'art. 73, comma 3, del c.p.a., quando il ricorrente nulla abbia dedotto avverso l'atto emesso nel corso del giudizio d'ottemperanza, che risulti elusivo).

Compete, in definitiva, al giudice, una volta riscontrato il carattere violativo o elusivo (del giudicato) del provvedimento adottato dall'Amministrazione dopo che la decisione da eseguire è divenuta irrevocabile e che sia stato proposto il giudizio d'ottemperanza, adottare tutti i provvedimenti, tra quelli elencati all'art. 114, comma 4, c.p.a., che risultino strumentali alla più compiuta attuazione delle statuizioni contenute nel *dictum* giudiziale, ivi compresa, ovviamente, la dichiarazione della nullità dell'atto sopravvenuto con esso confliggente. Particolarmente significativo, in tal senso, risulta altresì il confronto tra l'art. 31, comma 4, del c.p.a. (che l'ultimo periodo dichiara espressamente inapplicabile al giudizio d'ottemperanza, che così non è sottoposto al principio dispositivo che connota in termini generali l'azione di nullità in sede cognitoria), e l'art. 114, comma 4, lett. b), c.p.a. Tale confronto evidenzia proprio la diversa modulazione del potere

[32] Si veda T.A.R. Campani, Napoli, Sez. III, 25 gennaio 2023, n .549; Id., Sez. VI, 2 maggio 2018, n. 2942; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 26 settembre 2016, n. 1852; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 5 novembre 2014, n. 11099, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

d'ufficio del giudice di dichiarare la nullità in cui si imbatta nella decisione di una causa: nel primo caso, infatti, il rilievo d'ufficio è un'eccezione, rigorosamente delimitata, al principio della domanda che, in linea di massima, informa di sé anche l'art. 31; nel secondo, viceversa, esso è regola fondamentale e ineludibile del giudizio *ex* art. 114, tanto che il legislatore ha disposto che il principio della domanda (evidentemente rispetto alla nullità di un atto sopravvenuto) non trova applicazione in sede di ottemperanza, neppure in quei sensi attenuati in cui esso è stato tratteggiato ai fini dell'azione cognitoria *ex* art. 31.

Ne consegue, in conclusione, che la mancata proposizione, con atto notificato, di una domanda intesa all'accertamento della nullità del provvedimento sopravvenuto (ed elusivo del *decisum* di cui si chiede l'attuazione) non impedisce lo scrutinio del merito dell'azione di giudicato e, soprattutto, non preclude al giudice la declaratoria (d'ufficio) della nullità dell'atto elusivo.

Gianluigi Delle Cave

2. Giudizio di ottemperanza nei confronti di comune in stato di dissesto (nota a T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 13 novembre 2024, n. 3777)

Sommario: **1.** Il dissesto degli enti locali. Un osservatorio privilegiato di studio. – **2.** Il caso di studio. Poste debitorie degli enti locali e giudizio di ottemperanza. – **3.** Cause ed effetti del dissesto degli enti locali. Effettività dei diritti e risanamento dell'ente locale. – **3.1.** I costi della gestione del governo del territorio per le casse degli enti locali. L'incidenza dei procedimenti espropriativi. – **3.2.** Profili di ammissibilità del giudizio di ottemperanza nei confronti di un ente locale in dissesto. – **4.** Riflessioni conclusive. Autonomia, diritti e territori.

1. Il dissesto degli enti locali. Un osservatorio privilegiato di studio.

Il tema del dissesto degli enti locali e delle innumerevoli questioni allo stesso collegate rappresentano un osservatorio ideale per lo studio delle questioni che interessano la pubblica amministrazione e la tenuta dei diversi istituti[1]. Si tratta di un ambito regolatorio oggetto, solo negli ultimi mesi, di una sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[2] e di una questione di legittimità costituzionale pendente, sollevata da un tribunale amministrativo regionale[3], per sottolineare la centralità e la carica problematica che lo stesso ricopre nel contesto delle dinamiche istituzionali contemporanee.

[1] Tra gli studi più pregevoli si devono segnalare gli scritti di G. Verde, *Le leggi sul dissesto degli enti locali dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 2, 234 ss. e di M. Sandulli, *Il "completo risanamento" dei debiti degli enti locali in dissesto*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 1, 7 ss.

[2] Cass., sez. un., 14 maggio 2024, n. 13205, in tema di riparto di giurisdizione per le controversie che vertono sulle sanzioni interdittive comminate agli amministratori locali responsabili del dissesto.

[3] T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 20 settembre 2024, n. 5039, sent. non def. n. 5039, la dichiarazione del dissesto è un atto di competenza dell'organo consiliare rigidamente vincolato, la cui adozione è doverosa e sufficientemente motivata dalla mera ricognizione dell'incapacità dell'ente di garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili, ovvero di assicurare il pagamento dei crediti liquidi ed esigibili di terzi con gli strumenti forniti dalle norme di contabilità. Il sindacato giurisdizionale sull'atto de quo è necessariamente incentrato sulla verifica del corretto esercizio del potere di azione in ordine all'accertamento dei presupposti di fatto previsti dalla legge, non potendo consentirsi al giudice amministrativo alcuna valutazione delle scelte operate. (Nella fattispecie in esame, la sezione reputa legittima l'adozione della deliberazione finale di dissesto finanziario, preceduta dall'approvazione del rendiconto della gestione nonché dalla presa d'atto dell'impossibilità di ripiano. Assume che gli incontestabili dati di bilancio militano nel senso di ritenere realizzato il presupposto della dichiarazione di dissesto, sulla scorta di un accertamento dell'evidenza dei dati medesimi, a nulla rilevando le ipotetiche soluzioni prospettate dai revisori dei conti, quanto all'alienazione degli immobili di proprietà comunale ovvero ad altre forme di anticipazione finanziaria).

L'intero impianto normativo in materia di procedure di risanamento e, più in generale, la disciplina che riguarda gli enti deficitari o dissestati, è contenuto nel titolo VIII del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, il «Testo Unico degli Enti Locali» (TUEL), testo adottato per un proposito e un'esigenza, generalmente avvertita, di conferire e assicurare organicità e certezza all'organizzazione delle amministrazioni comunali, anche nelle ipotesi in cui le stesse si trovino in una condizione di sofferenza finanziaria; obiettivi che le successive riforme, non hanno sempre garantito, e che talvolta hanno palesemente tradito.

Si tratta di un sistema che si basa su una progressione graduale e crescente del livello di criticità finanziaria.

La natura polisemica del concetto stesso di crisi finanziaria, declinata in stato deficitario o di dissesto dal legislatore qualora la stessa sia riferita agli enti locali, consente di confrontare risultati teorici ed empirici, canoni interpretativi e una serie eterogenea di questioni connesse che possono assurgere a campo di osservazione ideale per la verifica della tenuta delle soluzioni interpretative seguite.

Il dissesto, che si configura *ex* art. 244 del TUEL nell'ipotesi in cui l'ente non sia in grado di assolvere alle funzioni e di erogare i servizi indispensabili[4] – il c.d. dissesto funzionale – rappresenta, come noto, la forma più grave in cui può manifestarsi la crisi finanziaria di un'amministrazione[5].

Si tratta di una condizione nella quale l'ente locale riesce a "mala pena a gestire l'ordinario e lo fa solo mediante l'ausilio delle anticipazioni di liquidità e proprio il ricorso sistematico a tale strumento porta a considerare la perdurante sofferenza di liquidità non più come frutto di un mero disallineamento temporale tra incassi e pagamenti quanto, piuttosto, come la patologica manifestazione finanziaria di reiterati ed evidenti squilibri[6]".

La dichiarazione di dissesto – che non rappresenta, almeno tendenzialmente, una scelta discrezionale dell'ente ma è una determinazione vincolata e ineludibile[7] – equivale a una dichiarazione di insolvenza che pone l'ente stesso in una condizione di limitata capacità di agire e conduce a una, seppur parziale, delegittimazione degli organi[8], poiché l'attività dell'amministrazione è, in parte, affidata alla gestione di un organo straordinario, distinto dagli organi istituzionali ordinari[9].

[4] Si v. lo studio pubblicato con cadenza annuale, M. Degni (a cura di), *VII Rapporto Ca' Foscari sui comuni. I comuni nella nuova governance europea della finanza pubblica*, Roma, 2024.

[5] Sul tema, nell'ottica della tutela dei creditori, cfr. C. Bergonzini, *Quando il dissesto si nasconde nei dettagli. Criticità finanziarie del Comuni e tutela dei creditori: un bilanciamento da rivalutare*, in *Federalismi*, 2023, 15, 5 ss.; tra i lavori monografici, per una lettura di taglio economico del tema, si v. R. Civitillo, *Il dissesto finanziario degli enti locali*, Milano, 2022.

[6] Si tratta di un passaggio, particolarmente significativo, della delibera con la quale il comune di Frignano ha dichiarato il dissesto, 29 luglio 2022, del. n. 24; si v., per apprezzare la multifattorialità del dissesto, anche la delibera con la quale il comune di Paolisi ha dichiarato il dissesto, 28 dicembre 2022, del. n. 43, dalla quale si evince che "al di là dei fattori contabili, ha inciso la risalente inadeguatezza della macchina comunale, che avrebbe bisogno dell'innesto di buone pratiche e di robusta assistenza tecnica, con l'inserimento di adeguate figure professionali, tra le quali rileva l'assenza di un responsabile del servizio finanziario".

[7] Come osserva G. Rivosecchi, *I controlli sulla finanza pubblica tra i diversi livelli territoriali di governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 3, 760, si tratta dell'accertamento della corrispondenza tra determinati fatti giuridico-contabili ai parametri normativi.

[8] Emblematica è l'espressione utilizzata da F. Pica, *La crisi finanziaria del Comune di Napoli: lezioni da una esperienza*, in *Riv. econ. Mezz.*, 2014, 1-2, con il dissesto si prende atto del fatto che l'ente è morto, in quanto ha fallito senza rimedio alla sua effettiva missione.

[9] Si deve osservare, infatti – come fatto di recente da T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 2 novembre 2023, n. 5936, in *Foro amm.*, 2023, 11, II, 1538 – che l'incarico di componente dell'organo straordinario di liquidazione di un comune non

Il legislatore – sin dal d.l. 25 febbraio 1995, n. 77 – ha preso atto della necessità di regolare la vicenda peculiare della crisi finanziaria dell'ente locale attraverso la previsione della presenza di altri soggetti e di (ri)attribuire, in seguito alla dichiarazione di dissesto, il potere in un'ottica funzionale al risanamento, con una scelta che incide sensibilmente sulla capacità di agire della persona giuridica pubblica, intesa come amministrazione ordinaria[10].

In quest'ottica, l'organo straordinario di liquidazione deve provvedere al risanamento dell'indebitamento pregresso, una precisa scelta, che vincola l'attribuzione del potere – o, se si vuole, comporta la privazione dello stesso in capo all'amministrazione ordinaria – al profilo temporale, poiché l'ambito oggettivo sul quale insiste il potere è rappresentato da tutte le conseguenze derivanti dalle operazioni di gestione che hanno dato origine e hanno determinato l'ammontare dei debiti che hanno condotto al dissesto[11].

Lo stato di dissesto comporta, tra gli altri, il divieto di spesa per l'ente e, di conseguenza, da ciò dovrebbe desumersi il divieto di agire in ottemperanza in ordine a obblighi specifici di dare o di fare.

Già nella vigenza della previgente normativa in tema di dissesto degli enti locali – il d.l. 2 marzo 1989, n. 66 – la deliberazione di dissesto comportava la sospensione delle azioni esecutive dei creditori nei confronti dell'ente, anche se la tendenza della giurisprudenza amministrativa dell'epoca si dirigeva nel senso di accogliere, in ogni caso, proprio il ricorso per ottemperanza in danno del comune in stato di dissesto; l'approvazione del piano di risanamento finanziario comportava la sospensione delle sole azioni esecutive promosse solo secondo le norme del codice di procedura civile[12], fino alla riforma del 1993[13], che prevedeva espressamente che vi fosse inammissibilità dell'azione anche in occasione di un giudizio di ottemperanza[14].

Si tratta di un profilo delicato, nel quale i principi e gli interessi che si confrontano sono diversi e gli inevitabili conflitti tra posizioni antagoniste impongono da rifuggire da soluzioni rigide, poiché si tratta della garanzia dei diritti dei cittadini e dei vincoli

costituisce un rapporto di pubblico impiego, infatti, la revoca di tale incarico non è annoverabile tra gli atti di gestione del rapporto di pubblico impiego.

[10] Sul profilo inerente la tenuta degli equilibri dinamici di *perfomance* in un regime separato, si v. V. Manzetti, *Quale "performance" amministrativa negli enti locali in situazione di grave squilibrio di bilancio?*, in *Federalismi*, 2019, 17, 10 ss.

[11] Cfr. Cons. St., sez. V, 9 maggio 2003, n. 2455, in *Foro amm. CdS*, 2003, 1612.

[12] Così T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 4 luglio 1994, n. 335, in *Foro it.*, 1995, III, 352; *ex multis*, rispetto all'equiparazione del giudizio di ottemperanza alle azioni esecutive, si v. T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 29 maggio 2012, n. 2514, in *Foro amm. TAR*, 2012, 5, 1695, "quando una norma – come l'art. 21 comma 3, d.l. n. 8 del 1993, convertito con modificazioni dalla l. n. 68 del 1993 – non consente al creditore dell'amministrazione di agire in sede giurisdizionale con le azioni esecutive (in quanto la soddisfazione deve aver luogo nell'ambito di una procedura amministrativa concorsuale), non si può ritenere ammissibile il giudizio di ottemperanza".

[13] Si v. M. Nunziata, *In tema di "dissesto finanziario" degli enti locali*, in *Amm. cont. St. en. Pubbl.*, 1994, 1-6, 74 ss.; Cons. St., ad. plen., 24 giugno 1998, n. 4, in *Giur. It.*, 1998, 597, "l'art. 21 comma 3 d.l. 18 gennaio 1993 n. 8, conv. con modificazioni dalla l. 19 marzo 1993 n. 68 - con il quale è stata disposta l'estinzione delle procedure esecutive pendenti (previo pagamento dell'importo dovuto) e la non proponibilità di nuove azioni esecutive nei confronti degli enti locali dissestati – è applicabile sia in relazione all'esecuzione forzata dinanzi al giudice ordinario, sia quando il creditore dell'ente locale presenti al giudice amministrativo il giudizio per l'esecuzione del giudicato disciplinato dall'art. 27 n. 4 t.u. 26 giugno 1924 n. 1054; in questo caso, il giudice dell'ottemperanza non può prendere misure dirette alla soddisfazione dei ricorrenti in violazione del principio della «*par condicio creditorum*», salve le azioni decisorie (che hanno un sostanziale contenuto di cognizione), di controversie ancora non pendenti".

[14] Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 2003, n. 544, in *Foro amm. CdS*, 2003, 503.

economici che sugli stessi, a vario titolo, gravano.

Potrebbe qualificarsi la vicenda a partire da una ridefinizione dello stesso concetto di territorio, vincolato ai confini dell'ente locale, che è condizionato da pesi economici e debiti, poiché lo stesso non sembra, almeno per il tema in esame, idoneo a qualificare gli interessi economici legittimati ad entrarvi in rapporto[15].

2. Il caso di studio. Poste debitorie degli enti locali e giudizio di ottemperanza.

Giova, al fine di apprezzare le asperità del tema e individuare gli incerti confini dell'attività di fare che comportano, anche indirettamente, un costo per l'amministrazione in stato di difficoltà finanziaria, ricostruire la vicenda in esame che ha interessato il comune di Taormina.

Il ricorrente chiedeva al giudice amministrativo di accertare l'illegittimità, invalidità o inefficacia, nonché per l'eventuale disapplicazione, degli atti amministrativi sulla base dei quali l'amministrazione aveva occupato e realizzato un'opera sul fondo di proprietà dello stesso privato ricorrente.

Il tribunale amministrativo regionale accoglieva il ricorso, disponendo, contestualmente, che l'ente intimato provvedesse alla restituzione o all'acquisizione dell'immobile del ricorrente, con le determinazioni conseguenti, con conseguente condanna in capo all'amministrazione locale del pagamento delle spese di giudizio, circostanza che avrebbe, peraltro, comportato un peggioramento della situazione finanziaria dell'ente.

L'amministrazione, nonostante il decorso del termine, non provvedeva all'esecuzione del *dictum* della sentenza di prime cure, e, persistendo nell'inadempimento, induceva la ricorrente a proporre ricorso per ottenere l'ottemperanza.

Si desumevano, però, possibili profili di parziale inammissibilità del ricorso, limitatamente alla statuizione sul capo della sentenza proprio relativo al peso economico che sarebbe gravato sull'amministrazione condannata, in considerazione dello stato di dissesto.

Si intimava al comune di restituire i terreni illegittimamente occupati, previa riduzione in pristino stato, con la previsione del risarcimento del danno per il periodo di occupazione illegittima o provvedere, in alternativa, all'acquisizione dell'immobile mediante valido titolo di acquisto.

Si osservava che la procedura espropriativa non era portata a termine proprio per mancanza di copertura finanziaria, ulteriore circostanza che aveva indotto l'ente comunale a dichiarare lo stato di dissesto. Il ricorso disinvolto alle procedure espropriative, anche oltre le reali esigenze, con un peggioramento delle condizioni dell'amministrazione, ha rappresentato, per anni, una prassi diffusa.

Il ricorso per l'ottemperanza era dichiarato, almeno in parte inammissibile, e doveva essere accolto per la restante parte nel rispetto di alcuni limiti.

Come affermato da diversi arresti pretori, il ricorso per ottemperanza è generalmente ammissibile, anche qualora l'ente versi in stato di dissesto, nelle ipotesi in cui l'amministrazione debba, in forza di una sentenza, esercitare un "potere di natura discrezionale non riducibile alla mera liquidazione di

[15] Si v. C. Barbati, *Territori e interessi economici: le "politiche dei luoghi" per lo sviluppo locale*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, I, Napoli, 2012, 31 ss., 36.

crediti di natura patrimoniale derivanti o meno da titolo giudiziario[16]".

Per contro, ove sia in contestazione l'obbligo di emanazione dell'atto amministrativo – in questa ipotesi, peraltro ricorrente, nelle ipotesi di squilibrio finanziario dell'ente locale, si tratta del decreto di esproprio[17] – che contempli il titolo di spesa, la competenza amministrativa e contabile resterebbe saldamente ancorata in capo all'organo straordinario per il divieto generale di esecuzione individuale e in forza del principio della *par condicio creditorum*.

La conclusione non si pone in termini contrari rispetto alle conclusioni cui è pervenuta la Adunanza Plenaria, con la sentenza 5 agosto 2020, n. 15, la quale stabilisce che il provvedimento di acquisizione sanante, genetico dell'obbligazione e, quindi, del debito è attratto necessariamente nella competenza dell'organo straordinario di liquidazione, qualora lo stesso sia adottato entro il termine di approvazione del rendiconto della gestione liquidatoria.

La vicenda indagata ha ad oggetto un giudizio di ottemperanza che insiste su determinati effetti patrimoniali, di competenza dell'organismo di liquidazione stante lo stato di dissesto, che sarebbero solo conseguenziali alle scelte, non ancora compiute, ma residue in capo all'ente locale, nella sua composizione ordinaria.

La tesi sostenuta va nella direzione di ritenere che il giudizio di ottemperanza, finanche nei confronti di un ente in dissesto, nei confronti del quale sarebbero precluse azioni creditorie a carattere esecutivo, è ammissibile nei limiti della coercizione di obblighi derivanti dal giudicato, che impongano però l'esercizio di attività amministrativa, non riducibile alla mera liquidazione di un credito di natura pecuniaria o, come nel caso di specie, che impongano principalmente obblighi di fare, come l'obbligo di restituzione o, in alternativa, l'acquisizione dell'immobile mediante valido titolo di acquisto ovvero tramite la procedura disciplinata dall'art. 42-*bis* del Testo Unico sulle espropriazioni per pubblica utilità[18].

Dalla sentenza ottemperanda non discende un dovere, in termini di attività vincolata, di emanazione dell'atto di acquisizione sanante, con ciò che ne consegue in termini di situazione debitoria, poiché in capo all'amministrazione residua un potere discrezionale di scelta tra la restituzione e l'acquisizione del suolo appreso illegittimamente, peraltro proprio in ragione della deficitaria situazione finanziaria che aveva impedito di completare il procedimento ablatorio reale; da tale scelta sarebbero dipese conseguenze diverse per le casse dell'ente locale.

L'organo straordinario di liquidazione è competente solo in seguito alla decisione discrezionale[19] – che, nel caso di specie è rappresentata dalla scelta tra restituzione e

[16] *Ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 22 maggio 2024, n. 3297; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 24 maggio 2023, n. 687.

[17] Sul tema, anche in ragione degli ultimi orientamenti della giurisprudenza di legittimità, cfr. A. Quarta, *Effetti del decreto di esproprio e situazioni possessorie. L'ultima parola della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2023, 6, 1258 ss.

[18] Sul tema, si v. G. Manfredi, *Acquisizione sanante, ottemperanza, indennità*, in *Giur. it.*, 2021, 6, 1431 ss.; sul profilo debitorio, E. Barile, *In tema di dissesto degli enti locali (Nota a Cons. St., ad. plen., 5 agosto 2020, n. 15)*, in *Foro it.*, 2020, 12, III, 667 ss.

[19] Cons. St., sez. IV, 17 novembre 2023, n. 9874, l'atto di acquisizione sanante, generatore dell'obbligazione (e, quindi, del debito), è attratto nella competenza dell'organo straordinario di liquidazione, e non rientra quindi nella gestione ordinaria, sia sotto il profilo contabile sia sotto il profilo della competenza ammnistrativa, se detto provvedimento *ex* art. 42-*bis* t.u. espropriazione è pronunciato entro il termine di approvazione del rendiconto della gestione liquidatoria e si riferisce a fatti di occupazione illegittima anteriori al 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato.

acquisizione – cui l'amministrazione non aveva ancora provveduto e dalla quale sarebbero dipese la natura e l'entità delle obbligazioni, di *facere* e di dare, rimesse alla competenza dell'organo straordinario.

D'altronde, anche in base a una lettura sistemica delle scelte legislative in tema di regolazione dello stato di dissesto degli enti locali, l'organo straordinario di liquidazione, per sua natura, non può esprimere valutazioni caratterizzate da discrezionalità, ma scelte di natura tecnico-contabile[20] ispirate all'obiettivo del rientro dal debito.

L'amministrazione, non avendo ancora svolto l'attività imposta dal giudicato, era da ritenersi inottemperante.

Per altro verso, il Collegio ritiene insussistenti i presupposti di cui all'art. 114, comma 4, lett. e) del codice del processo amministrativo per l'accoglimento dell'istanza di fissazione della penalità di mora, posto che la sopra richiamata disposizione esclude l'applicazione della c.d. *astreinte*[21] nel caso in cui la stessa debba ritenersi "manifestamente" iniqua ovvero sussistano ulteriori "ragioni ostative", coincidenti in questo caso con la non risalente formazione del titolo in epigrafe e, per quanto di interesse, con la peculiare condizione di dissesto del Comune intimato.

Da ultimo, sempre nella prospettiva dello stato di decozione finanziaria dell'ente, il ricorso è da ritenersi inammissibile nella parte in cui si chiede l'esecuzione del *dictum* per la condanna dell'ente al pagamento delle spese di lite, poiché, per interpretazione pressoché unanime, rispetto alla suddivisione di competenze tra amministrazione ordinarie e organo straordinario, rientrano nella competenza dell'organo straordinario di liquidazione non solo le poste passive pecuniarie già contabilizzate alla data della dichiarazione di dissesto, ma anche tutte le svariate obbligazioni che, pur se *stricto jure* sorte in seguito, costituiscano comunque la conseguenza diretta ed immediata di "atti e fatti di gestione" pregressi alla dichiarazione di dissesto" e, nel caso di specie, la condanna al pagamento delle spese di lite rappresenta un'obbligazione che, per se *stricto jure* sorta in seguito, proprio con la sentenza, rinviene la genesi in un fatto – si potrebbe discorrere, più compiutamente, di comportamento[22] – precedente, cioè l'occupazione illegittima del terreno.

3. Cause ed effetti del dissesto degli enti locali. Effettività dei diritti e risanamento dell'ente locale.

Dalla pronuncia in esame emergono principalmente due questioni, che si impongono all'attenzione dell'interprete e che riguardano da un lato le cause e dall'altro le conseguenze della situazione di deficit finanziario in cui può trovarsi un ente locale.

La prima, collegata alle cause che hanno concorso all'aggravarsi della situazione debitoria, riguarda il governo del territorio da parte delle amministrazioni comunali e, nello specifico, il ricorso, spesso indiscriminato e oltre le reali esigenze, a procedimen-

[20] Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. V, 18 marzo 2024, n. 997.

[21] Proprio in tema di azioni esecutive in seguito a procedimenti espropriativi, si v. M.M. Cellini, *La penalità di mora nel processo amministrativo tra precarietà della statuizione ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 1, 380 ss.

[22] Secondo la nota ricostruzione di H.A. Simon, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 2001 (rist.).

ti espropriativi cui non si riesce a far fronte da un punto di vista economico.

La seconda, riferibile all'ammissibilità di esperire azioni esecutive nei confronti dell'amministrazione che si trovi nella condizione di cui all'art. 244 del TUEL, impone di volgere uno sguardo alle conseguenze, nella prospettiva della tutela che deve essere, in ogni caso, garantita nei confronti dei cittadini e dei creditori.

In termini generali, la condizione di deficit finanziario della pubblica amministrazione, specie se locale, rappresenta un tema che deve essere analizzato come problema complesso, con componenti economiche, giuridiche e sociali che devono essere isolate, ma senza smarrire e tenendo in debita considerazione le interconnessioni, le interdipendenze, le compatibilità con altri problemi[23].

Non ci si può, in altri termini, limitare alle previsioni del TUEL e alle relative interpretazioni[24], per evitare di analizzare le questioni da un punto di vista angusto, che non restituisca l'importanza di un tema che rappresenta, a ben vedere, uno dei punti di tenuta e di equilibrio della democrazia locale.

Cause ed effetti devono essere letti in modo congiunto e si devono comporre, per pervenire a soluzioni efficaci, in un quadro di attribuzioni e di competenze che sembrano, in realtà, seguire dinamiche che ricalcano lo schema e il regime del fallimento previsto per i soggetti privati, determinato e orientato da altre necessità.

Si devono indagare i limiti interni delle soluzioni predisposte dal TUEL, per verificare, proprio da tale punto di partenza, la disponibilità degli interessi economici ad entrare in contatto con i territori e con le relative problematiche.

3.1. I costi della gestione del governo del territorio per le casse degli enti locali. L'incidenza dei procedimenti espropriativi.

Il tema del governo del territorio e, nello specifico, i profili debitori che sono legati ai procedimenti espropriativi rappresentano probabilmente la sede elettiva per analizzare la tenuta delle cause che hanno concorso a generare e aggravare il dissesto degli enti locali, una sorta di filo rosso che attraversa e caratterizza la natura del debito dell'amministrazione.

Le ragioni sono intuibili e sono legate all'esposizione finanziaria che, a vario titolo, può generare da un procedimento di espropriazione per pubblica utilità[25].

Il problema di fondo, giuridico, ma ovviamente prima ancora socioeconomico, in cui si imbatte chiunque voglia occuparsi di urbanistica e di enti in dissesto è quello del concorso e quindi della contrapposizione tra poteri e diritti[26], cioè dell'aspettativa di

[23] Si tratta dell'impostazione teorica elaborata da G. Marongiu, *Complessità sociale, identità politica e formazione*, in P.F. Casini (a cura di), *Sui banchi della politica*, Roma, 1990, ora anche in *La democrazia come problema*, II, Bologna, 1994, 137.

[24] Cfr. C. Bergonzini - P. Brambilla, *La riforma del Titolo VIII: soluzioni per la criticità finanziaria dei Comuni*, in M. Degni (a cura di), *VI Rapporto Ca' Foscari sui comuni. I comuni dentro la sfida del PNRR*, Roma, 2023, 121 ss.

[25] Sui profili finanziari della programmazione urbanistica, cfr. A. Moscarini, *Proprietà privata e Costituzione dopo le sentenze della Consulta nn. 348 e 349 del 2007*, in *Dir. soc.*, 2008, 4, 669 ss.

[26] Ci si limita a rinviare a P. Stella Richter, *Proprietà immobiliare e pianificazione urbanistica*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, I, Milano, 1992, 947 ss., che osserva, in termini generali, che il procedimento espropriativo deve tenere, sin dalla fase di programmazione, in debita considerazione, tutti gli interessi che insistono, anche indirettamente, sulla vicenda; L. Mercati, *La buona amministrazione del patrimonio immobiliare pubblico*, in *Scritti per Maria Luisa Bassi*, Napoli, 2022, 193.

soddisfazione dell'interesse individuale del privato e del composito e contestuale interesse dell'amministrazione, all'acquisizione del bene e al risanamento.

Il territorio è percepito non solo come confine-limite, idoneo a qualificare, quasi ad esserne condizione o requisito, gli interessi economici destinati a entrarvi in rapporto, ma come spazio o potenzialità, al quale però si collega un rischio, assunto in maniera non sempre consapevole e che potrebbe, però, minare l'equilibrio finanziario dell'ente stesso.

Sarebbe finanche banale ritenere che la risposta potrebbe rinvenirsi in politiche maggiormente aperte alle interazioni con soggetti privati, anche in fase di programmazione, economica e territoriale, perché il valore dei risultati potrebbe imporre una riqualificazione, non sempre adeguata, del ruolo dei poteri pubblici.

Si deve volgere, invece, con attenzione lo sguardo agli obiettivi generali di governo del territorio a monte, che dovrebbero apparire omogenei per garantire una gestione razionale di un sistema complesso, anche se spesso le modifiche territoriali sono state rimesse alla episodicità dei singoli interventi, con le evidenti pericolose conseguenze in tema di pesi, non programmati, che hanno gravato sulla finanza dell'ente solo in un momento successivo, senza l'apposita copertura programmatoria.

Rispetto a un tema così delicato per la natura degli interessi coinvolti, ci si dovrebbe avvantaggiare di chiare individuazioni di funzioni e responsabilità, per evitare di esporre la finanza locale a un passivo che spesso diviene insostenibile. Al di là di altri possibili riferimenti a misure e a soluzioni specifiche, rimane evidente la necessità, per gli enti locali, di adottare politiche che esprimano una concezione del territorio non soltanto finanziariamente condizionata, ma sostenibile nella sua accezione ampia[27].

3.2. Profili di ammissibilità del giudizio di ottemperanza nei confronti di un ente locale in dissesto.

Per altro verso ci si deve interrogare, sul versante delle conseguenze, sull'ammissibilità del giudizio di ottemperanza nei confronti di un'amministrazione[28] che versi in una condizione di difficoltà finanziaria.

Le conseguenze immediate della dichiarazione di dissesto sono rappresentate dalla preclusione assoluta, in capo ai creditori, di intraprendere azioni esecutive[29] nei confronti dell'ente e l'interruzione della maturazione degli interessi e degli effetti della rivalutazione monetaria per i debiti insoluti.

Si deve però, sin da ora, precisare che si tratta di un'inesigibilità temporanea di interessi e rivalutazione, collegata al dissesto, che dura fino al rientro *in bonis* dell'ente[30],

[27] Cfr. C. Raffestin, *Per una geografia del potere*, Milano, 1981, 155, ogni pratica spaziale indotta da un sistema d'azioni o di comportamenti, anche embrionali, si traduce in una produzione territoriale, con effetti finanziari che gravano sui soggetti, pubblici o privati, che si fanno carico dell'esecuzione.

[28] In termini generali, sull'esigibilità dei crediti nei confronti degli enti locali, cfr. R. Mininno, *Il giudizio di ottemperanza davanti al giudice amministrativo come modalità (alternativa) di recupero forzoso dei crediti verso gli enti locali*, in *Riv. es. forz.*, 2023, 4, 974 ss.; si v. anche A. Cascone, *L'ottemperanza "civile" in trasformazione*, in *Dir. econ.*, 2022, 3, 221 ss.

[29] Sul tema, in una lettura che generi dalla procedura esecutiva nei confronti della pubblica amministrazione, cfr. A. Auletta, *L'esecuzione forzata contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2020.

[30] Cfr. Cass., sez. I, 10 marzo 1999, n. 2049, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 532, in tema di procedura esecutiva iniziata nei confronti dell'amministrazione precedentemente alla dichiarazione del relativo stato di dissesto è inammissibile l'intervento anche di altri creditori, per il pagamento di interessi su crediti vantati nei confronti dell'ente, ma scaduti dopo la dichiarazione di dissesto.

che avviene con l'approvazione del rendiconto della gestione dell'organo straordinario di liquidazione.

Il tema si è posto all'attenzione dell'interprete di recente, in ipotesi di occupazione illecita, alla quale ha fatto seguito la presentazione del piano di riequilibrio pluriennale, l'istituto che dovrebbe consentire all'amministrazione di evitare lo stato di dissesto, ma le conclusioni sono pienamente valide per il caso indagato.

L'azione di ottemperanza dovrebbe essere preclusa sino all'approvazione del piano di riequilibrio, poiché la stessa è equiparata, come noto, a una procedura esecutiva. Il ricorso è inammissibile, sul piano logico prima che giuridico, poiché non avrebbe senso consentire un giudizio esecutivo destinato *ex lege* alla sospensione fino alla definizione, in termini positivi o negativi, della relativa situazione temporanea di squilibrio finanziario[31]. Non sarebbe, infatti, assicurata la pretesa creditoria oggetto della stessa azione proposta in giudizio.

Le situazioni debitorie degli enti locali, regolate dal titolo VIII del TUEL, non dovrebbero inibire in radice il giudizio di ottemperanza, che può proseguire fino all'adempimento di obblighi di fare, per poi paralizzarsi quanto agli obblighi di dare. L'obbligo di fare però – che nell'ipotesi indagata potrebbe riguardare la restituzione di suoli oggetto di occupazione illegittima, previo ripristino originario stato – a ben vedere potrebbe comportare, in ogni caso, un aggravio finanziario, un'ulteriore spesa per l'amministrazione.

Nel caso in cui l'ente locale abbia avviato la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale e abbia domandato la sospensione del giudizio di ottemperanza è ammissibile e procedibile il ricorso nei limiti della domanda volta a ottenere, mediante la scelta discrezionalmente rimessa all'amministrazione (o, in sua sostituzione, in fase di esecuzione del giudicato, al Commissario *ad acta*), l'adozione del provvedimento di acquisizione sanante ovvero di restituzione del fondo con quantificazione delle somme dovute a titolo di risarcimento e indennizzo secondo i criteri indicati nella sentenza definitiva, al fine precipuo dell'inserimento del debito così liquidato nel piano di risanamento secondo il sistema e le procedure di cui agli artt. 243-*bis* o, in caso di dissesto finanziario, nel piano di rilevazione della massa passiva.

L'interpretazione elaborata in questi termini appare convincente, poiché la sospensione del giudizio di ottemperanza deve riguardare le azioni esecutive aventi per oggetto immediato e diretto il pagamento di somme di denaro, ma tale effetto sospensivo non può predicarsi, in maniera equivalente, in relazione agli obblighi di fare, poiché non viene in rilievo l'interesse ad un ordinato assetto delle esigenze di bilancio, ma l'interesse ad ottenere l'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto, per come identificata nella decisione da ottemperare.

Si tratta di un pur complesso punto di equilibrio tra interessi confliggenti, quelli dell'ente, quelli dei cittadini, quelli dei creditori che trovano il proprio terreno di confronto sull'orlo del baratro di una situazione deficitaria[32].

La modulazione dell'ammissibilità di un'azione a carattere esecutivo deve essere condotta in concreto, volgendo lo sguardo

[31] T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 6 aprile 2021, n. 501.

[32] Cfr. A. Crismani, *Il dissesto finanziario degli enti locali tra tutela dei creditori, "diritto a un tribunale" e tutela della finanza pubblica*, in questa *Rivista*, 2022.

allo stato complessivo dello squilibrio, alla probabilità che si verifichi un tempestivo rientro dal debito[33], alla stessa capacità amministrativa dell'ente locale.

4. Riflessioni conclusive. Autonomia, diritti e territori.

Una rappresentazione di sintesi, ma interlocutoria e che si proponga di andare oltre la relazione diretta tra ammissibilità del giudizio di ottemperanza e divieti di spesa, ma che sia afferente agli sviluppi tentacolari del tema del dissesto degli enti locali deve rintracciarsi nel filo rosso che lega autonomia, diritti e territori[34], rifuggendo da considerazioni banali, tra le quali quella che induce a sostenere che vi sia un'incapacità del livello di governo locale a rispondere alle domande dei cittadini e alle esigenze degli interessi economici, almeno di quelli che devono essere mediati del potere stesso.

Diritti e interessi economici vivono e spesso si confrontano sullo stesso terreno, caratterizzato, come nelle ipotesi poste sotto indagine, da risorse economiche limitate, condizione dalla quale derivano diversi divieti di spesa e quindi inammissibilità di ricorrere alle poste disponibili, anche se oggetto di statuizioni giurisdizionali.

Non si possono, però, sacrificare né i diritti dei cittadini residenti in un comune in dissesto, già vittime di misure di risanamento spesso improntate all'aumento delle aliquote delle imposte e alla riduzione dei servizi, né gli interessi economici che possono rappresentare la leva per consentire un rientro più celere della condizione finanziaria deficitaria.

Le soluzioni che il legislatore ha predisposto per garantire la soddisfazione del credito nei confronti di un ente che, in partenza, è in condizione di non garantire le funzioni ordinarie sono state modulate, nel corso del tempo, in base a determinati fattori, esogeni e pertanto non disponibili, ma anche endogeni alla stessa amministrazione interessata, come le carenze organizzative che hanno contribuito al debito.

Il riferimento e al contempo l'obiettivo di medio termine che deve essere perseguito è il rientro definitivo dalla posizione debitoria, il risanamento in termini di risultato autonomo, che però si garantisce e si raggiunge in un tempo nel quale devono, contestualmente, essere garantite funzioni essenziali attribuite per legge.

Il punto di partenza, la situazione debitoria, impone di leggere la stessa funzione amministrativa comunale in una dimensione più ampia, complessiva, in termini di rinnovati equilibri e rinnovata sostenibilità.

L'esercizio della funzione e il risanamento sono potenzialmente in antitesi ma si tratta di un conflitto apparente, poiché si tratta di porre rimedio a un danno arrecato dagli amministratori locali cui deve far seguito una logica programmatoria che persegua l'obiettivo della coesione economica e sociale a livello locale.

Il contesto della dimensione locale, anche qualora sia studiato a partire da una situazione di insolvenza, deve restituire una dialettica che tenga in considerazione l'or-

[33] Si tratta di un aspetto che impone di tenere in considerazione gli articolati rapporti tra tessuto economico, società e amministrazione, sui cui profili, *ex multis*, cfr. G. Montedoro, *Economia e società circolare: quali trasformazioni dello Stato e del diritto amministrativo?*, in *Dir. soc.*, 2020, 1, 175 ss.

[34] Per riprendere il titolo del celebre studio di S. Sassen, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano, 2008; L. Giani, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Scritti per Maria Luisa Bassi*, Napoli, 2022, 765 ss.

ganizzazione e la funzione, nell'ottica finale dell'autonomia dalla quale può desumersi la capacità che il territorio stesso può esprimere, proprio perché sede elettiva nella quale i diritti sono garantiti e tutelati.

Vinicio Brigante

3. I limiti di ammissibilità dell'intervento di terzi nel processo amministrativo (commento a Cons. St., Ad. plen., 29 ottobre 2024, n. 15)

Sommario: 1. Premessa. Il caso deciso dalla sentenza in commento: l'ammissibilità dell'intervento in un giudizio avente ad oggetto l'impugnazione di un atto generale riguardante un'intera categoria di operatori economici. – **2.** L'evoluzione nel tempo della disciplina dell'intervento nel processo amministrativo. Il rapporto con le norme processualcivilistiche. – **3.** Intervento "litisconsortile" e decadenza "dall'esercizio delle relative azioni". – **4.** Intervento adesivo-dipendente ed applicabilità del termine di decadenza. La distinzione tra delimitazione soggettiva degli effetti delle sentenze di annullamento e limiti soggettivi del giudicato amministrativo. – **5.** Conclusioni: la sottoposizione dell'ammissibilità dell'intervento "adesivo-dipendente" al rispetto del termine di decadenza non convince.

1. Premessa. Il caso deciso dalla sentenza in commento: l'ammissibilità dell'intervento in un giudizio avente ad oggetto l'impugnazione di un atto generale riguardante un'intera categoria di operatori economici.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza (non definitiva) in commento è giunta a fornire importanti chiarimenti in tema di intervento nel processo amministrativo, aderendo all'orientamento tradizionale restrittivo per cui, ai sensi dell'art. 28 del Codice del processo amministrativo, il cointeressato che sia decaduto dalla facoltà di impugnare non è legittimato ad effettuare un intervento nel processo in corso tra altre parti, né in via litisconsortile, né in senso adesivo-dipendente.

I fatti che hanno dato origine al pronunciamento del massimo consesso della giustizia amministrativa si situano nell'ambito di due giudizi proposti da soggetti coinvolti, a vario titolo, nello svolgimento del servizio idrico integrato, i quali hanno contestato il metodo tariffario approvato dall'Autorità di Regolazione per Energia Reti Ambiente (ARERA) nella parte in cui non vengono riconosciuti agli operatori del settore gli oneri finanziari sostenuti a causa del differimento biennale della corresponsione dei conguagli relativi ai costi ammessi e non coperti da tariffa dell'anno regolatorio di riferimento.

La pronuncia che interessa in questa sede esaminare si è concentrata sul fatto che nei due giudizi predetti è stato effettuato un atto di intervento da parte di un ulteriore soggetto che, in qualità di gestore del servizio idrico integrato sul territorio nazionale, era destinato a risentire in via diretta degli effetti degli atti di regolazione tariffaria impugnati dagli altri due operatori.

Tutto ciò considerato, l'Adunanza plenaria si è trovata, per quanto qui rileva, a prendere posizione sui limiti di ammissibilità dell'intervento, con particolare riferimento a quello adesivo-dipendente, chiarendo se in pendenza di un giudizio amministrativo avente ad oggetto la legittimità di un atto generale, come tale riguardante un'intera categoria di operatori economici, sia ammissibile l'intervento adesivo-dipendente proposto da un cointeressato che non abbia a sua volta impugnato l'atto in questione.

2. L'evoluzione nel tempo della disciplina dell'intervento nel processo amministrativo. Il rapporto con le norme processualcivilistiche.

Come rilevato dalla stessa Adunanza Plenaria, la disciplina dell'intervento nel processo amministrativo si è evoluta nel corso del tempo, riflettendo l'acquisita configurazione del processo stesso non più in senso meramente impugnatorio ma nella più ampia prospettiva di un giudizio che è giunto a riguardare non solo il provvedimento bensì, più in generale, il rapporto giuridico che sorge tra il cittadino e la pubblica amministrazione, con conseguente ampliamento dei poteri del giudice amministrativo e della tipologia di azioni esperibili avanti il medesimo.

Così, all'origine, l'intervento era stato disciplinato dal r.d. 17 agosto 1907 n. 642, il quale prevedeva semplicemente, secondo il combinato disposto di cui agli artt. 37 e 40, a proposito dell'intervento volontario, che "chi ha interesse alle contestazione può intervenirvi" nello stato in cui essa si trova.

Le successive norme contenute nel r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 (Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato), nonché nella l. 6 dicembre 1971 n. 1034 istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali, hanno riprodotto sostanzialmente la medesima formulazione.

Il Codice del processo amministrativo (c.p.a.), di cui al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ha introdotto una disciplina in tema di intervento all'interno del titolo dedicato alle "Azioni e domande", così da evidenziarne la sua derivazione dal principio costituzionale del contraddittorio tra le parti, quale componente del "giusto processo"[1].

Tuttavia, la formulazione rimane piuttosto scarna, limitandosi, all'art. 28, a distinguere, da un lato, le parti necessarie, "nei cui confronti la sentenza deve essere pronunciata", con riferimento dunque ai controinteressati cui il ricorso deve essere notificato ai sensi dell'art. 42, comma 2, c.p.a., e, dall'altro lato, chiunque altro che non sia parte del giudizio, il quale abbia però un interesse ad intervenire (allo stato e grado in cui esso di trova). Per quanto riguarda quest'ultima fattispecie, ossia quella dell'intervento "volontario", il Codice limita l'ammissibilità dell'intervento subordinandola al fatto che il soggetto interessato non sia

[1] Sulla disciplina dell'intervento nel Codice del processo amministrativo si v., tra gli altri, M. Ricciardo Calderaro, *L'intervento nel processo amministrativo: antichi problemi e nuove prospettive dopo il Codice del 2010*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 341 ss. e Id., *Recenti sviluppi in tema di intervento e di opposizione di terzo ordinaria nel processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2021; V.M. Sessa, *Intervento in causa e trasformazioni del processo amministrativo*, Napoli, 2012; L. Coraggio, *L'intervento nel Codice del processo amministrativo*, in *Giurisdiz. amm.*, 2011, IV, 299 ss.; L. Cimellaro, *Intervento*, in B. Sassani - A. Villata, *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012. In precedenza si v., tra gli altri, M. D'Orsogna, *L'intervento nel processo amministrativo: uno strumento cardine per la tutela dei terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 381 ss. Più di recente, invece, cfr., in generale sull'argomento, Aa.Vv., *L'intervento nel processo amministrativo*, a cura di M. Ramajoli - R. Villata, Torino, 2023.

decaduto dall'esercizio delle relative azioni (ossia dalla possibilità di impugnare a sua volta il provvedimento in questione).

Il comma 3 dell'art. 28 del c.p.a. prevede, infine, l'intervento per ordine del giudice, qualora quest'ultimo, anche su istanza di parte, ritenga opportuno che il giudizio si svolga anche nei confronti di un terzo.

In particolare, al fine di ricostruire i caratteri dell'intervento di carattere "volontario" nel processo amministrativo, appare utile riferirsi alla classificazione che risulta dall'impianto del Codice di procedura civile[2], alle cui norme lo stesso Codice del processo amministrativo rinvia per tutto quanto ivi non previsto e purché esse siano compatibili con il giudizio amministrativo o siano espressione di principi generali (art. 39 c.p.a.).

Ebbene, nella prospettiva appena assunta, l'intervento volontario può assumere diversi connotati. Si può trattare, in primo luogo, di un intervento "principale": in tale ipotesi, l'interventore fa valere, nei confronti di tutte le parti, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo. Può venire in rilievo, in secondo luogo, un intervento di tipo "litisconsortile" o "adesivo autonomo", allorquando il terzo deduca in giudizio un rapporto connesso per l'oggetto o per il titolo nei confronti di alcune soltanto delle parti in causa. Infine, si è in presenza di un intervento "adesivo dipendente" quanto l'interventore, in ragione di un proprio interesse, si prefigge di sostenere le ragioni di una delle parti, al fine di favorire l'ottenimento di una sentenza favorevole alla parte adiuvata e, di conseguenza, all'interventore stesso.

Per quanto riguarda il rapporto tra disciplina processual-civilistica e processo amministrativo, in ordine alla possibilità di intervento in giudizio da parte di terzi, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella pronuncia in commento, ammette che i modelli partecipativi elaborati dalla dottrina del processo civile rappresentano un importante punto di riferimento di teoria generale, avendo la medesima funzione di collegare la vicenda sostanziale a quella processuale in presenza di fenomeni di connessione.

Invero, la concezione tradizionale, imperniata sulla visione in chiave meramente impugnatoria del processo amministrativo, ha escluso una generalizzata trasposizione a quest'ultimo delle norme di cui al codice di procedura civile in tema di intervento, tenuto conto delle diversità strutturali tra i due tipi di rito.

Di conseguenza, si tendeva ad escludere l'ammissibilità nel processo amministrativo, perlomeno in sede di giurisdizione generale di legittimità, dell'intervento in via "principale" o anche "litisconsortile", risultando difficilmente configurabile la prospettazione da parte di un terzo di una domanda autonoma incompatibile con quelle sia del ricorrente che dell'Amministrazione resistente, così che il terzo, più semplicemente, è stato considerato abilitato (solo) ad aderire alla posizione di una delle due parti principali, *ad opponendum* oppure *ad adiuvandum*[3]. A tale conclusione si è

[2] Sull'impianto del c.p.c. in tema di intervento volontario si v., tra gli altri, F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2024, 320 ss.; M. Segatti, *Commento all'art. 105*, in Aa.Vv., *Commentario breve al Codice di procedura civile*, Padova, 2023; F. Danovi, L. Salvaneschi, *Diritto processuale civile. I principi*, Milano, 2023, 333 ss.; A. Carratta - C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile, I – Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2023, 189 ss.; E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, a cura di V. Colesanti - E. Merlin, Milano, 2021, 88 ss.

[3] In tal senso, ancora di recente, si v. Cons. St., sez. IV, 21 maggio 2024, n. 4519, in *www.giustizia-amministrativa.it*, per cui "nel

approdati anche argomentando che, trattandosi di interventi finalizzati alla tutela di interessi autonomi di terzi, il loro intervento in un giudizio radicato da altri soggetti risulterebbe incompatibile con la perentorietà dei termini di decadenza per agire che caratterizza il giudizio amministrativo[4].

A diverse conclusioni, invece, si è pervenuti, anche di recente, con riferimento alle controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva, ove, vertendosi in tema di tutela di diritti soggettivi, si dovrebbero ritenere utilizzabili tutte le forme di intervento previste dal codice di procedura civile, non potendosi predicare una limitazione delle facoltà processuali delle parti che non siano espressamente escluse dalle norme processuali amministrative o comunque che non siano con esse incompatibili[5]. In questo senso si è espressa anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella pronuncia in commento, in cui si è statuito proprio che "quando è chiesta la tutela di un diritto soggettivo in sede di giurisdizione esclusiva, in tema di intervento si applicano senz'altro le regole e i principi desumibili dal codice di procedura civile". Diversamente, sempre secondo il massimo consesso della magistratura amministrativa, "nell'ambito dell'azione di annullamento posta a tutela di situazioni di interesse legittimo, l'impianto sistematico del codice di procedura civile non può essere automaticamente trasposto nel processo amministrativo, dovendo i meccanismi di intervento adattarsi alle specificità strutturali di ciascuna tipologia di giudizio".

3. Intervento "litisconsortile" e decadenza "dall'esercizio delle relative azioni".

Tutto ciò posto, nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, la pronuncia in commento ha tracciato la distinzione tra "intervento adesivo" dipendente e quello "litisconsortile".

Il primo fa riferimento alla posizione di un terzo titolare di un interesse non direttamente inciso da provvedimento da altri impugnato, ma comunque suscettibile di risentire in qualche misura degli effetti del giudicato. In tal caso, il carattere indiretto e mediato del pregiudizio ipoteticamente subito esclude la legittimazione del terzo che si trovi in siffatta posizione a promuovere

processo amministrativo, l'intervento *ad adiuvandum* può essere svolto da colui il quale vanti una posizione di fatto, dipendente o collegata alla situazione fatta valere con il ricorso principale, cd. Intervento adesivo-dipendente, escludendosi invece tale possibilità nei riguardi del cointeressato, cd. Intervento autonomo/principale, cioè di colui il quale vanti un interesse personale e diretto all'impugnazione del provvedimento oggetto di censura; Cons. St., sez. III, 31 marzo 2023, n. 3363, *ivi*; Cons. St., sez. IV, 14 febbraio 2022, n. 1040, in *www.dirittodeiservizipubblici*. Nello stesso senso anche Cons. St., sez. VI, 26 gennaio 2018, n. 557, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 853, *ivi*. Nel senso che "nel processo amministrativo l'intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum* può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale" si v. anche Cons. St., Ad. plen., 30 agosto 2018, n. 13, in *Foro amm.*, 2018, 1198. Ancora, in conformità al riferito orientamento, si v. anche T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 17 aprile 2024, n. 7532, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[4] Così, in dottrina, N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Napoli, 2015, 158.

[5] Sul punto cfr. S. Foà, *Giustizia amministrativa, atipicità delle azioni ed effettività della tutela*, Napoli, 2012, 74 ss. In tema, di recente, si v. anche A. Chizzini, *L'intervento nella dinamica del processo amministrativo: profili generali*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 460 ss., il quale propende per l'ammissibilità di ogni forma di intervento nel processo amministrativo, oltre che con riferimento alla giurisdizione esclusiva, anche per quanto riguarda l'azione di accertamento della nullità di un provvedimento amministrativo oppure in caso di ricorso avverso il silenzio della pubblica amministrazione.

un giudizio autonomo, con la conseguenza che l'intervento determina un ampliamento solo soggettivo della controversia dato che l'interventore si limita a sostenere l'attività difensiva di una delle parti, senza potere introdurre domande, fatti, prove e senza potere dare altrimenti impulso al giudizio.

Diversamente, il terzo potrebbe essere titolare di un interesse direttamente inciso dall'azione pubblica, già censurata da altri soggetti tramite un'impugnazione, il quale interesse, pertanto, potrebbe essere fatto valere autonomamente. In tale fattispecie, la *ratio* cui soggiace l'ammissibilità dell'intervento "litisconsortile" non è più quella consistente nell'intento dell'interventore di favorire un determinato esito del giudizio instaurato da altre parti, dal quale ricavare un beneficio anche nella propria sfera giuridica, bensì, più in generale, lo scopo dell'intervento si identifica con l'esigenza, per ragioni di economia processuale, di cumulo di più impugnazioni su di un unico tema, in modo da prevenire il rischio di giudicati confliggenti.

Per quanto riguarda in particolare quest'ultima forma di intervento, la giurisprudenza ha costantemente assunto una posizione restrittiva, escludendo l'ammissibilità dell'intervento da parte di chi avrebbe potuto (e anzi dovuto) impugnare autonomamente il provvedimento direttamente lesivo della propria sfera giuridica e ciononostante non l'abbia fatto entro il termine di decadenza, prestandovi, così, acquiescenza. In sostanza, si è statuito concordemente che il c.d. cointeressato all'impugnazione "è onerato ad attivarsi tempestivamente in sede giurisdizionale, potendo scegliere se proporre un autonomo ricorso entro il termine di decadenza all'uopo applicabile ovvero limitarsi ad un intervento tempestivo nel processo *inter alios* pendente, sempre entro il termine di decadenza al riguardo operante, aderendo al ricorso da altri proposto e accettando lo stato in cui il giudizio si trova al momento della costituzione"[6].

Diversamente opinando, si è ritenuto che l'intervento finisca per divenire lo strumento processuale cui "aggrapparsi" allorquando si sia decaduti dalla possibilità di promuovere l'azione di annullamento, dando luogo ad un caso di "abuso del processo" consistente nell'utilizzo di uno strumento di per sé lecito ma per finalità elusive ad esso estranee[7].

Infatti, l'interveniente in via "litisconsortile", in quanto parte principale, sia pure non necessaria, non incontra limiti nella propria condotta processuale, potendo addurre argomenti propri e diversi da quelli dedotti dalle parti originarie del giudizio: ecco perché tale forma di intervento deve essere effettuata entro il termine di decadenza dall'impugnazione autonoma.

Siffatta impostazione è coerente con quella recepita nel Codice del processo amministrativo che, sul punto, specifica proprio, come si è già avuto modo di rilevare, che l'ammissibilità dell'intervento di chi abbia interesse è subordinata al fatto che

---

[6] In tal senso, tra le tante pronunce, si v. Cons. St., sez. VI, 15 febbraio 2023, n. 1580, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Sez. VI, 15 gennaio 2020, n. 384, *ivi*; Cons. St., sez. V, 29 marzo 2019, n. 2094, *ivi*; Cons. St., sez. VI, 13 agosto 2018, n. 4939, *ivi*; Cons. St., sez. IV, 6 maggio 2013, n. 2446, *ivi*; Cons. St., sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 359, *ivi*; Cons. St., sez. V, 5 novembre 2012, n. 5591, *ivi*; Cons. St., sez. III, 21 novembre 2011, n. 6125, *ivi*.

[7] In tema cfr. tra gli altri P.M. Vipiana, *L'abuso del processo amministrativo*, in G. Visentini (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016, 247 ss.; M.G. Pulvirenti, *Riflessioni sull'abuso del processo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, 1091 ss.; G. Corso, *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1 ss.; G. Tropea, *Spigolature in tema di abuso del processo*, *ivi*, 2015, 1262 ss.; S. Baccarini, *Abuso del processo e giudizio amministrativo*, *ivi*, 2015, 1203 ss.; C.E. Gallo, *L'abuso del processo nel giudizio amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 1022 ss.

quest'ultimo non sia "decaduto dall'esercizio delle relative azioni".

Se tale previsione si applica concordemente, e condivisibilmente, in tema di intervento "litisconsortile", più discussa è la sottoposizione dell'intervento adesivo-dipendente a tale condizione restrittiva, come ci si appresta ad illustrare.

4. Intervento adesivo-dipendente ed applicabilità del termine di decadenza. La distinzione tra delimitazione soggettiva degli effetti delle sentenze di annullamento e limiti soggettivi del giudicato amministrativo.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, richiama l'orientamento giurisprudenziale considerato "maggioritario", per cui il cointeressato che sia decaduto dalla facoltà di promuovere l'azione di annullamento, così come non è abilitato a spiegare un intervento di tipo "litisconsortile", neppure potrebbe intervenire in via "adesivo-dipendente"[8].

In realtà, tale posizione non risulta univoca, scontrandosi con l'idea, diffusa a partire da una dottrina tanto risalente quanto autorevole[9], la quale, muovendo dalla considerazione per cui la *ratio* del termine di decadenza per proporre ricorso sarebbe da ricollegare alla necessità di assicurare la stabilità e la certezza dei rapporti giuridici e delle situazioni giuridiche soggettive, evitando che un provvedimento amministrativo rimanga sindacabile in sede giurisdizionale per un tempo eccessivamente lungo, ne fa derivare la conseguenza per cui, una volta validamente instaurato un giudizio da una delle parti, non vi sarebbe più alcuna ragione di far valere l'intervenuta decadenza, proiettandola, così, non più sul piano oggettivo, bensì su quello soggettivo, precludendo l'intervento del soggetto che, senza ampliare il *thema decidendum*, e dunque senza svolgere nuove domande o eccezioni, intenda semplicemente sostenere la tesi di una delle parti al fine di ottenere, in via indiretta, un beneficio nella propria sfera giuridica per effetto della sentenza conclusiva del giudizio instaurato da altri.

In tale ordine di idee, si è condotto un parallelismo rispetto al disposto di cui all'art. 105 c.p.c., nel momento in cui esso legittima l'intervento del terzo che abbia un proprio interesse nel giudizio, il quale non sarebbe da identificare nell'interesse ad agire vero e proprio (quale elemento cui si "aggancia" l'operatività del termine di decadenza), bensì assumerebbe la consistenza di una posizione, non di puro fatto ma pur sempre giuridicamente protetta, qualificata e differenziata rispetto alla generalità dei consociati, volta a favorire un esito favorevole anche per sé, sia pure in via indiretta,

[8] Sul punto cfr., di recente, Cons. St., sez. V, 23 agosto 2023, n. 7925, in *Foro amm.*, 2023, 1039; Cons. St., sez. III, 4 aprile 2023, n. 3442, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. IV, 20 settembre 2022, n. 8114, in *Foro amm.*, 2022, 1101; Cons. St., sez. V, 12 luglio 2021, n. 5274, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. IV, 29 novembre 2017, n. 5596, *ivi*.

[9] Il riferimento è a M. Nigro, *In tema di intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1951, 282 ss. In tema cfr. anche, sempre in merito alla posizione "tradizionale", A. Tigano, *Considerazioni critiche in tema di intervento nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1991 ss.; A. Romano, *In tema di intervento nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1961, 1264 ss.

del giudizio promosso da altre parti e reso in via principale nei loro confronti.

Siffatta impostazione deriva, in altri termini, dalla tradizionale ricostruzione per cui l'interesse ad intervenire si configurerebbe in maniera diversa rispetto all'interesse a ricorrere, dovendo, il primo, risultare qualificato rispetto alla generalità dei consociati, da un lato, ma assumendo una consistenza minore rispetto all'interesse che legittima il ricorso in via autonoma, dall'altro lato.

La riferita posizione è stata recepita da una certa parte della giurisprudenza amministrativa, la quale non ha ravvisato ostacoli nell'ammettere, anche dopo la scadenza del termine di decadenza, un intervento adesivo dipendente del cointeressato, laddove egli sia destinatario di atti ad effetti non frazionabili (il che si verifica quando l'annullamento del provvedimento non può che operare nei confronti di tutti i destinatari)[10].

Sennonché, la pronuncia oggetto del presente commento, risolvendo il descritto quadro giurisprudenziale non univoco, ha ritenuto di confermare la posizione maggioritaria sopra riferita, non aderendo, per converso, all'impostazione da ultimo illustrata. Ciò per le seguenti ragioni.

In primo luogo, secondo il massimo consesso della giustizia amministrativa, la possibilità di intervento del cointeressato decaduto dal diritto di impugnare contrasterebbe con la "chiara" formula legislativa di cui all'art. 28 c.p.a., la quale, nel precisare che l'interventore non debba essere "decaduto dall'esercizio delle relative azioni", presuppone che l'intervento del cointeressato, oltre che tempestivo, contenga la domanda di annullamento, configurandosi, pertanto, in termini necessariamente "litisconsortili".

In secondo luogo, i giudici amministrativi riuniti in consesso hanno argomentato la presa di posizione ora in considerazione sul piano dell'interpretazione sistematica, ricavandola dalla struttura stessa del giudizio di impugnazione.

In tale prospettiva, si è ritenuto che, pure nel caso di provvedimenti con effetti inscindibili nei confronti di una pluralità di soggetti (come gli atti di regolazione tariffaria), ostano all'ammissibilità dell'intervento del cointeressato decaduto dall'esercizio delle relative azioni quelle medesime esigenze di certezza e stabilità dell'azione amministrativa che fondano l'invalicabilità del termine di decadenza per impugnare.

In particolare, secondo l'autorevole pronuncia oggetto del presente commento, occorre considerare la non coincidenza, tra la delimitazione soggettiva degli effetti delle sentenze di annullamento, da un lato, ed i limiti soggettivi del giudicato amministrativo, dall'altro lato.

In siffatto ordine di idee, si è osservato che il giudicato amministrativo opera esclusivamente tra le parti del giudizio, secondo il meccanismo stabilito dall'art. 2909 c.c., con la conseguenza che, di regola, i terzi estranei non sono pregiudicati dalle statuizioni della sentenza così come, coerentemente, non possono avvantaggiarsene.

Ciò posto, viene ammesso che vi siano delle fattispecie in cui il giudicato amministrativo produce, di fatto, effetti "*ultra partes*", i quali, però, sono ritenuti rappresentare l'eccezione alla regola sopra ricordata, giustificandosi in ragione della oggettiva inscindibilità degli effetti dell'atto o del vizio dedotto.

[10] In tal senso cfr. Cons. St., sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2016, n. 882, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 336 ss.; T.A.R. Lazio Roma, Sez. III ter, 7 gennaio 2019, n. 176, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Così, è stato riconosciuto[11] che produca, eccezionalmente, i predetti effetti "*ultra partes*" una sentenza di annullamento: di un regolamento a carattere normativo (avente dunque efficacia "*erga omnes*"), di un atto plurimo inscindibile (ad es. il decreto di esproprio di un bene in comunione); di un atto plurimo scindibile, se il ricorso viene accolto per un vizio comune alla posizione di tutti i destinatari (ad es. il decreto di approvazione di una graduatoria concorsuale travolto per un vizio comune); di un atto che provvede unitariamente nei confronti di un complesso di soggetti (ad es. il decreto di scioglimento di un Consiglio comunale).

È stato però precisato che in tutti i casi indicati, l'inscindibilità è da ricondurre solo all'effetto caducatorio conseguente all'annullamento, in quanto solo rispetto ad esso verrebbe a crearsi una innegabile situazione di incompatibilità logica per cui un atto inscindibile possa non esistere più per taluno e continuare ad esistere per altri. In altre parole, l'indivisibilità degli effetti del giudicato, nella prospettiva che si sta riferendo, presuppone l'esistenza di un legame altrettanto inscindibile fra le posizioni dei destinatari, in modo da rendere inconcepibile, logicamente, ancor prima che giuridicamente, che l'atto annullato possa continuare ad esistere per quei destinatari che non lo hanno impugnato; per tali ragioni, si è escluso che l'indivisibilità possa operare con riferimento a effetti del giudicato diversi da quelli caducanti e, quindi, per gli effetti conformativi, ordinatori, additivi o di accertamento della fondatezza della pretesa azionata, che operano solo nei confronti delle parti del giudizio[12].

Per tale via, la pronuncia oggetto del presente commento è giunta a precisare che la propagazione dell'effetto di annullamento giurisdizionale anche a favore di terzi che non abbiano proposto tempestivamente impugnazione si giustifica solo nel momento in cui la caducazione di un atto a contenuto inscindibile rilevi come "fatto" di ablazione o, in altri termini, di espunzione di un determinato atto dall'ordinamento generale, il quale inevitabilmente si riflette nella sfera di tutti i consociati che ne siano destinatari, attesa l'ontologica indivisibilità sul piano fattuale e sostanziale. Ciò non toglie, però, sempre secondo l'autorevole ricostruzione in commento, che il vincolo del giudicato continui ad operare solo ed esclusivamente tra le parti del giudizio, essendo legato indissolubilmente all'accertamento delle spe-

[11] Sul punto cfr. Cons. St., Ad. plen., 27 febbraio 2019, n. 4, in *Foro amm.*, 2019, 197.

[12] Così Cons. St., Ad. plen., 27 febbraio 2019, n. 4, cit., resa in una fattispecie relativa all'impugnazione di un decreto ministeriale che aveva disciplinato la procedura per l'aggiornamento e l'integrazione delle graduatorie ad esaurimento (c.d. GAE) per il personale docente ed educativo della scuola, nella parte in cui esso non aveva consentito l'inserimento dei soggetti in possesso di diploma magistrale conseguito entro un certo anno scolastico. Dopo l'accoglimento del ricorso in primo grado, in appello il giudizio è stato rimesso all'Adunanza plenaria per la soluzione di alcune questioni. In tale ultimo tratto del giudizio erano intervenuti *ad opponendum* soggetti terzi in possesso del diploma magistrale predetto, dichiarandosi parti di analoghi giudizi pendenti innanzi al giudice amministrativo. Ebbene, in tale occasione, l'Adunanza Plenaria ha statuito che l'annullamento dei decreti ministeriali di aggiornamento delle GAE, nella parte in cui non aveva consentito ai diplomati magistrali l'inserimento in graduatoria, aveva prodotto un effetto non propriamente caducante (stante l'assenza nel d.m. di alcuna previsione suscettibile di essere caducata diretta a disciplinare l'accesso in graduatoria da parte di chi non via fosse già inserito), ma, sostanzialmente, di accertamento della pretesa all'inserimento e, di conseguenza, tale annullamento aveva determinato un effetto additivo/conformativo: il giudicato così formatosi, pertanto, a prescindere dalla natura giuridica dei decreti ministeriali, non è stato ritenuto estensibile ai soggetti diversi dagli originari ricorrenti, il cui intervento, pertanto, è stato giudicato inammissibile.

cifiche posizioni soggettive e delle pretese dedotte nel processo, con la conseguenza che solo le parti sono abilitate a beneficiare della forza esecutiva della sentenza e sono legittimate, nel caso, a farne valere la violazione in sede di ottemperanza. In siffatta ottica, l'effetto conformativo dell'azione amministrativa prodotto dalla sentenza non deve necessariamente riguardare tutti i rapporti astrattamente regolati dall'atto generale annullato, bensì sarebbe da ritenersi circoscritto ai soli rapporti oggetto dell'accertamento giurisdizionale.

In definitiva, la conclusione cui approda l'Adunanza plenaria nella pronuncia oggetto del presente commento è nel senso di non consentire l'intervento "tardivo" del cointeressato decaduto, proprio per evitare che questo, divenuto per tale via parte del processo, possa azionare gli effetti conformativi del giudicato di annullamento; ciò anche con riferimento ad un atto a portata generale il cui annullamento, come detto, non deve necessariamente riguardare "indivisibilmente" tutti i rapporti astrattamente regolati dall'atto stesso.

Secondo i giudici amministrativi, la conclusione appena evidenziata sarebbe particolarmente "calzante" al caso esaminato, riguardante un atto di regolazione tariffaria il quale, per sua natura, è destinato ad essere recepito ed applicato a livello locale. Ebbene, da tale punto di vista, si è osservato che l'eventuale annullamento di un atto di tale genere all'esito di un giudizio instaurato da un determinato operatore economico non potrebbe comportare l'obbligo per tutte le amministrazioni locali di revisionare convenzioni e tariffe praticate da gestori che non abbiano proposto l'impugnazione. In altri termini, consentire ai gestori che abbiamo prestato acquiescenza al sistema regolatorio così come definito dalla competente Autorità di intervenire, a distanza di tempo, nei giudizi proposti da altri soggetti, comporterebbe "evidenti effetti distorsivi sulla stabilità del sistema regolatorio".

5. Conclusioni: la sottoposizione dell'ammissibilità dell'intervento "adesivo-dipendente" al rispetto del termine di decadenza non convince.

La sentenza in commento nel giungere ad enunciare il principio di diritto per cui è da ritenere inammissibile l'intervento "adesivo-dipendente" del cointeressato che abbia prestato acquiescenza al provvedimento lesivo, anche ove si tratti di un atto generale o comunque ad effetti inscindibili per una pluralità di destinatari, finisce per applicare al predetto tipo di intervento lo stesso trattamento riservato all'intervento di natura "litisconsortile".

Eppure l'interesse che muove i due tipi di interventori è ben diverso[13]: l'interventore "litisconsortile" è titolare di un vero e proprio interesse legittimo direttamente inciso dall'attività amministrativa autonomo rispetto a quello delle parti originarie e dunque da far valere o tramite un separato ricorso o attraverso un intervento nel giu-

[13] Sul punto Cons. St., sez. V, 23 agosto 2023, n. 7925, cit., conferma come l'intervento adesivo dipendente sia subordinato, di là dagli altri presupposti, alla condizione – di carattere negativo – della "obiettiva alterità" dell'interesse vantato dall'interventore rispetto a quello che legittimerebbe alla proposizione del ricorso in via principale, di tal che l'intervento sia volto a tutelare un interesse diverso ancorché collegato a quello fatto valere dal ricorrente principale, con la conseguenza che la posizione dell'interessato sia meramente accessoria e subordinata rispetto a quella della corrispondente parte principale.

dizio promosso da altri, ma sempre entro il termine di decadenza, dato che in tale ipotesi l'intervento (tempestivo) dà titolo a chi lo effettua a porre in essere tutte le difese ritenute più opportune, senza limiti di sorta, alla stessa stregua del ricorrente originario.

Diversamente, l'interventore in via "adesivo-dipendente", come riconosciuto nella stessa pronuncia in commento, fa valere, *ad adiuvandum* oppure *ad opponendum*, una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale, la quale se, da un lato, si deve differenziare da un generico interesse alla legittimità dell'atto, tuttavia, dall'altro lato, nemmeno può assurgere ad un vero e proprio interesse legittimo all'impugnazione in via autonoma. In altri termini, l'interventore in via "adesivo-dipendente" non è legittimato, a differenza dell'interventore "litisconsortile", a proporre ricorso autonomo, proprio in quanto la situazione giuridica soggettiva in cui il primo si trova non glielo consente[14], potendo costui, molto più semplicemente, cooperare con la parte adiuvata nella prospettazione difensiva, senza introdurre domande, fatti o prove, o dare altrimenti impulso al giudizio.

Addirittura la costante giurisprudenza, con particolare riferimento all'intervento *ad opponendum*, ha precisato che "nel processo amministrativo, per essere ammesso ad intervenire come opponente, è sufficiente che l'interveniente abbia un interesse di fatto nella controversia, legato a quello relativo all'azione principale o ad esso connesso, oppure basato sulla necessità di mantenere i provvedimenti impugnati, che gli consenta di ottenere un vantaggio indiretto e riflesso dal rigetto del ricorso"[15].

Tutto ciò considerato, nella già segnalata prospettiva per cui il processo amministrativo non va più inteso in senso meramente impugnatorio, dovendo, viceversa, essere inquadrato nella più ampia prospettiva di un giudizio che riguarda, non solo il provvedimento contestato, ma anche il rapporto giuridico che sorge tra il cittadino e la pubblica amministrazione, come testimoniato dall'ampliamento dei poteri del giudice amministrativo e della tipologia di azioni esperibili avanti lo stesso, la posizione "tradizionale", come ribadita dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella pronuncia oggetto del presente commento, non appare appagante.

In tale ordine di idee, occorrerebbe ammettere che le posizioni giuridiche soggettive che vengono dedotte in giudizio, pur dovendosi differenziare da quelle della generalità dei consociati, tuttavia, sul piano sostanziale, non possono considerarsi autonome ed isolate rispetto ad una fitta trama di interrelazioni e connessioni, di diverso tipo e contenuto, entro le quali inevitabilmente si collocano. Così, anche il processo amministrativo, distaccandosi dal modello esclusivamente impugnatorio per divenire adeguato ed effettivo strumento di tutela delle posizioni giuridiche soggettive tutelate dalla legge, dovrebbe mostrarsi idoneo

[14] In questo senso, di recente, cfr. Cons. St., sez. II, 25 settembre 2024, n. 7783, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si specifica proprio che "È inammissibile l'intervento *ad adiuvandum* spiegato nel processo amministrativo da chi sia *ex se* legittimato a proporre direttamente il ricorso giurisdizionale in via principale, considerato che in tale ipotesi l'interveniente non fa valere un mero interesse di fatto, bensì un interesse personale all'impugnazione di provvedimenti immediatamente lesivi, che deve essere azionato mediante proposizione di ricorso principale nei prescritti termini decadenziali poiché, in caso contrario, l'intervento si risolverebbe in un comodo strumento per aggirare l'onere di tempestiva impugnazione".

[15] Così, tra le tante, Cons. St., V, 14 agosto 2024, n. 7141, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. V, 1° settembre 2021, n. 6142, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 162; Cons. St., sez. IV, 7 agosto 2020, n. 4973, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. III, 22 marzo 2017, n. 1303, *ivi*.

a considerare tale sistema di relazioni operante sul piano sostanziale[16].

Così, si potrebbe tentare un superamento della visione tradizionale imperniata su di un certo atteggiamento di chiusura nei confronti dell'intervento nel processo amministrativo.

In particolare, se è vero che l'interesse ad intervenire si configura in maniera diversa rispetto all'interesse a ricorrere e che, pertanto, l'interesse dell'interveniente in via "litisconsortile" si pone in rapporto di "alterità" rispetto a quello di chi intervenga a mero titolo "adesivo-dipendente", con conseguente profonda differenza tra le iniziative processuali esperibili nell'uno e nell'altro caso, allora forse, nel quadro generale descritto, si potrebbe sottrarre l'ammissibilità dell'intervento "adesivo-dipendente" alla "ghigliottina" della decadenza, avvicinando così il processo amministrativo a quella logica di giudizio sul rapporto, o forse meglio sui rapporti, che più propriamente caratterizza il processo civile[17].

Non pare ostativo a tale evoluzione il timore paventato dai giudici amministrativi circa l'estensione agli intervenienti della possibilità di azionare l'effetto conformativo dell'azione amministrativa prodotto dalla sentenza.

Da tale angolo visuale, si può anche accettare l'assunto per cui il predetto effetto conformativo non deve necessariamente riguardare tutti i rapporti astrattamente regolati dall'atto generale annullato, bensì sarebbe da ritenersi circoscritto ai soli rapporti oggetto dell'accertamento giurisdizionale; ciò ammesso, occorre però notare che l'eventuale estensione del margine di ammissibilità dell'intervento "adesivo-dipendente" anche oltre il termine di decadenza per impugnare non determinerebbe un coinvolgimento di "tutti i rapporti astrattamente regolati dall'atto generale annullato", bensì solo di quelli che sono entrati a far parte del giudizio, nello stato in cui si trova, tramite l'intervento. Nel caso concreto esaminato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in sostanza, il vincolo conformativo derivante dal giudicato di annullamento dell'atto di regolazione tariffaria non comporterebbe l'obbligo di revisione della tariffa da parte di tutti gli enti locali astrattamente destinatari della regolazione, ma solo di quelli coinvolti nel giudizio, anche per effetto di un intervento del corrispondente gestore nel processo originariamente instaurato da altri.

Del resto, sul piano pratico, se l'intervento "adesivo-dipendente" è ormai pacificamente ritenuto ammissibile nel processo amministrativo, subordinare la sua ammissibilità al fatto che l'interveniente lo proponga entro il termine di decadenza per l'impugnazione significa ridimensionare di molto la sua operatività. Infatti, se la posizione fatta valere per tale via è per definizione collegata o dipendente rispetto a quella del ricorrente in via principale e tale, pertanto, da non legittimare la proposizione di un ricorso autonomo, allora, di fatto, l'interveniente in via "adesivo-dipendente" deve agire una volta instaurato il ricorso principale, ossia in un momento in cui, verosimilmente, il termine di decadenza è già decorso o, nel migliore dei casi, è estremamente ridotto.

Saul Monzani

[16] Nel senso indicato cfr. A. Chizzini, *op. cit.*

[17] Nell'ordinamento processuale civile si ritiene che l'interventore adesivo dipendente sia portatore di un proprio interesse che, pur non legittimandolo a proporre in via autonoma una sua pretesa, lo abilita a porsi accanto alla parte adiuvata, intervenendo nel giudizio che, nonostante l'ampliamento dei partecipanti, rimane unico in quanto invariato resta l'oggetto della controversia: così, di recente, Cass. civ., sez. II, 25 febbraio 2022, n. 6357, in *Giust. civ. mass.*, 2022.

4. Sull'interesse a intervenire dinanzi all'Adunanza Plenaria

Interesse al precedente e legittimazione all'intervento dinanzi alla Plenaria del Consiglio di Stato

Sommario: 1. Interesse al precedente, legittimazione all'intervento e rifiuto di giurisdizione – **2.** La legittimazione all'intervento tra interesse legittimo e interesse di fatto. – **3.** Luci ed ombre della disciplina della legittimazione all'intervento nel codice del processo amministrativo. – **4.** Il criterio degli effetti del giudicato quale criterio identificativo dell'interesse ad intervenire e la soluzione del problema dell'interesse al precedente. – **5.** Il criterio degli effetti del giudicato e spunti critici in tema di legittimazione all'intervento del soggetto leso da un atto generale o ad effetti inscindibili per una pluralità di destinatari.

1. Interesse al precedente, legittimazione all'intervento e rifiuto di giurisdizione.

Nella recente giurisprudenza è tornato alla ribalta il tema dei caratteri dell'interesse ad intervenire nel giudizio dinanzi al giudice amministrativo. L'occasione è stata offerta dalla discussione intorno al quesito se, a sorreggere l'intervento, sia sufficiente l'interesse ad una determinata soluzione della *quaestio iuris* sulla quale il giudice della causa è chiamato a statuire. In particolare, e a maggior ragione, l'interrogativo si pone quando la soluzione della questione di diritto assume un carattere (quasi) "vincolante" essendo la decisione adottata dall'organo nomofilattico della giustizia amministrativa.

Più precisamente è stata presa in considerazione la posizione: a) del terzo che è parte di un giudizio diverso rispetto a quello che ha dato luogo alla rimessione alla Plenaria, ma nel quale rileva la medesima questione di diritto che in quella sede si decide[1]; b) di una associazione rappresentativa di un interesse collettivo[2].

[1] In senso negativo: Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2015, n. 1; Id. 4 novembre 2016, n. 23; Id. 2 aprile 2020, n. 10; Id. 9 novembre 2021, n. 18, punto 10.1. La Plenaria esclude che sia sufficiente a sorreggere l'intervento la sola circostanza che l'interventore sia parte di un giudizio in cui venga in rilievo una quaestio iuris analoga a quella oggetto del giudizio che ha dato luogo alla ordinanza di rimessione, ancorché il giudizio di cui è parte possa esser stato sospeso in attesa del responso della Plenaria. La posizione negativa trova la sua giustificazione nella oggettiva diversità di *petitum* e di *causa petendi* che distingue i due procedimenti e che esclude la titolarità in capo al richiedente di uno specifico interesse. Per la Plenaria, ammettere la possibilità di spiegare intervento volontario a fronte della sola analogia fra la questione di diritto oggetto del giudizio all'esame dell'organo nomofilattico con quella di altro ricorso "equivarrebbe ad "introdurre nel processo amministrativo una nozione di 'interesse' del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, in toto scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce".

[2] Vedi ancora Ad. Plen. 2 novembre 2015, n. 9, punto 1.1. che individua le "stringenti" condizioni il cui riscontro è necessario perché possa ammettersi l'intervento in giudizio di associazioni

A fronte di un orientamento interpretativo univoco – e di segno negativo – della giurisdizione amministrativa[3], le Sezioni Unite della Corte di Cassazione[4]. hanno affermato la legittimazione delle associazioni rappresentative di interessi collettivi e degli enti esponenziali di collettività territorialmente definite ad intervenire nel giudizio dinanzi alla Plenaria a sostegno dell'interpretazione conforme agli interessi della categoria (o della collettività) rappresentata ovvero in ragione degli effetti orientativi che i principi di diritto enunciati possano produrre sull'attività istituzionale, amministrativa e regolatoria degli enti[5]. Peraltro, prospettata la titolarità in capo alle associazioni e agli enti di una posizione di interesse tutelabile dinanzi al giudice amministrativo, la decisione di inammissibilità dell'intervento darebbe luogo ad una ipotesi di diniego di tutela o di rifiuto di giurisdizione denunciabile con ricorso alla Corte di Cassazione[6].

rappresentative di interessi collettivi sottolineando che esse sono le medesime che valgono a riconoscere la "legittimazione attiva: l'associazione deve dedurre la violazione di un interesse rientrante nel perimetro delle proprie finalità statutarie e la produzione degli effetti del provvedimento controverso deve risolversi in una lesione diretta dello scopo istituzionale. Resta quindi preclusa ogni iniziativa giurisdizionale che non si riverberi sugli interessi istituzionalmente perseguiti dall'associazione e che sia sorretta dal solo interesse al corretto esercizio dei poteri amministrativi o per mere finalità di giustizia o finalizzate esclusivamente alla tutela di singoli iscritti, atteso che l'interesse collettivo dell'associazione deve identificarsi con l'interesse di tutti gli appartenenti alla categoria unitariamente considerata e non con la mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati. Per autorizzare l'intervento di un'associazione esponenziale di interessi collettivi occorre, quindi, un interesse concreto ed attuale (imputabile alla stessa associazione) alla rimozione degli effetti pregiudizievoli prodotti dal provvedimento controverso; Id. 9 novembre 2021, n. 18, che pure ha escluso la legittimazione di varie associazioni ed enti portatori di interessi collettivi ad intervenire nel giudizio di impugnazione di un provvedimento squisitamente individuale quale il diniego di proroga di una singola concessione demaniale. Cfr. p. 10.2 della sentenza: "il diniego di proroga di una singola concessione demaniale lede esclusivamente l'interesse del singolo, senza impingere in via immediata sulla finalità istituzionale delle associazioni. Né, per le ragioni già esposte, a giustificare l'intervento può rilevare la circostanza che la risoluzione delle questioni di diritto sottese al caso del singolo associato possa avere, specie per la valenza nomofilattica della pronuncia resa da questa Adunanza plenaria, una rilevanza anche sulla posizione di altri concessionari. La soluzione delle *quaestiones iuris* deferite a questa Adunanza plenaria non incide in via diretta ed immediata sugli interessi istituzionalmente rappresentati (dalle associazioni di categoria)". La posizione della giurisprudenza riguardo alle condizioni della legittimazione all'intervento delle associazioni e degli enti è interessante laddove essa afferma l'equivalenza di dette condizioni con quelle che valgono a riconoscere la legittimazione attiva al ricorso. Dunque, scaduto il termine per ricorrere, laddove sia dedotta la lesione di un interesse rientrante nel perimetro delle finalità istituzionali della associazione, questa è legittimata ad intervenire adesivamente. Sul punto si tornerà più ampiamente *infra* nel testo.

[3] Cons. Stato, Ad. Plen. 13 luglio 2017, n. 3; Id. Ad. Plen. 4 novembre 2016, n. 23; Id. sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 853; id., sez. V, 2 agosto 2011, n. 4557. La massima costante recita: "non sembra che possa essere sufficiente a consentire l'istanza di intervento la sola circostanza per cui il proponente tale istanza sia parte in un giudizio in cui venga in rilievo una quaestio iuris analoga a quella divisata nell'ambito del giudizio principale. A tacere d'altro, sembra ostare in modo radicale a tale riconoscimento l'obiettiva diversità di *petitum* e di *causa petendi* che distingue i due procedimenti, sì da non configurare in capo al richiedente uno specifico interesse all'intervento nel giudizio *ad quem*. Al contrario, laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le *quaestiones iuris* controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di 'interesse' del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, in toto scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce".

[4] Cass. civ. Sez. un. 23 novembre 2023, n. 32559.

[5] La pronuncia è commentata favorevolmente da R. Tiscini, *Cass. civ. Sez. un. 23 novembre 2023, n. 32559 e i motivi inerenti alla giurisdizione*, in *Giur. It.* 2024, p. 830. In senso critico, invece C. Consolo, *Il ritorno del vento maestrale di Randstadt in foggia estivale,* in *Giur. It.,* 2024, 827 e A. Proto Pisani - G. Verde, *Verso una giurisdizione di tipo oggettivo?,* in *Riv. Dir. Proc.,* 2024, 1027, per i quali la soluzione accolta dalla Corte di cassazione, con la iperqualificazione dell'interesse delle associazioni ricorrenti al precedente nomofilattico in termini di interesse legittimo, o addirittura collettivo (anziché di mero interesse secondario o addirittura di fatto) rischia di mutare i caratteri del processo amministrativo che è a tutela di interessi individuali conferendo agli organismi portatori di interessi di categoria una sorta di impropria ed inammissibile azione di classe con un inevitabile slittamento verso una giurisdizione di tipo oggettivo.

[6] *Contra* Cass. civ. Sez. un. 30 ottobre 2019 n, 27842 che aveva ritenuto in radice non ammissibile il ricorso in cassazione per l'impugnazione di sentenze della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che si limitino ad enunciare uno o più principi di diritto con rinvio alla sezione remittente per la ragione che difetta in

L'interesse al precedente nomofilattico da far valere in altro giudizio (o comunque in altra sede), che l'intervento dinanzi alla Plenaria sarebbe rivolto a tutelare, con tutta evidenza non coincide con l'interesse leso che dà titolo all'azione e nemmeno con l'interesse eventualmente soddisfatto dal provvedimento impugnato. Pertanto, l'intervento si discute è di tipo adesivo dipendente. Si tratta cioè di quel tipo di intervento che – secondo la interpretazione prevalente – è proponibile dal soggetto che abbia nella causa un interesse "diverso" rispetto a quello che sostiene la posizione delle parti principali.

2. La legittimazione all'intervento tra interesse legittimo e interesse di fatto.

Le formule definitorie dell'interesse che legittima l'intervento come interesse derivato, riflesso, collegato o mediato rispetto a quello della parte in sostegno della quale intende intervenire sono ripetutamente impiegate fin dalla giurisprudenza anteriore al codice del processo amministrativo.

La definizione è generica e ciò è pienamente giustificato dall'ampiezza delle norme di riferimento. Sia la legge 6 dicembre 1971, n. 1034 che il testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, riprendono infatti alla lettera la formulazione del regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, il quale, all'art. 37, il quale si limitava a stabilire che "chi ha interesse alla contestazione può intervenirvi".

In mancanza di ulteriori connotazioni, e a fronte di una giurisprudenza oscillante, la dottrina non ha potuto che registrare "l'incertissima natura dell'interesse che giustifica l'intervento" [7]. Interesse che, ad una indagine più approfondita, assume poi "una consistenza minore di quello che giustificherebbe il ricorso in via autonoma"[8], ma pur sempre diversa e "più marcata di quello che ha la generalità nei confronti della legittimità dell'atto amministrativo"[9].

dette statuizioni il carattere decisorio e definitorio dell'appello. L'argomento non è risolutivo secondo R. Tiscini, *op. loc. cit.* L'A. valorizza il controllo di legittimità della Corte di cassazione ex art. 111, comma 7 che autorizzerebbe la incondizionata ricorribilità per cassazione dei provvedimenti giurisdizionali aventi forma di sentenza, senza la necessità di ulteriore scrutinio sulla loro portata decisoria. Il comma 7, dell'art. 111 Cost., attribuirebbe al ricorso previsto dal comma 8 un ruolo di garanzia non solo della giurisdizione, ma anche della funzione c.d. soggettiva – ulteriore grado di giudizio nell'interesse delle parti – nonché di quella c.d. oggettiva in relazione alla nomofilachia. La sentenza della Corte di cassazione è criticata da altra, e più consistente, dottrina. In particolare, si pone in dubbio che la figura del diniego di giurisdizione possa essere fatta rientrare tra i motivi inerenti alla giurisdizione contemplati dall'art. 111 Cost. i quali – come ribadito da Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 6, attengono pur sempre all'osservanza dei limiti esterni della giurisdizione, In tal senso vedi A. Travi, nota a Cass. Sez. un. 23 novembre 2023, n. 32559 in *Foro it.*, I, 181. L'A. nota peraltro che, in ogni caso, anche i precedenti più significativi in tema di diniego di giurisdizione, tra tutti le pronunce delle Sezioni unite che contestavano l'applicazione da parte del giudice amministrativo della pregiudizialità della azione di annullamento rispetto alla domanda risarcitoria, avevano pur sempre ad oggetto la denuncia della non corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Sicché egli reputa davvero arduo utilizzare il grimaldello del "diniego di giurisdizione" per cassare la pronuncia della adunanza plenaria che aveva negato la legittimazione di associazioni ed enti pubblici ad intervenire in giudizio a sostegno di una certa interpretazione della normativa vigente. Ancora in senso critico C. Consolo, *op. cit.*, il quale dubita che si possa comunque parlare di diniego di giurisdizione in un caso di estromissione di interventori adesivi i quali, per definizione, non hanno il potere di allargare il *thema decidendum* e A. Proto Pisani - G. Verde, *op. cit.*, i quali, pur sensibili alla esigenza di ampliare i contenuti dei motivi di giurisdizione per i quali, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost. è ammesso il ricorso per cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato, ritengono che il caso non "meritasse la discontinuità che si è voluta dare rispetto a precedenti indirizzi".

[7] M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, III ed., Bologna, 1976, 126.

[8] Alb. Romano, *In tema di intervento nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1961, I, 1247.

[9] Ancora Alb. Romano, *op. loc. cit.*

Sul versante opposto si colloca la tesi di chi ritiene che anche la titolarità di un interesse di mero fatto sia sufficiente a legittimare l'intervento. L'assunto è che l'istituto dell'intervento sia "anzitutto funzionale al ristabilimento della legalità violata". Si ritiene, in altre parole, che l'assenza della titolarità di "una posizione sostanziale qualificata come interesse legittimo non è di ostacolo all'intervento perché, al fondo, si ammette che il processo amministrativo non sia ancora un processo di parti, bensì un processo sul provvedimento, innanzi tutto volto a ripristinare la legalità"[10].

In ultima analisi, il problema della legittimazione all'intervento del soggetto che sia interessato ad una certa soluzione del quesito di diritto sottoposto all'esame della Plenaria, è proprio questo. Ovvero se nel processo amministrativo l'intervento possa essere spiegato anche da chi si presenta come titolare di un interesse di mero fatto.

3. Luci ed ombre della disciplina della legittimazione all'intervento nel codice del processo amministrativo.

In prima battuta è d'obbligo verificare se la soluzione del problema prospettato possa essere attinta dalle norme del codice del processo amministrativo e dunque se i "caratteri" dell'interesse che abilita all'intervento siano meglio definiti dall'art. 28 c.p.a.[11].

La disciplina dell'istituto è in effetti – in apparenza – più dettagliata e precisa di quanto non risultasse dalle fonti precedenti essendo la norma è articolata in tre commi.

Ai fini che qui interessano, l'esame dell'art. 28 può essere circoscritto ai commi 1 e 2 poiché il terzo comma si riferisce all'intervento *iussu iudicis* ovvero ad un caso che presenta connotati e problemi peculiari[12].

Va subito detto che ci troviamo però a far riferimento ad una disposizione che è giudicata tra le "meno riuscite" del codice del processo amministrativo. La formulazione della norma, sicuramente ambigua, lascia "irrisolti" buona parte dei nodi dell'istituto[13].

Più in dettaglio, il primo comma dell'art. 28 contempla il caso della "parte" nei cui

---

[10] G. Mannucci, *Art. 28*, in *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, a cura di Falcon - Cortese - Marchetti, Padova, 2021, 247.

[11] Senza alcuna pretesa di esaustività, sull'art. 28 c.p.a., vedi L. Cimellaro, *Intervento*, in B. Sassani - A. Villata, *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012; V.M. Sessa, *Intervento in causa e trasformazioni del processo amministrativo*, Napoli, 2012; L. Coraggio, *L'intervento nel Codice del processo amministrativo*, in *Giurisdiz. amm.*, 2011, IV, 299 ss.; M. Ricciardo Calderaro, *L'intervento nel processo amministrativo: antichi problemi e nuove prospettive dopo il Codice del 2010*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 341 ss.; L. Bertonazzi, *Appunti sparsi sul processo amministrativo di legittimità e i terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 181 ss.; R. Manfellotti, *Le posizioni soggettive quiescenti: contributo alla teoria generale dell'intervento adesivo nel processo*, in *Il Processo*, 2021, 231 ss.; G. Tropea, *L'intervento volontario nel processo amministrativo di primo grado*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 3 ss.; Aa.Vv., *L'intervento nel processo amministrativo*, a cura di M. Ramajoli - R. Villata, Torino 2023.

[12] M. Ramajoli, *L'intervento per ordine del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 223, la quale la norma, lungi dal conferire un'ampia discrezionalità al giudice, individua i legittimati passivi dell'ordine giudiziale nei titolari di una posizione giuridicamente qualificata, destinata a subire in una certa misura un pregiudizio dalla sentenza. Dunque, nei controinteressati sostanziali, occulti, indiretti, quiescenti, sopravvenuti.

[13] A. Chizzini, L'*intervento nella dinamica del processo amministrativo. Profili generali,* in *Dir. Proc. Amm.*, 2023, che giudica l'articolo "tra i non meglio riusciti, dal quale trasudano (forse volute) ambiguità, nodi non sciolti". Critico, sulla "equivoca" formulazione dell'art. 28, e specie del comma 2, anche C. Consolo, *op. cit.*, 830.

confronti "la sentenza deve essere pronunciata", ma nei cui confronti il "giudizio non è stato promosso" e ne ammette l'intervento in giudizio.

La posizione che la norma prende in considerazione è quella del soggetto la cui sfera giuridica sarà direttamente toccata dalla sentenza e che non è stato chiamato in giudizio senza che perciò necessariamente si configuri una causa di inammissibilità del ricorso o una non corretta o incompleta realizzazione del contraddittorio[14].

Ad evitare che la limitazione dell'obbligo di chiamata in giudizio ai soli terzi menzionati nel provvedimento impugnato[15] sacrifichi la posizione di colui che comunque vanta un interesse diretto alla conservazione del provvedimento impugnato, pur non essendo in questo nominato, relegandolo fuori dal processo o comunque menomandone le prerogative processuali, l'art. 28 ne ammette l'intervento "senza pregiudizio del diritto di difesa".

Gli interventori contemplati dall'art. 28, comma 1, godono quindi di tutte le prerogative proprie delle parti principali ed assumono la veste di interventori litisconsortili: possono incidere sulle dimensioni oggettive della controversia e contribuire alla definizione del *thema decidendum* presentando, ad esempio, un ricorso incidentale. La legittimazione di costoro all'appello, anche per ragioni diverse da quelle relative all'intervento in senso proprio, è inoltre espressamente riconosciuta dall'art. 102, comma 2 c.p.a. che ammette la legittimazione ad appellare dell'interventore "se titolare di una posizione giuridica autonoma".

Dubbi interpretativi ancor maggiori suscita[16] la disposizione di cui al comma 2 della norma in esame.

Da una parte l'art. 28, comma 2, considera, ai fini dell'intervento, la posizione di chi "non sia parte del giudizio e non sia decaduto dall'esercizio delle relative azioni, ma vi abbia interesse".

L'inciso, che circoscrive i destinatari della disposizione a coloro che non siano decaduti "dall'esercizio delle relative azioni", riconosce all'interesse che sorregge l'intervento *ex* art. 28, comma 2, i medesimi connotati propri dell'interesse che legittima la proposizione dell'azione. In altre parole, la norma ammette l'intervento di chi ha un interesse diretto ed autonomo, tale cioè da legittimarlo alla azione in via principale, purché non sia decaduto dall'esercizio dell'azione[17]. La giurisprudenza più datata, che sporadicamente ammetteva l'intervento in giudizio del cointeressato[18], era solita

[14] Dunque, l'interventore ai sensi del comma in parola è normalmente il controinteressato non intimato. In termini, C. Consolo, *op. cit.*, 830. La pienezza dei poteri processuali, che risulta dall'inciso "senza pregiudizio del diritto di difesa" è "l'immancabile specchio della qualità di contraddittore necessario", L. Bertonazzi, *L'intervento in appello*, in *Dir. proc. amm.* 2023, 258.

[15] Il novero dei controinteressati destinatari della notifica è ancor più ristretto nella disciplina del c.p.a. L'art. 41, comma 2 c.p.a. limita l'obbligo della notifica, ai fini della valida costituzione del contraddittorio, ai soli controinteressati che siano individuati nell'atto stesso, laddove in termini più ampi l'art. 21, comma 1, della l. 1034 del 1971 lo estendeva ai "controinteressati cui l'atto direttamente si riferisce". L'irrigidimento del requisito formale ai fini della valida costituzione del contraddittorio è rilevato, in termini critici, da A. Romano Tassone, *Il contraddittorio*, in R. Villata - B. Sassani (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 383 e M. Ramajoli, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 132.

[16] La disposizione del comma 2 è "ancor più equivoca" secondo C. Consolo, *op. loc. cit.*

[17] Ancora C. Consolo, *op. cit.*, 830 per il quale l'art. 28 comma 2, legittimando l'intervento in giudizio di chi vi ha interesse e non sia decaduto dall'esercizio delle relative azioni, adombra un intervento litisconsortile parallelo.

[18] Giurisprudenza commentata favorevolmente da M. Nigro, *In tema di intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1951, I, I, 283.

disporne, in questi casi, la conversione in ricorso autonomo[19].

La disposizione del codice consente al cointeressato, che sia in termini, di conservare la veste di interventore nel processo da altri avviato. La novità rispetto all'assetto previgente consiste in questo[20]. Novità poco significativa se non in termini di economia processuale e dal limitato ambito di applicazione. Se si assume a riferimento il ricorso di impugnazione, considerata l'esiguità del termine per ricorrere, non saranno frequenti i casi in cui il cointeressato ha la possibilità di intervenire nel giudizio, pendente il termine per proporre la domanda. Diversamente la norma potrebbe trovare un suo campo di applicazione quando sono in ballo diritti o comunque quando il termine per proporre l'azione è più esteso dei fatidici sessanta giorni.

La condizione che vien posta alla ammissibilità dell'intervento, e che è costituita della mancata decadenza dall'esercizio della azione, rende poco plausibile l'interpretazione, largamente diffusa nella giurisprudenza, per la quale la disposizione dell'art. 28, comma 2 si riferisce (solo) alla posizione dell'interventore adesivo dipendente.

La ragione per la quale questa interpretazione non convince risiede nella stessa giurisprudenza che costantemente esclude l'ammissibilità dell'intervento adesivo dipendente spiegato dal soggetto titolare di un interesse che lo avrebbe abilitato a proporre ricorso in via principale[21]. In altre parole, non ha senso postulare da un lato una ontologica diversità tra la situazione soggettiva che conferisce la legittimazione al ricorso e quella che legittima all'intervento. Dall'altro affermare che – ai sensi dell'art. 28 comma 2 – l'intervento adesivo può essere proposto da chi è titolare di un interesse che lo avrebbe abilitato al ricorso e – per di più – non è ancora decaduto dal termine.

È allora preferibile l'interpretazione sopra prospettata: l'art. 28, comma 2, siccome prende in considerazione, ai fini della legittimazione all'intervento, la posizione di chi non è decaduto dall'esercizio dell'azione, ammette l'intervento in giudizio del cointeressato in termini. Ovviamente costui potrà partecipare al giudizio con i poteri propri dell'interventore litisconsortile. Infatti, essendo pendente il termine per ricorrere, una limitazione delle facoltà difensive o l'impossibilità di ampliare il *thema decidendum* non avrebbe nessuna giustificazione.

[19] L'orientamento è richiamato da F. Satta, *Giustizia amministrativa*, III ed., Padova, 1997, p. 189, nt. 61. In questo senso vedi: Cons. Stato, Ad. plen., 25 maggio 1954, n. 18; Id. Sez. IV, 30 ottobre 1947, n. 371; Sez. IV, 3 febbraio 1956, n. 76; Sez., V, 28 settembre 1970, n. 713; Sez. IV, 12 dicembre 1996, n. 1292; Sez., IV, 13 dicembre 1999, n. 1853; Sez. IV, 27 maggio 2002, n. 2928.

[20] Cfr. C. Consolo, *op. cit*., 830, il quale pure ritiene che l'art. 28, comma 2, contempli un intervento litisconsortile parallelo.

[21] Tra le tante richiama il principio giurisprudenziale consolidato dell'inammissibilità dell'intervento adesivo *ad adiuvandum* (del ricorrente) del soggetto legittimato alla proposizione del ricorso autonomo Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2023, n. 3363. Nel ricorso proposto da alcuni concorrenti esclusi per contestare le modalità di svolgimento delle prove preselettive di un concorso pubblico il Consiglio di Stato ha dichiarato ammissibile l'intervento in appello, dal lato della amministrazione, dei partecipanti alle prove del concorso con esito positivo, individuando in capo a questi "un evidente interesse alla conservazione degli atti del procedimento e dunque la titolarità di un interesse di fatto, accessorio e collegato a quello della parte appellante" ed "inammissibile l'intervento proposto da parte di altri candidati che non avevano impugnato la loro mancata ammissione alle prove successive, ma che sostenevano comunque di avere interesse al mantenimento della decisione di primo grado ed in particolare alla rinnovazione della proceduta di effettuazione della prova scritta secondo le modalità previste dal bando. Gli interessati della seconda categoria avrebbero così fatto valere "una posizione giuridica attinta direttamente dai provvedimenti impugnati che sarebbe stato onere delle stesse parti impugnare".

Al tempo stesso, non si può fare a meno di considerare la limitazione dei poteri di chi interviene nel giudizio ai sensi dell'art. 28, comma 2, che risulta dall'inciso per il quale costui è tenuto ad accettare "lo stato e il grado in cui il giudizio si trova".

Ad evitare una censura di intrinseca contraddittorietà della norma, è d'uopo concludere che l'art. 28, comma 2, contempla due figure distinte: quella del cointeressato (non decaduto dall'esercizio della azione) che interviene nel giudizio da altri avviato entro termine per proporre il ricorso, e dunque necessariamente "senza pregiudizio del diritto di difesa", e quella di colui che interviene oltre i termini, con i limitati poteri dell'interventore meramente adesivo (accettando lo stato e il grado in cui il processo si trova). Il secondo, in posizione "secondaria", a sostegno delle ragioni di una delle parti del giudizio.

A questo punto è lecito avanzare una ipotesi: il criterio in base al quale distinguere l'interventore di tipo litisconsortile rispetto all'interventore adesivo non è quello della "qualità" dell'interesse fatto valere. Piuttosto è quello temporale che conforma poi l'ampiezza delle facoltà difensive. L'interventore di tipo litisconsortile si trova nella posizione di chi è ancora in termini per proporre l'azione e dunque non può subire alcuna menomazione delle sue facoltà difensive. L'interventore adesivo dipendente è decaduto dall'esercizio dell'azione e deve accettare lo stato e il grado in cui il processo si trova, limitandosi a sostenere le ragioni del ricorrente[22].

Il corollario di questa impostazione è che non è necessario andare alla ricerca di una ontologica "diversità" dell'interesse che abilita all'intervento adesivo[23].

Del resto, pur nel maggior grado di dettaglio che contraddistingue la disciplina del codice del processo amministrativo e senza però nulla aggiungere riguardo ai connotati dell'interesse che giustifica l'intervento, l'art. 28 ribadisce, sulla scorta della previgente disciplina, che legittimato all'intervento non è "chiunque", ma chi ha comunque un interesse nel giudizio[24].

[22] Questa lettura dell'art. 28, comma 2, ancorché ritenuta "fragile" sembra infine condivisa da L. Bertonazzi, *L'intervento in appello* cit. il quale, tra le varie figure di intervento delineate dall'art. 28, ritiene ammissibile l'intervento adesivo del terzo cointeressato decaduto dall'azione di annullamento in base all'argomento che costui va pur sempre a risentire dell'efficacia della sentenza di annullamento. Allora se la facoltà di intervenire *ad adiuvandum* è accordata a chi risente l'efficacia riflessa della sentenza di annullamento, la medesima facoltà non può non essere a fortiori accordata a chi è attinto dalla sua efficacia diretta.

[23] La peculiarità dell'interesse che abilita all'intervento adesivo viene generalmente rintracciata nel carattere mediato e indiretto della lesione subita. Diversamente il soggetto che subisce una lesione immediata e diretta non potrebbe che assumere le vesti di ricorrente o anche di interventore litisconsortile, a condizione che l'intervento sia proposto nel termine per agire in giudizio. Il criterio identificativo proposto in tali termini non è del tutto soddisfacente. Presenta, se non altro, difficoltà applicative. Queste sono tanto maggiori in quanto la legittimazione a ricorrere (e a resistere) è correttamente riconosciuta con ampiezza nel processo amministrativo. La legittimazione ad agire (o a contraddire) non spetta soltanto a coloro che figurano, formalmente, come i destinatari del provvedimento e dei suoi effetti giuridici. È riconosciuta a chiunque dimostri di trovarsi in una particolare situazione di fatto o di diritto, correlata con l'atto ritenuto pregiudizievole (o vantaggioso) ovvero in una situazione per la quale possa derivare dall'atto un pregiudizio (o un vantaggio) personale, e non meramente "organico" o "collettivo". Il criterio, alla stregua del quale è risolto il problema della legittimazione, è quello della differenziazione (dell'interesse) e non quello della sua posizione rispetto all'atto lesivo.

[24] Un interesse nel giudizio è dunque richiesto ai fini della legittimazione. Il giudizio deve svolgersi tra interessati e nel processo non può interloquire "chiunque" poiché l'intervento comunque comporta un aggravio degli oneri di difesa delle parti, cfr. F. Satta, *Giustizia amministrativa*, III, ed., 1997, 188.

4. Il criterio degli effetti del giudicato quale criterio identificativo dell'interesse ad intervenire e la soluzione del problema dell'interesse al precedente.

I caratteri dell'interesse nel giudizio che abilita all'intervento vanno dunque rintracciati nella disciplina generale del processo e nei principi.

In un processo soggettivo e di parti quale è il processo amministrativo[25], il punto di riferimento obbligato per individuare la platea dei soggetti "interessati" e dunque legittimati ad intervenire in giudizio è costituito dagli effetti del giudicato[26].

Ai soggetti che versano in una situazione di fatto o di diritto tale da subire inevitabilmente gli effetti del giudicato va riconosciuta la legittimazione ad intervenire nel giudizio[27].

L'aver individuato nel giudicato il necessario punto di riferimento quando si tratta di circoscrivere la platea dei soggetti legittimati all'intervento consente una immediata conclusione: la prospettazione di un interesse ad una certa soluzione della lite in punto di diritto non è sufficiente a legittimare l'intervento.

Il punto cruciale è che il giudicato si forma soltanto sui capi della sentenza che hanno contenuto decisorio ovvero operano la contestualizzazione del principio di diritto in relazione al caso concreto. L'interpretazione di una norma ha invece una funzione meramente strumentale rispetto alla decisione[28].

L'enunciazione di un certo principio di diritto o di una determinata interpretazione di una norma esula dal contenuto decisorio della pronuncia giudiziale e non assume efficacia di giudicato, nemmeno quando quella enunciazione è proposta dal giudice investito di funzione nomofilattica. È superfluo peraltro ricordare che la soluzione di una certa *quaestio iuris* offerta dalla Plenaria non assume carattere vincolante nemmeno per le stesse sezioni del Consiglio di Stato e può essere sempre rimessa in discussione.

L'interesse al precedente favorevole resta dunque un interesse di fatto in nessun modo suscettibile di essere inciso dalla sentenza che si limita ad enunciare il principio di diritto e tanto meno dalla decisione che realizza la contestualizzazione del principio di diritto ad un caso concreto che riguarda altre parti.

La considerazione per la quale l'interesse al precedente favorevole non può essere preso in considerazione ai fini della legittimazione all'intervento vale sia con riferimento alla posizione del soggetto che ambisce a far valere le ragioni del ricorrente (intervenendo *ad adiuvandum* nel giudizio di primo grado) sia con riferimento a quella di chi vorrebbe far prevalere l'interpretazione favorevole alla pubblica amministrazione (con intervento *ad opponendum*).

Infatti, non vi è alcuna valida ragione che giustifichi la distinzione che spesso la giuri-

[25] A maggior ragione dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo il quale chiaramente "presuppone il carattere soggettivo della giurisdizione e la natura sostanziale degli interessi ivi dedotti (art. 7 c.p.a.)", tra le tante, Cons. Stato, sez. VII, 2024 n. 1653

[26] F. Satta. *Giustizia amministrativa*, op. loc. cit.

[27] Ancora F. Satta. *Giustizia*, cit., 189.

[28] Cfr. Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2010, n. 21561 e Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2019, n. 27842.

sprudenza opera quando richiede un interesse di spessore variabile a seconda della direzione dell'intervento, se a favore del ricorrente o della amministrazione resistente e che, in particolare, ritiene sufficiente per l'interventore *ad opponendum* la prospettazione di un interesse di mero fatto[29].

Dunque, per tornare al caso che ha acceso il dibattito, nel giudizio che ha ad oggetto il diniego di proroga di una concessione di demanio marittimo è agevolmente individuabile l'interesse immediatamente leso (e dunque l'interesse all'annullamento) del titolare della concessione. Non altrettanto si può dire per i titolari di altri rapporti di concessione. Se l'intervento in giudizio, anche in posizione adesivo-dipendente, presuppone la titolarità di un interesse al bene della vita, comunque leso, o avvantaggiato, dal provvedimento impugnato e che dunque subisce gli effetti del giudicato, la circostanza per la quale i rapporti di concessione che fanno capo a costoro parimenti non sono suscettibili di proroga resta irrilevante.

Il criterio della titolarità di un interesse ad un bene della vita, leso o avvantaggiato per effetto del giudicato, vale pure a verificare la legittimazione ad intervenire in giudizio dei soggetti collettivi. Anche per le associazioni o i sindacati rappresentativi della categoria l'interesse alla soluzione della questione di diritto non è sufficiente a legittimare l'intervento in giudizio.

La legittimazione all'intervento richiede che sia allegata la titolarità di un interesse concreto ad un bene della vita, in questo caso comune a tutti gli associati e ricompreso tra le finalità statutarie, che sia inciso dall'atto oggetto della impugnazione e quindi dal giudicato che su di esso si formerà[30]. Se è identificabile un interesse leso, che rientra nel perimetro delle finalità statutarie dell'ente, l'intervento è ammesso. Altrimenti va escluso[31].

---

[29] Tra le tante, Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 2025 n. 1, punto 4) della motivazione, distingue l'intervento *ad adiuvandum* per il quale la giurisprudenza richiede la titolarità di una posizione giuridica dipendente da quella dedotta in giudizio dall'intervento a*d opponendum* "non essendo sufficiente a supportare un siffatto intervento in giudizio la semplice titolarità di un interesse di fatto (suscettibile invece di fondare il mero intervento *ad opponendum* "proprio" e cioè quello svolto a sostegno dell'amministrazione resistente in primo grado". A ben vedere, però, al di là della massima che afferma essere sufficiente per l'intervento *ad opponendum* (ovvero quello svolto a sostegno dell'amministrazione resistente), la semplice titolarità di un interesse di mero fatto sotteso al mantenimento dell'assetto determinato dai provvedimenti impugnati nelle fattispecie esaminate viene sempre dedotta, ed accertata dal giudice, la titolarità di un interesse concreto ed attuale che possa trarre un vantaggio dal giudicato di rigetto del ricorso. Ad es. Cons. Stato sez. IV, 07/08/2020, n. 4973, nel ricorso proposto da una ditta contro la propria esclusione dalla procedura di gara per anomalia dell'offerta, afferma la legittimazione ad intervenire *ad opponendum* della società, terza nella graduatoria, la quale aveva evidenziato il proprio interesse alla reiezione del ricorso, concretizzatosi peraltro nelle more del giudizio, in quanto la stazione appaltante aveva escluso dalla gara anche la seconda classificata

[30] Cons. Stato, Ad. Plen, 2 novembre 2015, n. 9 cit. riassume le "stringenti" condizioni alle quali è ammessa la legittimazione la legittimazione all'intervento in giudizio delle associazioni rappresentative degli interessi collettivi: "è necessario che la questione dibattuta attenga al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione e cioè che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati. È inoltre indispensabile che l'interesse tutelato sia comune a tutti gli associati, che non vengano tutelate posizioni soggettive solo di una parte degli stessi e che non siano, in definitiva, configurabili conflitti interni all'associazione che implicherebbero automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio". Se, in negativo, l'assenza di dette condizioni esclude tanto la legittimazione a ricorrere quanto la legittimazione ad intervenire nel giudizio da altri proposto, in positivo si dovrebbe concludere che, ove ricorrano dette condizioni, l'intervento adesivo dipendente va ammesso anche una volta spirati i termini per ricorrere.

[31] Con riferimento al caso che ha dato origine al dibattito, chiosa C. Consolo, *op. cit.*, 3 "è ben dato scorgere l'interesse legittimo pretensivo dei singoli concessionari alla proroga o al rinnovo del provvedimento concessorio così come l'interesse demolitorio contro l'atto di diniego. (….) Si fa fatica invece a scorgere la

5. Il criterio degli effetti del giudicato e spunti critici in tema di legittimazione all'intervento del soggetto leso da un atto generale o ad effetti inscindibili per una pluralità di destinatari.

Peraltro, le "stringenti" condizioni[32] alle quali la giurisprudenza ammette l'intervento del soggetto collettivo coincidono con quelle richieste per la legittimazione attiva del medesimo al ricorso.

In altre parole, quando si tratta di un soggetto collettivo, l'interesse che assiste la posizione dell'interventore adesivo dipendente presenta le medesime caratteristiche dell'interesse che sorregge la posizione del ricorrente (e dell'interventore litisconsortile). Prende allora spazio l'ipotesi interpretativa sopra proposta: il dato che vale a differenziare la posizione delle parti e a disegnarne i poteri non è quello della qualità dell'interesse che si fa valere o della lesione subita bensì quello temporale della osservanza, o meno, del termine per proporre la domanda. Ne consegue la legittimazione del soggetto leso nella propria sfera giuridica e di interessi a intervenire nel giudizio proposto da altri, anche una volta scaduti i termini per proporre l'azione, e però con i limitati poteri dell'interventore adesivo.

Nel contesto della azione amministrativa è del resto frequente non solo che l'atto – la cui legittimità è in contestazione – "irradi i propri effetti su situazioni ulteriori, dipendenti o connesse, rispetto a quelle riguardanti le parti necessarie del giudizio"[33]. Si verifica anche, assai spesso, che l'atto, della cui legittimità si discute in giudizio, produca i suoi effetti diretti su una pluralità di soggetti in quanto atto generale o ad effetti inscindibili per una pluralità di destinatari.

La giurisprudenza[34], anche quella successiva alla entrata in vigore del c.p.a., ravvisa nella avvenuta decadenza dall'esercizio dell'azione un ostacolo insormontabile alla ammissibilità di un intervento di tipo adesivo del titolare di un interesse leso direttamente dall'atto ad efficacia generale o che produce effetti inscindibili per una pluralità di destinatari in base, sempre, all'argomento che costui avrebbe dovuto proporre il ricorso nel termine.

balnearità di molti interessi come insopprimibile esigenza al mantenimento di un regime concessorio che è stato mostrato porsi in frontale contrasto col diritto comunitario".

[32] Così espressamente Cons. Stato, Ad. Plen, 2 novembre 2015, n. 9

[33] In questi termini, Cons. Stato, Ad. Plen 2024, n. 15 per la quale lo scopo dell'intervento in giudizio sia quello "di consentire l'emersione in sede processuale delle situazioni giuridiche soggettive, di varie tipologie e contenuto, che si muovono 'interrelate' nel contesto del diritto sostanziale, consentendo al giudice di cogliere la portata della controversia nella sua globale complessità e di ampliare lo spettro soggettivo di incisione del giudicato. L'esigenza di tener conto delle connessioni sussistenti tra i rapporti giuridici ha una peculiare particolare importanza nel contesto dell'azione amministrativa, poiché i provvedimenti di regola incidono su una pluralità di interessi pubblici e privati, irradiando i propri effetti su situazioni ulteriori, dipendenti o connesse, rispetto a quelle riguardanti le parti necessarie del giudizio". Su questa peculiarità della azione amministrativa, A. Contieri, *Il procedimento aperto nel pensiero di Franco Pugliese*, in *Scritti in ricordo di Franco Pugliese*, a cura di E. Follieri e L. Iannotta, Napoli, 2010, 49-53.

[34] Cons. Stato, sez. III, 4 aprile 2023, n. 3442; Id., sez. II 4 gennaio 2021, n. 105; Id., sez. VI, 13 agosto 2018, n. 4939; Id., sez. V, 10 aprile 2018, n. 2186.

A fronte di qualche cauta apertura[35], la Adunanza plenaria[36] ha ribadito la tesi negativa: nel giudizio avente ad oggetto la legittimità di un atto i cui effetti si producono nei confronti di una intera categoria di operatori economici l'intervento adesivo del cointeressato decaduto non è ammissibile sia che questo venga spiegato una volta scaduti i termini per ricorrere sia che venga proposto dal cointeressato che abbia impugnato il medesimo atto generale con un ricorso autonomo ancora pendente. La ragione è sempre quella di evitare l'elusione del termine di decadenza che comunque si verrebbe a determinare in quanto l'interventore potrebbe sempre pretendere l'attuazione nei suoi confronti degli effetti ripristinatori e conformativi del giudicato di annullamento.

Il passaggio critico della sentenza è proprio questo. La proposizione dell'intervento adesivo non vale a rimettere in discussione i rapporti già chiusi. Pertanto, chi ha proposto intervento oltre i termini potrà giovarsi dell'effetto di annullamento che opera *erga omnes*, ma non dell'effetto ripristinatorio o di quello conformativo. Il giudicato trova sempre il limite dei rapporti esauriti e l'interventore adesivo non potrebbe comunque pretendere che l'amministrazione adempia nei suoi confronti all'obbligo di colmare ora per allora il vuoto regolatorio determinato dal giudicato.

Andreina Scognamiglio

[35] Eversiva rispetto alla impostazione tradizionale la massima di Cons. stato, sez. VI, 3 marzo 2016, n. 882 per la quale una volta che sia validamente instaurato, da uno dei suoi destinatari, un giudizio intorno alla legittimità del provvedimento amministrativo, non vi è più alcuna ragione di invocare il termine di decadenza a tutela di certezza e stabilità dei rapporti giuridici e di precludere l'intervento del legittimato che, pur senza ampliare il *thema decidendum*, voglia solo giovarsi del processo pendente per sostenere la tesi del ricorrente principale ed ottenere così, indirettamente, data la natura inscindibile degli effetti del provvedimento, la tutela della propria posizione. La sentenza è commentata da M. Ricciardo Calderaro, in *Dir. proc. amm.* 2016, 336.

[36] Cons. Stato, Ad. Plen., 29 ottobre 2024, n. 15.

5. L'applicabilità dell'art. 34, comma 3 c.p.a. nel giudizio di ottemperanza al giudicato (nota a Cons. Stato, 22 gennaio 2024, n. 664)

Sommario: 1. La fattispecie concreta. – **2.** I presupposti per la conversione dell'azione di annullamento in un'azione di accertamento ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a. – **3.** Brevi cenni sull'azione di nullità per violazione o elusione del giudicato come azione costitutiva e sua convertibilità in un'azione di accertamento. – **4.** Conclusioni.

1. La fattispecie concreta.

La sentenza in commento viene resa su ricorso con il quale il Direttore di un ente parco, nominato con decreto del Presidente della Regione Lazio, chiedeva la riforma della sentenza resa in sede di ottemperanza dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, che accoglieva il ricorso con il quale la Dirigente della Regione Lazio e dell'area amministrativa presso l'ente parco naturale regionale in questione, in carica per quasi una decina d'anni, chiedeva l'annullamento del decreto di nomina del medesimo Direttore e i connessi atti presupposti, tra cui la nota con cui era stata individuata la terna di candidati per la nomina, dalla quale la stessa ricorrente per l'ottemperanza era stata esclusa.

La vicenda muove dalla necessità di aggiornare l'elenco regionale dei direttori degli enti di gestione delle aree naturali protette regionali promossa dalla regione Lazio, che aveva avviato una procedura per il conferimento del posto di Direttore dell'Ente Parco e, dopo quasi un mese dalla nota con cui era stata individuata la prima terna di candidati, che conteneva il nominativo della ricorrente in ottemperanza, il Presidente dell'ente trasmetteva una nuova terna, con la motivazione di dover emendare un errore contenuto nella prima nota[1]. Alla fine della procedura il Presidente della regione nominava con decreto un soggetto diverso dalla suindicata ricorrente, la quale ultima, perciò, proponeva ricorso per l'annullamento del medesimo decreto di nomina. Il soggetto nominato alla carica di Direttore presentava quindi le proprie dimissioni e il Presidente della regione, dopo aver comunicato una nuova terna di nomi, individuava il nuovo Direttore in un soggetto diverso dalla ricorrente. Quest'ultima impugnava nuovamente, in sede di cognizione, il decreto di nomina e la nota del Presidente dell'ente regionale, con la quale erano stati individuati i soggetti candidati alla nomina di Direttore. Il ricorso veniva accolto e, successivamente alla sentenza emessa in sede di cognizione, il Presidente della re-

[1] Testualmente Cons. Stato, Sez. IV, 22 gennaio 2024, n. 664, *sub* 3.3.

gione procedeva a una nuova nomina, entro una rosa di candidati tra cui non compariva il nominativo della ricorrente. Quest'ultima, pertanto, impugnava con ricorso per l'ottemperanza il decreto di nomina e la nota con cui erano stati individuati i soggetti candidati alla procedura, chiedendone la declaratoria di nullità in quanto assunti in violazione o elusione del precedente giudicato. Il TAR Lazio accoglieva il ricorso per l'ottemperanza e il nuovo Direttore dell'ente parco impugnava suddetta sentenza resa in sede di ottemperanza, riproponendo le difese avverso i motivi di ricorso proposti dalla ricorrente e dichiarati assorbiti dal TAR[2].

Nel merito del giudizio di impugnazione, anche la ricorrente riproponeva i motivi di ricorso che il TAR, in sede di giudizio di ottemperanza, aveva dichiarato assorbiti e evidenziava, con distinta memoria, che "*il Consiglio di Stato – anche qualora accolga l'appello, non ritenendo sussistente la fattispecie di nullità dichiarata dal TAR – non potrà che consentire al ricorrente in primo grado di procedere alla riassunzione del giudizio dinanzi al medesimo TAR, innanzi al quale il processo potrà proseguire, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda di annullamento, ai sensi dell'articolo 32, comma 2, c.p.a.*" e che, per esserci la corretta ottemperanza al giudicato, l'ente parco avrebbe dovuto ""*o inserire la dott.ssa – OMISSIS – nella terza terna dei candidati*" oppure "*quantomeno, prendere in considerazione la specifica posizione rivestita dalla dott.ssa – OMISSIS – […] esplicitando le ragioni sottese alla scelta di non inserirla nella terza terna dei candidati*""[3].

Di contro, la Regione, che si era costituita in quanto cointeressata, depositava un documento dal quale emergeva il sopravvenuto collocamento a riposo della ricorrente, che, perciò, non avrebbe potuto essere nominata Dirigente. All'eccezione relativa all'insussistenza dell'interesse alla decisione sulla domanda di nullità per violazione o elusione di giudicato rappresentata dalla Regione Lazio, la ricorrente ribadiva la sussistenza del proprio interesse a ottenere la pronuncia sulla domanda di nullità ai fini risarcitori, ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a.

La questione di rilievo che il Collegio affronta nella sentenza in commento è, perciò, l'applicabilità dell'art. 34, comma 3 c.p.a., nella parte in cui prevede il meccanismo di "*conversione*" della pronuncia costitutiva di annullamento, *ex* art. 29 c.p.a., in una pronuncia di accertamento dell'illegittimità dell'atto "*se sussiste l'interesse ai fini risarcitori*", anche in sede di ottemperanza al giudicato, nel caso in cui sia sopravvenuta la carenza di interesse a una pronuncia di nullità per violazione o elusione del giudicato. A riguardo del rilievo dell'interesse alla pronuncia risarcitoria, la sentenza in commento richiama la sentenza del 13 luglio 2022, n. 8, secondo cui, per procedere all'accertamento dell'illegittimità dell'atto, ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a, sarebbe sufficiente la mera dichiarazione di un interesse anche solo strumentale e morale alla domanda risarcitoria[4]. Tale interesse sarebbe configurabile nel caso di specie, poiché "malgrado l'avvenuto pensionamento, la ricorrente conserva comunque un interesse almeno morale alla decisione del ricorso *ex* art. 112 c.p.a., trattandosi di questioni comunque attinenti alla sua sfera professio-

[2] Cons. Stato, cit., *sub* 8.1.
[3] Cons. Stato, cit., *sub* 8.5.
[4] Cons. Stato, cit., *sub* 10.2.

nale e alle gratificazioni, anche di carattere personale, che si possono ritrarre anche solo dalla possibilità di una nomina a un incarico apicale"[5]. La sentenza in commento ravvisa, perciò, la possibilità di convertire, nel giudizio di impugnazione della sentenza resa in sede di ottemperanza, l'azione di nullità in un'azione di accertamento dell'illegittimità dell'atto, in forza del fatto che la *ratio* dell'art. 34 comma 3 c.p.a. sarebbe quella di garantire, "in coerenza con l'art. 1 del c.p.a., una «tutela effettiva» del cittadino anche nel caso in cui – «*nel corso del giudizio*» – sia divenuta impossibile la tutela in forma specifica tramite l'annullamento dell'atto, ma si possa (e si debba) comunque fornire una tutela per equivalente. Il risarcimento diventa, così, l'unica forma di tutela cui l'interessato – illegittimamente colpito da un provvedimento viziato e lesivo – può aspirare"[6]. Pertanto, rileva il Collegio, "anche se il dettato del comma 3 dell'art. 34 fa esplicito riferimento (soltanto) all'azione di annullamento, la medesima *ratio legis* impone di ritenere […] che il meccanismo di conversione possa essere invocato anche da chi rischia di perdere il bene della vita non a causa di un provvedimento illegittimo *tout court*, di cui «*non risulta più utile l'annullamento*», ma a causa di un provvedimento nullo per violazione di un giudicato, nel caso in cui – sempre «*nel corso del giudizio*» – sia sopravvenuta la carenza d'interesse a una pronuncia sulla sussistenza di questo profilo di illegittimità.

Tale conclusione discende dalla inderogabile necessità, per la giurisdizione amministrativa, di assicurare anche nel giudizio di ottemperanza «*una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*», secondo quanto stabilito dall'art. 1 c.p.a. Questa norma, che pone all'inizio del codice del processo il fondamentale principio di effettività, deve assurgere a guida esegetica anche per l'interpretazione e l'applicazione delle altre disposizioni del codice, ivi compreso l'art. 34, comma 3, qui in questione. In caso contrario, la mera inerzia dell'amministrazione di fronte a una pronuncia del giudice rischierebbe di rendere inutile la pretesa del cittadino alla sua esecuzione, con perdita definitiva (anche «per equivalente») del bene della vita cui è preordinata la domanda di nullità per violazione o elusione del giudicato e conseguente lesione anche del principio di effettività della tutela"[7]. Il Collegio, pertanto, propone un'interpretazione estensiva dell'art. 34, comma 3 c.p.a., che costituirebbe "estrinsecazione di un principio generale che, in ossequio a consolidati canoni processuali, consente l'*emendatio* riduttiva di ogni domanda volta all'accertamento dell'invalidità del provvedimento amministrativo, ivi compresa la patologia più radicale di cui all'art. 21-*septies* della legge n. 241 del 1990. Alla stregua di quanto esposto, anche chi ha proposto azione di ottemperanza *ex* art. 112 c.p.a. potrà (limitarsi a) domandare – come avvenuto nel caso di specie – l'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai fini esclusivamente risarcitori *ex* art. 34, comma 3, del medesimo codice"[8].

Il Consiglio di Stato (Sez. IV), in sede giurisdizionale, pertanto, accoglie l'interpretazione dell'art. 34, comma 3 c.p.a. per cui sarebbe possibile convertire l'azione di nullità in una declaratoria di illegittimità del prov-

[5] Cons. Stato, cit., *sub* 10.4.
[6] Cons. Stato, cit., *sub* 10.2.
[7] Cons. Stato, cit., *sub* 10.3.
[8] Cons. Stato, cit., *sub* 10.3.

vedimento e degli atti impugnati e respinge l'appello, confermando la sentenza impugnata con diversa motivazione nella parte in cui la sentenza impugnata obbliga la Regione Lazio "*a vagliare l'opportunità di individuare il Direttore dell'Ente Parco fra i candidati presenti nella prima terna elaborata*"[9], che esula dal perimetro del giudicato.

2. I presupposti per la conversione dell'azione di annullamento in un'azione di accertamento ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a.

Come noto nel processo amministrativo la conversione della domanda è disciplinata dall'art. 32 comma 2, secondo periodo c.p.a. La norma, dopo aver disposto che il giudice qualifica la domanda sulla base degli elementi sostanziali della stessa e, perciò, "superando l'eventuale *nomen iuris* scelto dalla parte"[10], afferma che "sussistendone i presupposti il giudice può sempre disporre la conversione delle azioni". Con riguardo alla conversione di domande nel giudizio di ottemperanza, la giurisprudenza ha ravvisato la possibilità di una conversione *ex officio*[11], ad esempio, nel caso in cui a seguito dell'annullamento di un atto da parte del giudice amministrativo, l'atto emanato dall'Amministrazione, quando rinnova l'esercizio delle sue funzioni, sia impugnato "«[…]davanti al giudice dell'ottemperanza lamentando la violazione o elusione del giudicato ovvero la presenza di nuovi vizi di legittimità nella rinnovata determinazione[…]»"[12]. In tal caso, si è affermato che "«[…] il giudice dell'ottemperanza è quindi chiamato, in primo luogo, a qualificare le domande prospettate, distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che invece hanno a che fare con il prosieguo dell'azione amministrativa, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisori; nel caso in cui il giudice dell'ottemperanza ritenga che il nuovo provvedimento emanato dall'amministrazione costituisca violazione ovvero elusione del giudicato, ne dichiara la nullità, con la conseguente improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della seconda domanda (quella cioè volta a sollecitare un giudizio sulla illegittimità dell'atto gravato); viceversa, in caso di rigetto della domanda di nullità, il giudice dispone la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione, ai sensi dell'art. 32, comma 2, c.p.a.» ed inoltre, «*ove ne sussistano i presupposti processuali, tale azione sia proposta non già entro il termine proprio dell'actio iudicati (dieci anni, ex art. 114, co. 1, cui rinvia l'art. 31, co. 4, cpa), bensì entro il termine di decadenza previsto dall'art. 41 cpa*»"[13]. La giurisprudenza rileva anche la possibilità di convertire *ex* art. 32 co. 2 c.p.a. un ricorso in ottemperanza in un giudizio avverso il silenzio, *ex* art. 31 e 117 c.p.a., nel caso in cui "il ricorso per ottemperanza sia esperito per l'ottemperanza a una sentenza di annullamento di diniego di concessione, che contenga anche un esplicito riferimento

[9] Cons. Stato, cit., *sub* 11.6.

[10] S. Franca, *La conversione dell'azione tra potere officioso e principio della domanda: dal criterio della continenza alla centralità della vicenda sostanzial*e, in *Dir. proc. amm.*, 1/2024, 148.

[11] V. per tutti Cons. Stato, Ad. pl. 15 gennaio 2013, n. 2, *sub* 4.

[12] Cons. Stato sez. IV, 30 agosto 2023, n. 8050, *sub* 12.

[13] Cons. Stato, cit., *sub* 12. Cfr. T.A.R. Lazio, sez. I - Roma, 25 agosto 2020, n. 9262.

alla necessità/obbligatorietà del Comune di pronunciarsi"[14].

L'art. 32, co. 2 c.p.a., pertanto, consente al giudice di disporre la conversione dell'azione in tutti i casi in cui sussista un rapporto di continenza tra le due domande, per cui la domanda "convertita" costituirebbe un *minus* rispetto alla domanda "da convertire", in quanto già implicitamente formulata[15]. Con riguardo, in particolare, alla convertibilità dell'azione di annullamento in un'azione di accertamento ai sensi dell'art. 34, comma 3 c.p.a., la giurisprudenza evidenzia la necessità di ravvisare anche un collegamento tra l'azione di accertamento e la domanda risarcitoria eventualmente formulata successivamente. A questo riguardo, l'Adunanza Plenaria, nella stessa sentenza n. 8/2022 evidenzia come secondo un orientamento minoritario, ai fini della conversione dell'azione di annullamento in una domanda di accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato ai sensi dell'art. 34, comma 3 c.p.a., sarebbe necessario che l'interessato alleghi i "presupposti della successiva domanda risarcitoria o, almeno, sarebbe necessario che sia comprovato sulla base di elementi concreti il danno ingiustamente subito […]"[16]. Di contro, secondo un orientamento maggioritario cui ha aderito anche l'Adunanza Plenaria con la sentenza del 13 luglio 2022, n. 8, l'art. 34, comma 3 c.p.a. deve intendersi nel senso che l'obbligo di accertare l'illegittimità dell'atto impugnato sussista in caso di espressa dichiarazione di interesse della parte ricorrente, non essendo necessaria l'allegazione degli elementi che dimostrino il danno concretamente subito[17]. Inoltre, con riguardo al rapporto tra la domanda di annullamento e la domanda risarcitoria si è rilevato che "se fosse stata proposta domanda di risarcimento in cumulo con la domanda di annullamento, il giudice, pur avendo accertato l'improcedibilità della domanda di annullamento, per il carattere autonomo della domanda risarcitoria, sarebbe comunque tenuto a pronunciarsi sulla stessa per il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato *ex* art. 112 c.p.a., incorrendo, altrimenti, nel vizio di omessa pronuncia. In tale ricostruzione, pertanto, la disposizione contenuta nell'art. 34, comma 3, c.p.a. sarebbe del tutto superflua; essa, invece, si rende necessaria proprio per l'assenza di rituale domanda risarcitoria che la parte ben potrebbe proporre successivamente in autonomo giudizio, una volta ottenuto dal giudice l'accertamento dell'illegittimità dell'azione amministrativa"[18].

Con riguardo al primo orientamento, l'Adunanza Plenaria del 13 luglio 2022, n. 8 rileva che la manifestazione di interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato in un giudizio in cui sia pendente una domanda risarcitoria si ponga in termini di contraddizione logica con quest'ultima, poiché mentre nel caso del sopravvenuto difetto di interesse alla pronuncia di annullamento, la pronuncia di accertamento rappresenta "una modifica in senso riduttti-

[14] T.A.R. Lazio, sez. I - Latina, 24 ottobre 2022, n. 825, massima *dejure.it*.

[15] Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2014, n. 3997, *sub* 5. Sul rapporto di continenza nel caso di conversione di domande v. anche Consiglio di Stato sez. V, 02 luglio 2020, n. 4253, Cons. Stato, sez. VI, 4 maggio 2018, n. 2651; Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 2015, n. 2979; Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2014, n. 3997.

[16] Cons. Stato, Ad. Pl., 13 luglio 2022, n. 8, *sub* 1. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 agosto 2017, *sub* 4.1.

[17] Sul rilievo dell'allegazione dei presupposti per la successiva proposizione dell'azione risarcitoria o comunque degli elementi concreti che comprovino il danno successivamente subito v. Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016 n. 1023.

[18] Cons. Stato, Sez. V, 29 gennaio 2020, n 727, *sub* 3.2.

vo di una domanda già proposta, quella di annullamento"[19], nel caso in cui penda un'azione di risarcimento del danno "l'accertamento mero si palesa inutile ed è assorbito da quello che deve svolgersi in sede di esame della domanda risarcitoria"[20]. A tali conclusioni, la giurisprudenza è pervenuta coordinando l'art. 34, comma 3, c.p.a. con la disciplina processuale dell'azione di risarcimento contenuta nel codice del processo amministrativo, ossia con l'art. 30, co 5 c.p.a.[21], che consente di proporre l'azione risarcitoria nel corso del giudizio o comunque, entro 120 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento. È quindi evidente che il termine ultimo di decadenza per la proposizione dell'azione risarcitoria, che si pone oltre la definizione del giudizio di annullamento, non consentirebbe di ammettere la conversione dell'azione di annullamento in un accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato se fossero allegati alla domanda di annullamento i presupposti che consentirebbero la proposizione di un'azione risarcitoria. Pertanto, "l'interesse risarcitorio ai fini di una pronuncia di accertamento di illegittimità dell'atto impugnato si correla al termine ultimo previsto dalla disposizione ora menzionata, in forza della quale è possibile promuovere giudizi in successione per ottenere quella «tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo» enunciata dall'art. 1 c.p.a. quale principio fondamentale della giurisdizione amministrativa. Nella cornice così definita, contraddistinta da un'ampia possibilità di scelta per il privato di modulare la propria strategia processuale a tutela dei suoi diritti ed interessi, la manifestazione dell'interesse risarcitorio ai fini dell'eventuale azione di risarcimento dei danni dell'atto originariamente impugnato, ma per il cui annullamento è venuto meno l'interesse nel corso del giudizio, consente al medesimo privato di ricavare dal giudizio di impugnazione un'utilità residua, impeditiva della pronuncia in rito *ex* art. 35, comma 1, lett. c), c.p.a., nella futura prospettiva di una tutela per equivalente monetario che il codice consente di fare valere […]"[22]. L'Adunanza Plenaria rileva, quindi, come anche da altre disposizioni del codice del processo amministrativo, ai fini della sussistenza di un interesse ai fini risarcitori posto a condizione della pronuncia di accertamento dall'art. 34, comma 3 c.p.a., emerga la sufficienza di una mera dichiarazione di interesse alla pronuncia risarcitoria – da rendersi nelle forme e nei termini previsti dall'art. 73 c.p.a., a garanzia del contraddittorio nei confronti delle altre parti – perché sorga l'obbligo per il giudice di accertare l'eventuale illegittimità dell'atto impugnato. Tra queste disposizioni, la giurisprudenza in esame evidenzia il rilievo del "l'art. 35, comma 1, lett. c), che prevede l'improcedibilità del ricorso «quando nel corso del giudizio sopravviene il difetto di interesse delle parti alla decisione», soggetta non solo all'eccezione di parte ma anche al rilievo officioso del giudice"[23] e dell' "art. 104, comma 1, che nell'enunciare il c.d. divieto dei *nova* in appello, per cui «non possono essere proposte nuove domande", precisa che resta «fermo quanto previsto dall'art. 34, comma 3»"[24]. Pertanto, osserva la giurisprudenza in esame, "dal punto di vista processuale il fenomeno è inquadrabile nel-

[19] Cons. Stato, Ad. Pl., 13 luglio 2022, n. 8, *sub* 22.
[20] Cons. Stato, cit., *sub* 21.
[21] *Ibidem*.
[22] Cons. Stato, cit., *sub* 16.
[23] Cons. Stato, cit., *sub* 9.
[24] *Ibidem*.

la c.d. *emendatio* della domanda, in senso riduttivo quanto al *petitum* immediato, non integrante un mutamento non consentito nell'ambito del principio della domanda, come evincibile dalla clausola di salvezza rispetto al c.d. divieto dei *nova* in appello previsto dall'art. 104, comma 1, c.p.a., sopra richiamato. A sua volta, la dichiarazione di interesse risarcitorio in funzione dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato mira a provocare una pronuncia che seppur non modificativa della realtà giuridica, come invece quella demolitoria di annullamento, verte comunque su un antecedente logico-giuridico dell'azione risarcitoria, per la quale è conseguentemente predicabile l'attitudine a divenire cosa giudicata in senso sostanziale ai sensi dell'art. 2909 del codice civile"[25]. Pertanto, rileva il Collegio nella sentenza in esame, "sulla base di quanto ora esposto si trae l'ulteriore corollario per cui l'accertamento richiesto è esattamente quello che il giudice avrebbe dovuto svolgere nell'esaminare nel merito la domanda di annullamento, donde […] la necessità di svolgere un'istruttoria laddove necessario, con la sola differenza che in caso positivo tale accertamento non va a costituire il presupposto per la pronuncia costitutiva di annullamento dell'atto impugnato, ma esaurisce il contenuto della pronuncia (di accertamento mero) con cui il giudizio è definito"[26]. Pertanto, la *ratio* sottesa all'art. 34, comma 3, c.p.a., che consente l'applicabilità della norma anche a fattispecie diverse da quella indicata e, perciò, anche in sede di giudizio di ottemperanza, non può che essere ravvisato nella previsione della possibilità di esperire un'azione di mero accertamento, che non si limita a momento logico propedeutico al giudizio sulle altre azioni di cognizione (di condanna e costitutiva), ma esaurisce in sé lo scopo del processo[27]. "Con la particolarità che qui l'incisione della situazione giuridica sostanziale non consiste nella condizione di incertezza, obiettiva e pregiudizievole, originata dalla contestazione di controparte, che si intende con l'azione di mero accertamento eliminare. L'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), piuttosto, è integrato dalla necessità di economizzare un giudizio già instauratosi (ma destinato a concludersi in rito, per via di sopravvenienze), deragliandone il percorso in funzione dell'accertamento di una parte (quella riferita alla illegittimità dell'atto) dei fatti costitutivi necessari ai fini dell'accoglimento della (eventuale) azione risarcitoria (in sostanza, dall'annullamento dell'atto si passa ad una sentenza generica su di una frazione dell' an della pretesa risarcitoria)"[28].

3. Brevi cenni sull'azione di nullità per violazione o elusione del giudicato come azione costitutiva e sua convertibilità in un'azione di accertamento.

Con riguardo al problema della conversione dell'azione di nullità per violazione o elusione del giudicato in una pronuncia di accertamento si ritiene utile richiamare l'art. 31, comma 4 c.p.a. che, disciplinando l'azione di nullità, dispone un regime giuridico diverso a seconda della singola fatti-

[25] Cons. Stato, cit., *sub* 18.
[26] Cons. Stato, cit., *sub* 19.
[27] T.A.R. Lombardia, sez. I – Milano, 24 ottobre 2013, n. 2367, *sub* III.1.
[28] *Ibidem*.

specie di nullità che, di volta in volta, è configurabile nel caso di specie. La letteratura pare concorde nel ritenere che la fattispecie di nullità per carenza assoluta di potere sia inquadrabile in un'ipotesi di nullità-inesistenza e, perciò, sia riconducibile alla giurisdizione del giudice ordinario[29]. Diversa, invece, è l'azione di nullità relativa ai casi di nullità testuale, per cui la previsione di un termine di decadenza di 180 giorni per la proposizione della domanda conduce a presumere che le fattispecie di nullità riconducibili al regime giuridico di cui all'art. 31, comma 4 c.p.a. siano quelle in cui l'atto nullo è idoneo a produrre conseguenze sul piano giuridico. Si è quindi affermato come la pronuncia di nullità di cui all'art. 31, comma 4 c.p.a. sia più propriamente da considerarsi come una sorta di "annullabilità rafforzata"[30] poiché, non essendo possibile, dopo la scadenza del termine, contestare la nullità del provvedimento, non sarebbe neppure possibile contestare che quel provvedimento, pur essendo invalido, continui ad esistere e a produrre effetti. A tale ricostruzione non osta la Costituzione, che all'art. 113, comma 3 Cost., nel disporre che *la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa*, sembra consentire al legislatore di prevedere conseguenze diverse dall'annullamento di teoria generale a fronte di un provvedimento illegittimo[31], purché sia garantita una tutela non inferiore rispetto a quella che sarebbe garantita dalla pronuncia di annullamento[32]. L'annullamento, pertanto, non è la conseguenza necessaria, ma una conseguenza possibile dell'"illegale" esercizio del potere, potendo il legislatore disporre anche una tutela risarcitoria o di nullità come sanzione dell'illegittimità. Decorso il termine di decadenza di 180 giorni, quindi, l'atto diventa inoppugnabile e i suoi effetti non possono più essere contestati. Con la conseguenza che quegli effetti esistono e, pertanto, l'azione di nullità in esame sembra avere una natura costitutiva.

[29] Consiglio di Stato sez. VI, 27/01/2012, n.372; T.A.R. Torino, (Piemonte) sez. I, 22/01/2015, n.137; T.A.R. Pescara, (Abruzzo) sez. I, 09/10/2013, n.473; T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 06/03/2013, n. 2432; Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 16/07/2019, n.674. In dottrina v. C.E. Gallo, *Sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1/2017, 57-58, rileva: "Nella gran parte delle ipotesi in cui si contesta la nullità del provvedimento per carenza di potere o per difetto di attribuzione la giurisdizione è del giudice ordinario perché il provvedimento asseritamente nullo è l'atto con il quale l'amministrazione si confronta con il cittadino, meglio incide sulla sua posizione giuridica: l'accertamento della nullità impedisce, perciò, la lesione (si pensi alla nullità del decreto di espropriazione, anche nel caso in cui la nullità dipenda da un vizio di un atto del procedimento, quale è la dichiarazione di pubblica utilità, che, però, ha l'effetto di privare di potere l'amministrazione in sede di adozione dell'atto ablativo)". Sulla nullità per violazione o elusione del giudicato v. R. Fusco, *Il sindacato giurisdizionale sulla riedizione del potere amministrativo a seguito del giudicato*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2024, 67-109.

[30] Configura la "declaratoria" di nullità sottoposta al termine di decadenza di 180 giorni come "annullabilità rafforzata" B. Sassani, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.,* 2011, 275 s. Rileva D. Corletto, *Sulla nullità degli atti amministrativi*, in *giustamm.it*.: "Se l'atto amministrativo è lo strumento principale della concreta azione pubblica, se esso è, tanto per non mascherare la sostanza, la manifestazione del potere di comando e di controllo si di una società, è essenziale che sia efficace, che raggiunga i suoi scopi, e in sostanzia che sia obbedito. Le esigenze della effettività del potere pubblico, fino a che si vuole che un potere pubblico vi sia, sono evidentemente incompatibili con un regime di inefficacia radicale degli atti, tale da autorizzare la disobbedienza al provvedimento, la piena irrilevanza di questo. Il regime della nullità, per essere compatibile, o anche solo pensabile con riferimento agli atti del potere pubblico, non può configurarsi quindi altrimenti che ammettendo che l'atto sia comunque per l'intanto efficace, se può e riesce ad esserlo, fino a che la nullità non viene dichiarata o accertata. Sotto questo aspetto (efficacia fino a contraria dichiarazione) il regime della nullità non può ragionevolmente differire da quello della annullabilità".

[31] F. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm*., 2/2008, 342-350.

[32] F. Volpe, *ult. op. cit.*, 346-348.

Lo stesso art. 34, comma 4 c.p.a. dispone, infine, che tale regime giuridico non si applica alle nullità di cui all'art. 114, comma 4, lettera b, ossia ai casi di nullità per violazione o elusione del giudicato, per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV. Sembra opportuno chiarire, a questo punto, se l'azione di nullità per violazione o elusione del giudicato abbia, anch'essa, una natura costitutiva oppure meramente dichiarativa poiché, se fosse configurabile una natura dichiarativa, si presenterebbero alcune criticità con riguardo alla possibilità di individuare il criterio della continenza – per cui sarebbe possibile convertire un'azione in un'altra solo entro una logica "riduttiva"[33] – come riferimento per applicare l'istituto della conversione. Infatti, già altri hanno dubitato della continenza come criterio utile a individuare i presupposti della conversione[34]. Tale criterio "si rivela ancor più critico nel caso della conversione reciproca tra giudizio di ottemperanza e giudizio ordinario, poiché consente la conversione in via unidirezionale, dall'azione di nullità a quella di annullamento e nel caso dell'implicita conversione dell'azione di annullamento in annullamento *ex nunc*, posto che la continenza pare giustificare la mutilazione dell'azione di annullamento"[35]. La dottrina in esame, pertanto, rileva la necessità di una maggiore valorizzazione della vicenda sostanziale rispetto alla conversione, "restituendo centralità […] alle allegazioni delle parti e, dunque, al generale principio della domanda"[36]. Perciò, "si potrebbe anche dire […] che si realizza un'ulteriore ipotesi di «continenza», atteso che le domande convertite devono essere «contenute» nelle allegazioni delle parti: si tratterebbe, dunque, di una continenza differente, non basata su indici quantitativi, ma fondata sulla centralità della vicenda sostanziale prospettata dal ricorrente e dettagliata nel contraddittorio fra le parti"[37].

Tuttavia, l'applicazione del criterio della continenza, così come elaborato dalla giurisprudenza maggioritaria, nel caso di conversione dell'azione di nullità per violazione o elusione del giudicato in un'azione di accertamento non sembra comportare particolari problemi. Infatti, non dissimilmente dai casi di nullità testuale pare che anche l'atto adottato in violazione o elusione del giudicato, in mancanza di impugnazione nel termine di prescrizione decennale, continui ad esistere e ad avere la forza necessaria per modificare la realtà giuridica sostanziale preesistente[38]. Infatti, tale atto non può che avere la stessa forza che aveva l'atto emanato in prima battuta dall'Amministrazione, prima della sua impugnazione e della formazione del giudicato. Tuttavia, mentre, nel giudizio di cognizione, all'illegittimità dell'atto segue il suo annullamento, alla reiterata violazione della medesima norma che regola l'esercizio del potere l'ordinamento riconduce la nullità per violazione o elusione del giudicato, dal momento che il ricorso per l'ottemperanza rappresenta un mezzo di coercizione più incisivo rispetto a

[33] S. Franca, *La conversione dell'azione tra potere officioso e principio della domanda: dal criterio della continenza alla centralità della vicenda sostanziale*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2024, 151.

[34] S. Franca, *ult. op. cit.*, 153-169.

[35] S. Franca, *ult. op. cit.*, 177.

[36] *Ibidem*.

[37] S. Franca, *ult. op. cit.*, 178.

[38] Rileva come nell'atto adottato in violazione o elusione del giudicato sia configurabile una "violazione del dovere di esercitare il potere secondo la disciplina del caso data dal giudicato" D. Corletto, *Sulla nullità, cit.* Sulla nullità per violazione o elusione del giudicato v. anche M. D'Orsogna, *Violazione ed elusione del giudicato nella nuova disciplina delle nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *giustamm.it*.

quello offerto nell'ordinario giudizio di legittimità[39], in quanto strumentale al pieno soddisfacimento della stessa tutela di legittimità[40].

4. Conclusioni.

Se, pertanto, la pronuncia di nullità per violazione o elusione del giudicato concretizza una sentenza costitutiva, il cui presupposto logico necessario è l'accertamento della violazione della medesima norma d'azione accertata nel giudizio di cognizione, sembra potersi ritenere che non dissimilmente dai casi di annullabilità del provvedimento per i quali è ammessa la conversione dell'azione costitutiva in un'azione di accertamento se sussiste un interesse ai fini risarcitori, anche nei casi di nullità di cui alla sentenza in commento possa applicarsi l'art. 34, comma 3 c.p.a. Come la pronuncia costitutiva di annullamento, infatti, sembra che anche la sentenza di nullità per violazione o elusione del giudicato possa scindersi in un effetto dichiarativo, coperto dal giudicato, e un effetto costitutivo. Sicché, nel caso in cui venga meno l'interesse alla pronuncia costitutiva, il giudice possa limitarsi a accertare l'illegittimità del provvedimento per violazione o elusione del giudicato, che funge, a sua volta, da presupposto per la condanna al risarcimento del danno per equivalente.

Le ragioni che giustificano una interpretazione estensiva dell'art. 34, comma 3 c.p.a. sembrano potersi ricondurre non solo a elementi di carattere strutturale della tutela di nullità di cui all'art. 114, comma 4, lettera b c.p.a., ma anche, come rilevato dalla sentenza in commento, all'esigenza di garantire una tutela piena e effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo così come recepiti dall'art. 1 c.p.a. La conversione dell'azione di nullità in un'azione di accertamento, infatti, consente di garantire una tutela per equivalente laddove la tutela in forma specifica, in sede di giudizio di ottemperanza[41], non sia più possibile. Tale tutela per equivalente, peraltro, oltre a essere un riflesso delle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 1 c.p.a., è esplicitamente garantita dall'art. 112, comma 3, c.p.a., per cui *può essere proposta, anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza […] azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione*. Il ricorrente vittorioso, tuttavia, potrebbe esperire suddetta tutela risarcitoria per equivalente anche successivamente alla "declaratoria" di nullità per violazione del giudicato in forza dell'art. 30, comma 5 c.p.a. L'art. 30, comma 5 c.p.a., infatti, sebbene disponga che l'azione risarcitoria può essere proposta sino a 120 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento, sembra applicabile anche nel giudizio reso in sede di ottemperanza se si considera che il regime giuridico dell'azione di condanna di cui all'art. 30 c.p.a. vale anche per i casi di giurisdizione esclusiva, cui sembra rientrare anche il giudizio di

[39] F. Volpe, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 534.

[40] F. Volpe, *ult. op. cit.*, 533.

[41] Rileva come il giudizio di ottemperanza sia uno "strumento volto a garantire l'effettività della tutela costitutiva di annullamento erogata in fase di accertamento dal giudice amministrativo" F. Francario, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 4/2016, 1033.

ottemperanza (che tutela il diritto di pretendere dall'Amministrazione la prestazione dovuta) giacché la tassatività dei casi di giurisdizione esclusiva, non esclude che si possa riconoscere i caratteri di tale giurisdizione in fattispecie già pienamente regolate dalla legge[42].

Stefania Florian

[42] S. Giacchetti, *Un nuovo abito per il giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, I, 1979, 2623.

6. Elenco Istat delle P.A. e giurisdizione amministrativa

La giurisdizione amministrativa sull'impugnazione dell'elenco Istat delle pubbliche amministrazioni (nota a Cass. Sez. Un. 25 novembre 2024, n. 30220)

Sommario: 1. L'antefatto: la limitazione della giurisdizione contabile sull'elenco Istat delle p.a. "ai soli fini della normativa di spending review". – **2.** Il fatto: il ricorso dinanzi alla Corte dei conti e le questioni di giurisdizione ivi sollevate. – **3.** Il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice contabile secondo le Sezioni Unite della Corte di cassazione. – **4.** Considerazioni conclusive.

1. L'antefatto: la limitazione della giurisdizione contabile sull'elenco Istat delle p.a. "ai soli fini della normativa di spending review".

Ai sensi del vigente art. 11 comma 6 lett. b) del c.g.c., come novellato dall'art. 23 *quater* comma 2 del d.l. n. 137/2020 convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176[1], la Corte dei conti a sezioni riunite in speciale composizione ha giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica in materia di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata dall'ISTAT "*ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica*".

Si rammenta che l'ISTAT provvede annualmente[2], ai sensi del Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea (SEC 2010) di cui al regolamento

[1] Decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137 recante "Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19" convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176 (in S.O. n. 43, relativo alla G.U. 24/12/2020, n. 319). Per un commento all'art. 23-*quater* del d.l. 137/2020 si v. C. Russo, *Annotazioni a margine dell'art. 23 quater D.L. 137/2020 alla luce della rilevanza generale e sistematica dell'elenco Istat*, in *Rass. Gen. Avv. dello Stato*, 2021, 1 ss. Sia anche consentito rinviare a S. Caldarelli, *Elenco Istat delle PA e giurisdizione della Corte dei Conti: i confini soggettivi della finanza pubblica alla luce delle misure connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19,* in *Territori e istituzioni. Problemi e prospettive nel tempo della Ripartenza*, a cura di G. Colombini - M. D'Orsogna e L. Giani, Napoli, 2023, 389 ss.

[2] Nel nostro ordinamento l'art. 1 della legge n.196/2009 ha disciplinato la ricognizione delle amministrazioni pubbliche che rientrano nel conto economico consolidato affidando all'Istat il relativo compito, che vi provvede tramite un proprio atto pubblicato ogni anno in Gazzetta Ufficiale entro il 30 settembre (c.d. "elenco Istat")

(UE) n. 549/2013[3], alla redazione di un elenco delle pubbliche amministrazioni (c.d. elenco ISTAT) i cui bilanci concorrono alla formazione del conto economico consolidato. La ricognizione dei soggetti rientranti nel perimetro delle p.a. avviene in base ai criteri economici e statistici previsti dal citato Regolamento 549/2013 Ue (Sec 2010) e comporta l'inclusione nell'elenco non solo dei soggetti formalmente pubblici, ma anche di quelli che, sebbene abbiano la veste giuridica formale di soggetti di diritto privato, debbano essere ascritti – sulla scorta dei criteri classificatori previsti nel regolamento europeo – nel settore delle pubbliche amministrazioni[4].

La mera collocazione all'interno dell'elenco Istat (considerata la sua funzione meramente statistica) non comporterebbe di per sé alcun effetto lesivo; è piuttosto l'utilizzazione da parte del legislatore nazionale di quell'elenco (in sé neutrale) quale perimetro applicativo di norme diverse (ossia quelle in materia di spending review nonché in materia di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito) da quelle meramente statistiche o di controllo da parte dell'Unione europea del rispetto dei vincoli di bilancio imposti allo Stato, ad essere alla base della sua lesività e del conseguente contenzioso sull'esatta collocazione, nel settore della finanza pubblica, di soggetti formalmente privati all'interno della categoria delle amministrazioni pubbliche[5].

[3] Il sistema europeo dei conti nazionali e regionali è disciplinato dal Regolamento 549/2013/UE, pubblicato il 26 giugno 2013 e operativo dal 1° settembre 2014 ("Sec 2010"). Il sistema europeo dei conti (Sec) è definito all'art. 1, par. 1 del Regolamento n. 549/2013 come un sistema contabile comparabile a livello internazionale, che descrive in maniera sistematica e dettagliata il complesso di una economia. La funzione del Sec è essenzialmente di natura statistica, ossia quella di documentare la realtà economica prescindendo dalla forma giuridica: difatti, i criteri per la sussunzione di un soggetto nel settore delle pubbliche amministrazioni ai sensi del sistema europeo dei conti hanno natura sostanziale di parametri economici e monetari, in ragione dei quali anche soggetti formalmente privati – secondo le qualificazioni dell'ordinamento nazionale – possono essere configurati come pubblici ai fini dell'inserimento nel conto economico consolidato In dottrina, cfr. S. Del Gatto, *Sistema "Sec 95" ed elenco Istat. Sull'incerto confine della sfera pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 960 ss.; M. Di Lullo, *Soggetti privati "pubbliche amministrazioni" ai sensi delle norme di contabilità e finanza pubblica*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, 3579 ss.; M. Luciani, *Indagine conoscitiva delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Bilancio, seduta di lunedì 17 ottobre 2011, resoconto stenografico, in www.camera.it,* 25 ss.

[4] I criteri classificatori del regolamento europeo non si basano su criteri giuridici, quanto, piuttosto, sull'effettivo comportamento economico degli operatori, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica e dalla loro veste formale. Ciò che appare dirimente ai fini qualificatori è, difatti, l'accertamento della "*capacità di determinarsi autonomamente*" da parte dell'ente, che va valutata con le specifiche modalità prescritte dalla disposizione che la prevede, e cioè "*lungo le linee definite dagli altri indicatori*", e con riferimento ad un criterio economico e non strettamente giuridico, come espressamente dispone il par. 2.02, secondo cui "*Le unità e gli insiemi di unità da prendere in considerazione nell'ambito della contabilità nazionale sono definiti in relazione al tipo di analisi economica a cui sono destinati e non in termini di unità abitualmente utilizzate per effettuare le rilevazioni statistiche*".

[5] Nel nostro ordinamento, per scelta del legislatore nazionale, i criteri definitori contenuti nel Sec 2010 hanno assunto un valore del tutto peculiare, da ultimo influenzando la nozione costituzionale di pubbliche amministrazioni: il comma 6 dell'art. 81 Cost., al fine di individuare i soggetti astretti dall'obbligo di rispetto della normativa europea in materia di finanza pubblica, utilizza la locuzione "*complesso delle pubbliche amministrazioni*", rimettendone la puntuale definizione alla legge di attuazione approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei princìpi definiti con legge costituzionale; l'art. 2 lett. a) della legge n.243/2012 (legge rinforzata di attuazione del comma 6 dell'art. 81 comma 6 Cost.), prevede che "*si intendono: per «amministrazioni pubbliche» gli enti individuati con le procedure e gli atti previsti, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, dalla normativa in materia di contabilità e finanza pubblica, articolati nei sottosettori delle amministrazioni centrali, delle amministrazioni locali e degli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale*" e precisa che" *Per conto economico consolidato*" si intende "*il conto economico consolidato delle amministrazioni pubbliche formato dagli aggregati contabili delle entrate e delle spese di tali amministrazioni, classificati in conformità alle modalità stabilite dall'ordinamento dell'Unione europea*". Seppur non in via diretta l'art. 2 lett. a) della legge n.243/2012, si riferisce all'art. 1 della legge n.196/2009 che disciplina, a sua volta, conformemente alle previsioni sovranazionali, la ricognizione annuale ad opera dell'Istat delle amministrazioni pubbliche che rientrano nel conto

In una prima fase, si è sostenuto che la predisposizione annuale dell'elenco delle p.a. da parte dell'Istat avesse natura provvedimentale di "accertamento costitutivo" (con margini di discrezionalità tecnica) della qualità di amministrazioni pubbliche[6] e che i peculiari effetti giuridici derivanti da una simile qualità (segnatamente la sottoposizione alle norme sul contenimento della spesa pubblica), se ritenuti lesivi della posizione vantata dal privato, in quanto meritevoli di tutela in sede giurisdizionale, avrebbero legittimato l'azione impugnatoria dinanzi al giudice amministrativo, nell'ambito della sua giurisdizione generale di legittimità *ex* art. 7 c.p.a.

Con il comma 169 dell'art.1 della legge 2012, n.228, il legislatore è intervenuto attribuendo la cognizione giurisdizionale su tale materia a favore della Corte dei Conti: si è difatti stabilito che "*avverso gli atti di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata annualmente dall'ISTAT ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, è ammesso ricorso alle Sezioni riunite della Corte dei conti, in speciale composizione, ai sensi dell'articolo 103, secondo comma, della Costituzione*", nonché all'art. 11 comma 6 lett. b) del CGC che "*Le sezioni riunite in speciale composizione, nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica, decidono in unico grado sui giudizi: b) in materia di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata dall'ISTAT*". Il presupposto implicito della disposizione è che essa interveniva per modificare un sistema di tutela giurisdizionale comunque assicurato dell'ordinamento, semplicisticamente individuato (in origine) nella giurisdizione amministrativa; il richiamo all'art. 103 comma 2 Cost., ai sensi del quale la Corte dei Conti ha "*giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica ed in quelle individuate dalla legge*", si è reso, invece, necessario ai fini della esatta collocazione costituzionale della garanzia giurisdizionale apprestata, così riconoscendosi l'attinenza alle "*materie di contabilità pubblica*" delle questioni concernenti l'elenco delle amministrazioni pubbliche tenuto dall'Istat.

Da ultimo, l'art. 23-*quater* comma 2 del d.l. n. 137/2020 ha novellato l'art. 11 comma 6 lett. b) del Codice di Giustizia contabile, tramite l'aggiunta dopo le parole: *"operata dall'ISTAT"* delle seguenti: "*, ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica*"[7]. Attraverso la novella normativa, i poteri della Corte dei Conti sezioni riunite

economico consolidato. Per approfondimenti sulla nozione di pubblica amministrazione nel settore della finanza pubbliche e sul relativo contenzioso, sia consentito rinviare a S. Caldarelli, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni*, in *L'Unità del Diritto* n. 29, Roma, 2020, in particolare Cap. II, Sez. II e III, 148 ss.

[6] Cons. St., Sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5617.

[7] L'art. 23-*quater* del citato d.l. n. 137/2020 si compone di due commi: il primo avente portata (almeno apparentemente) sostanziale (nel senso di definizione di uno status e del relativo regime giuridico) là dove prevede che "*1. Agli enti indicati nell'elenco 1 annesso al presente decreto, in quanto unità che, secondo criteri stabiliti dal Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea (SEC 2010), di cui al regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, concorrono alla determinazione dei saldi di finanza pubblica del conto economico consolidato delle amministrazioni pubbliche, si applicano in ogni caso le disposizioni in materia di equilibrio dei bilanci e sostenibilità del debito delle amministrazioni pubbliche, ai sensi e per gli effetti degli articoli 3 e 4 della legge 24 dicembre 2012, n. 243, nonché quelle in materia di obblighi di comunicazione dei dati e delle informazioni rilevanti in materia di finanza pubblica*"; il secondo comma, invece, avente portata processuale, segnatamente attinente ai limiti della giurisdizione contabile nelle controversie sulla ricognizione annuale operata dall'Istat delle pubbliche amministrazioni da inserire nel conto economico consolidato.

in speciale composizione nell'esercizio della "giurisdizione esclusiva"[8] in materia di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata dall'ISTAT, sono stati limitati alla sola applicazione della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica, così escludendo che l'accertamento giurisdizionale da essa operato della insussistenza, con riferimento ad un dato soggetto, dei criteri stabiliti dal Sec2010, possa incidere sulla consistenza formale e sostanziale dell'Elenco Istat delle PA (in altri termini, l'accertamento giurisdizionale non incide sulla status di PA, ma soltanto sull'applicazione della normativa di spending review) e sull'obbligo di rispetto delle altre previsioni normative a cui sono astretti i soggetti ivi inclusi (tra cui le disposizioni di derivazione europea in materia di equilibrio dei bilanci e sostenibilità del debito delle amministrazioni pubbliche, di cui agli artt. 81 e 97 Cost., nonché articoli 3 e 4 della legge 24 dicembre 2012, n. 243 e disposizioni in materia di obblighi di comunicazione dei dati e delle informazioni rilevanti in materia di finanza pubblica[9]).

Da ciò è scaturito il problema dell'effettiva tutela degli enti inseriti nel predetto elenco aventi interesse all'espunzione dallo stesso ovvero dell'esistenza di una giurisdizione, diversa da quella contabile (ossia quella amministrativa), competente ad annullare *in parte qua* il relativo elenco.

2. Il fatto: il ricorso dinanzi alla Corte dei conti e le questioni di giurisdizione ivi sollevate.

La Società Autostrade del Brennero SpA presentava ricorso dinanzi alla Corte dei conti per ottenere, nei confronti dell'Istat, l'accertamento e la declaratoria di non applicazione nei suoi confronti della disciplina nazionale sul contenimento della spesa pubblica ai sensi dell'art. 11 c.g.c. e comunque della insussistenza dei presupposti per la sua qualificazione come "amministrazione pubblica" in violazione dell'art. 1 comma 3 della legge 31 dicembre 2009, n. 196 e della disciplina europea di cui al regolamento 549/2013/UE; inoltre, chiedeva l'annullamento dell'elenco Istat nella parte in cui aveva inserito la predetta società tra le amministrazioni ivi rientranti. La ricorrente sollevava altresì la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23-*quater* del d.l. n. 137/2020, per aver limitato la giurisdizione della Corte dei conti in materia di elenco Istat ai soli effetti della disciplina nazionale in materia di spending review, escludendo la possibilità di incidere sulla validità dell'atto (mediante il suo annullamento in

[8] La locuzione "giurisdizione esclusiva" è utilizzata dal legislatore: si veda in tal senso, art. 11 comma 6 del Codice di giustizia contabile che, sotto questo profilo, non è stato modificato per effetto dell'art. 23-*quater* comma 2 del d.l. n. 137/2020.

[9] Le ragioni di tale intervento normativo sono ricavabili dalla lettura dei lavori preparatori: lo scopo è quello di preservare l'integrità dell'elenco Istat dalla decisioni di accoglimento delle domande giudiziali e annullamento in parte qua dell'elenco, sul rilievo che "*l'esclusione dal conto economico consolidato di specifiche unità per le quali vi è stato un giudizio in tal senso della Corte dei Conti, ma che Eurostat, in accordo con ISTAT, considera dal punto di vista statistico appartenenti al perimetro delle amministrazioni pubbliche, comporterebbe l'immediata apposizione da parte di Eurostat di una riserva sulla qualità delle statistiche di finanza pubblica con evidenti conseguenze negative per il Paese. Gli esoneri prodotti dalle sentenze, per quanto sopra evidenziato, hanno impatto negativo sui saldi di finanza pubblica, atteso che le entrate e le spese degli enti continueranno ad essere consolidate nel conto della pubblica amministrazione*": cfr., Relazione governativa al disegno di legge di conversione del d.l. n. 154/2020, che aveva originariamente introdotto la norma poi tradotta nell'art. 23 quater del d.l. 137/2020.

parte qua) ovvero vincolare l'Istat alla sua modifica, attribuendo – in ipotesi – alla concorrente giurisdizione amministrativa la verifica della legittimità dell'inclusione nell'elenco, per violazione dell'art. 103 comma 2 Cost. che riconoscerebbe alla Corte dei conti giurisdizione esclusiva sulle controversie di cui trattasi in quanto afferenti alla materia della "contabilità pubblica".

Nelle more del giudizio, la CGUE con la sentenza della Prima Sezione, 13 luglio 2023, Cause riunite C-363/21 e C-364/21, *Ferrovienord e Federazione Italiana Triathlon*, resa all'esito del rinvio pregiudiziale disposto con due ordinanze della Corte dei Conti, Sezioni Riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione, ossia la n. 5/2021/RIS del 3 giugno 2021 e la n. 6/2021/RIS del 10 giugno 2021[10], si pronunciava sulla compatibilità europea dell'art. 23 quater del d.l. n. 137/2020, escludendo che il quadro normativo sovranazionale di riferimento osti ad una normativa nazionale che limiti la competenza del giudice contabile a statuire sulla fondatezza dell'iscrizione di un ente nell'elenco delle amministrazioni pubbliche purché, tuttavia, siano garantiti l'effetto utile dei regolamenti e della direttiva summenzionati nonché la tutela giurisdizionale effettiva imposta dal diritto dell'Unione.

Secondo il giudice europeo, in adesione al noto principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro disciplinare le modalità procedurali dei mezzi di ricorso nel rispetto dei principi di equivalenza e effettività[11]. La Cgue, ha tuttavia indicato precisi criteri e parametri a cui il giudice nazionale deve attenersi al fine di verificare se l'art. 23-*quater* rispetti i limiti della equivalenza e dell'effettività, precisando che per il diritto dell'Unione europea l'esistenza di una doppia giurisdizione (contabile e amministrativa) non potrebbe ritenersi in contrasto con il diritto alla effettività della tutela giurisdizionale[12], purché un ente che contesti la decisione di qualificazione adottata nei suoi confronti possa limitarsi a proporre un unico ricorso per veder esaminata la propria domanda

[10] Corte dei Conti, Sez. Riun., sede giur., spec. comp., ordinanze nn. 5/2021/RIS del 3 giugno 2021 e 6/2021/RIS del 10 giugno 2021. A tali ordinanze di rinvio pregiudiziale alla CGUE, sono susseguite plurime sospensioni improprie dei giudizi avverso l'atto di ricognizione delle PA adottato dall'Istat nel 2020, dopo l'entrata in vigore dell'art. 23-*quater* del D.L. 137/2020, in attesa della risoluzione della questione interpretativa sottoposta al giudice europeo. Per un commento all'Ordinanza n. 5/2021 cit., si v. E. Tomassini, *Alla Corte di giustizia l'interpretazione della norma che ha limitato la giurisdizione delle Sezioni riunite della Corte dei conti in materia di inserimento nell'elenco Istat*, in *Riv. Corte Conti*, 2021, 3, 191 ss.

[11] Si v. l'art. 19 par. 1 del TUE, ai sensi del quale "*La Corte di giustizia dell'Unione europea (….) assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati*" mentre *"Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*" e l'art. 4 par. 3 del TFUE, secondo cui "*Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione.*". Il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri è stato declinato per la prima volta dalla Corte di Giustizia nel 1976 e, successivamente, costantemente ribadito nella propria giurisprudenza: cfr. sentenza 16 dicembre 33/76, Rewe, punto 5 secondo cui "*in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziaria intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta*". In dottrina, sull'autonomia procedurale degli Stati membri, si rinvia all'approfondita ricostruzione di D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea. Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata,* Torino, 2009. Più di recente, si v. anche S. Civitarese Matteucci e G. Gardini, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile,* in *Dir. pubbl.*, 2013; G. Greco, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1 ss.

[12] Cgue, Prima Sezione, 13 luglio 2023, Cause riunite C-363/21 e C-364/21, *Ferrovienord e Federazione Italiana Triathlon*, par. 95.

(c.d. autosufficienza del ricorso)[13]; viceversa, qualora il giudice nazionale dovesse ritenere che la novella legislativa "*determina l'assenza di qualsiasi controllo giurisdizionale delle decisioni dell'ISTAT relative all'iscrizione di enti nel settore delle amministrazioni pubbliche, come definito nel regolamento n. 549/2013, bisognerebbe in tal caso considerare che tale disposizione rende impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del suddetto regolamento e, pertanto, non permette di garantire l'effetto utile della direttiva 2011/85. Infatti, in una simile ipotesi, detti enti non potrebbero adire alcun giudice ai fini del controllo delle misure adottate dall'ISTAT in applicazione del regolamento di cui sopra*[14]".

Alla luce della intervenuta sentenza del Giudice europeo, la Corte dei conti – nel ricorso promosso dalla Società Autostrade del Brennero –, si pronunciava con sentenza non definitiva n. 17 del 2023[15] ed, utilizzando gli spazi interpretativi lasciati aperti dal giudice europeo, disapplicava l'art. 23-*quater* comma 2 per contrasto con il diritto UE, accedendo alla tesi interpretativa secondo cui per effetto di tale previsione normativa si sarebbe determinato un irriducibile vuoto di tutela. Secondo il Giudice contabile l'art. 23-*quater* del d.l. n. 137/2020 non avrebbe introdotto peculiari riparti di giurisdizione in base al tipo di tutela richiesta, poiché sulla stessa materia la giurisdizione del giudice contabile è rimasta "esclusiva" (art. 11, co., 6 c.g.c.). L'effetto innovativo dell'art. 23-*quater*, dunque, non riguarderebbe l'*an* della giurisdizione, ma il *quomodo* avendo il legislatore ridefinito l'oggetto della tutela attraverso la limitazione dei "fini" (cioè degli effetti) della giurisdizione contabile, così escludendo la disponibilità di mezzi di tutela, quali l'annullamento (produttivo di effetti erga omnes) o la disapplicazione a garanzia di altri effetti/fini, tra cui, quelli del diritto Ue. Inoltre, si è rilevato che sul piano costituzionale, ai sensi degli artt. 103 e 100 Cost., la giurisdizione in materie di contabilità pubblica, ed in particolare sul bilancio, competerebbe alla giurisdizione "generale" della Corte dei conti mentre, viceversa, non esisterebbe una giurisdizione generale dell'autorità giurisdizionale amministrativa per l'annullamento degli atti.

Sulla scorta delle argomentazioni sopra sintetizzate, le Sezioni riunite escludevano *la giurisdizione generale e residuale per l'annullamento degli atti amministrativi a favore del G.A.* sulle controversie di cui trattasi e, di conseguenza, disapplicato *l'art. 23-quater del d.l. n. 137/2020* in base alla sentenza CGUE, Prima Sezione, Cause riunite C-363/21 e C-364/21, Ferrovienord e Federazione Italiana Triathlon, affermavano la propria giurisdizione piena ed effettiva sulla materia *ai sensi del depurato art. 11, co. 6, c.g.c.*

3. Il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice contabile secondo le Sezioni Unite della Corte di cassazione.

Avverso la sentenza n.17/2023 della Corte dei conti, il Ministero dell'economia e delle finanze e l'Istat proponevano ricorso in cassazione deducendo un unico motivo di

[13] *Ivi* par. 98.
[14] *Ivi* par. 94.
[15] Corte dei conti, sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione, 19 ottobre 2023, n.17/2023/RIS. Per un commento, si v. S. Florian, *Sull'ammissibilità di una doppia giurisdizione speciale in materia di ricognizione delle Amministrazioni pubbliche operata dall'ISTAT (nota a Corte dei conti, sez. riunite, 19 ottobre2023, n.17),* in questa *Rivista*, 18 luglio 2024.

impugnazione, ossia la violazione dell'art. 7 c.p.a. e dell'art. 11 del c.g.c., per aver ritenuto la Corte dei conti ricompresa nella sua giurisdizione la competenza ad annullare l'elenco Istat. In altri termini, secondo le amministrazioni ricorrenti, contrariamente a quanto affermato dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti, per effetto della limitazione della sua giurisdizione nella materia dell'elenco Istat – introdotta con l'art. 23-*quater* del d.l. n. 137/2020 – "*ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica*", dovrebbe ritenersi sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo per gli ulteriori profili. Non si delineerebbe pertanto alcun vuoto di tutela (tale da determinare il contrasto del sistema giurisdizionale nazionale con la normativa europea), stante la possibilità per l'ente leso dall'inclusione nell'elenco Istat, di esperire l'azione di annullamento in parte qua dinanzi al Giudice amministrativo nell'ambito della sua giurisdizione generale di legittimità[16].

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con la sentenza del 25 novembre 2024, n. 30220, pur avendo dichiarato inammissibile il ricorso ai sensi dell'art. 360 comma 3 c.p.c. in ragione della natura non definitiva della sentenza impugnata (vertente solo sulla questione di giurisdizione), hanno affrontato *funditus* il riparto di giurisdizione tra giudice contabile e giudice amministrativo nella specifica materia dell'impugnazione dell'elenco Istat delle PA ritenendo sussistenti i presupposti per l'enunciazione del principio di diritto *ex* art. 363 c.p.c.: nella sentenza in commento, la Corte ha accolto un'opzione interpretativa dell'art. 23 *quater* comma 2 del d.l. n. 137/2020 alternativa e diversa rispetto a quella fatta propria dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti, affermando che, per effetto della limitazione della giurisdizione contabile nelle controversie relative all'elenco Istat "*ai soli fini dell'applicazione della normativa sul contenimento della spesa pubblica*", non si è creato alcun vuoto di tutela, essendo rimessa alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, quale giudice naturale delle controversie in cui vengono in rilievo interessi legittimi, la tutela avverso l'impugnazione dell'elenco Istat.

Una simile conclusione è stata raggiunta dalle Sezioni Unite in base a due fondamentali argomenti: il primo, è che l'inclusione nell'elenco Istat avrebbe natura provvedimentale, cui si contrapporrebbe, in capo agli enti coinvolti, una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo, con conseguente naturale giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 7 c.p.a.; il secondo, è che la "riserva di giurisdizione" in favore della Corte dei conti di cui all'art. 103 comma 2 Cost., non sarebbe tale da escludere la competenza generale e residuale del giudice amministrativo, incontrando il limite funzionale della *interpositio legislatoris*.

Ne deriverebbe che, a fronte della contrazione dell'ambito di giurisdizione contabile (limitata alla sola disciplina nazionale sul contenimento della spesa pubblica), dovrebbe ritenersi "riespansa" la giurisdizione del giudice amministrativo chiamato, nell'ambito della sua giurisdizione generale di legittimità, ad operare il vaglio della legit-

[16] Cfr. Corte Cass. Sez. Un., n. 3220/2024 cit., punto 7 dei Considerato in cui si legge che la questione controversa "*si incentra sull'esistenza o validità di un riparto di giurisdizione tra la Corte dei conti e il giudice amministrativo ai sensi dell'art. 23 quater d.l. 137/2020 in relazione all'impugnazione dell'elenco delle amministrazioni pubbliche da inserire nel conto economico consolidato, redatto dall'Istat in attuazione della disciplina eurounitaria contenuta nel SEC 2010 (Sistema dei conti economici integrati), previsto e regolato dal reg. n. 549/2013/UE ed inserito nella cornice normativa delineata da una pluralità di atti unionali (in specie, la direttiva 85/2011/UE e il reg. n.473/2013/UE*".

timità dell'azione amministrativa e la tutela degli interessi legittimi alla luce degli usuali vizi del provvedimento. La riespansione della giurisdizione del giudice amministrativo porterebbe altresì ad escludere la possibile lesione dell'autosufficienza del ricorso (rilevante come violazione dell'effettività della tutela secondo la giurisprudenza della Cgue): ciò in quanto, la tutela di annullamento è attribuita al solo giudice amministrativo, con la conseguente autosufficienza del ricorso, senza necessità di duplicazione dello stesso dinanzi alla Corte dei conti.

Sempre secondo la Corte, una simile soluzione non porrebbe il rischio di un contrasto tra giudicati in quanto la giurisdizione contabile avrebbe "*un oggetto differente (…) rispetto alla disciplina eurounionale*", né potrebbe rinvenirsi un contrasto con la Costituzione (artt. 100 e 103) in quanto "*non viene in rilievo una attribuzione necessaria del giudice contabile, ma una determinazione il cui ambito può essere disegnato, in concreto dal legislatore*".

4. Considerazioni conclusive.

La decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione sollecita alcune riflessioni in relazione alla ricostruzione del "criterio" di riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e contabile nella specifica materia dell'elenco Istat delle p.a.

Nell'affermare la giurisdizione amministrativa sull'impugnazione dell'elenco Istat le Sezioni Unite hanno, anzitutto, ritenuto che gli enti ivi inclusi sarebbero titolari di interessi legittimi con conseguente radicamento, ai sensi dell'art. 103 comma 1 Cost. e art. 7 c.p.a., della generale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo.

Si tratta tuttavia di una affermazione non argomentata, non facendosi carico la pronuncia di indicare le ragioni per le quali a fronte dell'attività espletata dall'Istat di ricognizione degli enti che rientrano nel conto economico consolidato, i soggetti interessati da detta ricognizione sarebbero titolari di una posizione di interesse legittimo[17], e comunque non persuasiva, anche alla luce della giurisprudenza del giudice contabile che ha ricostruito l'interesse sotteso a siffatte controversie in termini di "status"[18].

[17] Le Sezioni Unite della Corte di cassazione nella sentenza n. 30220/2024, si riferiscono semplicisticamente alla giurisprudenza amministrativa anteriore all'art. 1 co. 196 della legge n. 228/2012 che, per assicurare una qualche forma di tutela agli enti inseriti nell'elenco Istat, aveva affermato la natura provvedimentale di quest'ultimo con conseguente ammissibilità dell'azione di annullamento nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità su interessi legittimi spettanti al GA. La predetta giurisprudenza è stata tuttavia superata proprio dalla norma del 2012 attributiva della giurisdizione contabile: la devoluzione alla Corte dei conti, sezioni riunite, in speciale composizione ed unico grado, costituisce difatti la naturale conseguenza della qualificazione sostanziale dell'interesse sotteso alle controversie di cui si tratta di una qualità giuridica (status) non riducibile ad un interesse legittimo di natura oppositiva.

[18] Si v. Corte conti, Sez. riun., 19 giugno 2020, n. 17/2020/RIS, in cui si legge che "*la situazione giuridica soggettiva, posta in gioco, non è di interesse legittimo, bensì una situazione giuridica a carattere assoluto, consistente in uno status*" ovverosia nella "*qualificazione di una istituzione come 'pubblica amministrazione' che concorre alla formazione del conto economico consolidato e, con l'osservanza di specifiche norme di finanza pubblica, al coordinamento finanziario della Repubblica rispetto agli impegni comunitari*", da ciò derivando che "*il bene della vita e il tipo di relazione soggettiva evocata con il ricorso, attengono al Bilancio, quale 'sistema di informazioni' funzionale alla sintesi e alle scelte di allocazione delle risorse, (C. cost. sent. n. 184/2016) ed in particolare alla certezza della perimetrazione del bilancio della Repubblica (art. 114 Cost.), rilevante nel sistema delle relazioni con l'Unione europea*"; di qui "*l'interesse ad un'azione di accertamento per la quale non è richiesta la stessa concretezza e attualità che è richiesta per gli interessi legittimi e per situazioni giuridiche soggettive relative (…) il 'pregiudizio' che muove l'interesse al ricorso (alle SS.RR.) è […] l'incertezza che deriva per chi agisce, rispetto agli oneri di solidarietà e di coordinamento che sono connessi al concorso dei soggetti dell'ordinamento al bilancio pubblico"; in ragione del carattere esclusivo e pieno della giurisdizione contabile la Corte dei Conti deve «assicurare una tutela piena ed effettiva*

In effetti, l'inserimento di un ente all'interno dell'elenco Istat assume valore ai fini della qualificazione in termini pubblici del soggetto ivi incluso; tale qualificazione giuridica, costituisce la condizione da cui derivano un complesso di situazioni giuridiche attive e passive; si tratta quindi dell'attribuzione di uno status – ossia quello di pubblica amministrazione (o meglio, di pubblica amministrazione ai fini della finanza pubblica) –, dal quale discendono obblighi e vincoli ricadenti sugli enti che vi figurano iscritti, come tali potenzialmente pregiudizievoli. Nelle controversie relative all'elenco Istat, l'interesse sotteso è quello alla corretta attribuzione ad un ente della qualificazione giuridica pubblica per effetto dell'accertamento della sussistenza dei requisiti, nelle specie di derivazione europea, all'uopo richiesti. Così ricostruita la vicenda non pare riducibile all'interesse legittimo quale criterio attributivo della "residuale" giurisdizione amministrativa venendo, piuttosto, in rilievo un *tertium genus* (rispetto al binomio interesse legittimo e diritto soggettivo), cioè quello dell'accertamento di uno "status"[19].

Vero è che sino alla legge n. 228/2012 il giudice amministrativo si era ritenuto munito di giurisdizione sulle azioni di annullamento in parte qua dell'elenco Istat: tuttavia, dall'analisi della relativa giurisprudenza si ricava che, seppur dietro la veste impugnatoria, il giudizio era diretto all'accertamento dei presupposti per l'attribuzione della qualificazione del soggetto come pubblica amministrazione; in altri termini, la ritenuta natura provvedimentale dell'elenco Istat a fronte della quale si collocherebbero interessi legittimi, era in realtà il portato di una esigenza "contingente", cioè quella di assicurare una qualche forma di tutela giurisdizionale agli enti interessati dall'inclusione nell'elenco, non basata su una accorta ricostruzione giuridica dell'interesse sotteso.

Alla luce di ciò, l'affermazione contenuta nella sentenza in commento secondo cui in base alla natura dell'interesse sotteso dovrebbe riespandersi la giurisdizione amministrativa generale di legittimità, appare piuttosto un *escamotage* per introdurre un nuovo riparto di giurisdizione tra Corte dei conti e giudice amministrativo basato, non già sulla natura della posizione soggettiva sottesa, bensì su "materia residuale": criterio, tuttavia, non coperto dalla Costituzione.

Ulteriori riflessioni possono anche svolgersi in relazione al secondo pilastro su cui si regge la conclusione a cui sono pervenute le Sezioni Unite della Corte di cassazione, ossia l'insussistenza di una giurisdizione esclusiva del giudice contabile nella materia di contabilità pubblica in base alla tradizionale giurisprudenza della Corte costituzionale che si è sviluppata con riferimento alla giurisdizione contabile in materia di responsabilità per danno erariale.

Al riguardo, si deve rammentare che l'art. 1, comma 196 della legge n. 228 del 2012, quale norma attributiva della giurisdizione al giudice contabile nella materia che ci occupa, non si è limitata a trasferire un ambito di competenza dal plesso giurisdizionale amministrativo alla giurisdizione della Corte dei Conti (mantenendo inalterati poteri cognitivi e forme del rimedio giustiziale), ma al contrario, attraverso l'esplicito richiamo all'art. 103, comma 2 Cost., ha riconosciuto l'attinenza alle "materie di contabilità pubblica" delle questioni concernenti l'elen-

---

al ricorrente e, per questa via, ripristinare la certezza sul 'bene pubblico' del Bilancio (Corte Cost., sentenze n. 184/2016, n. 228/2017 e n. 274/2017, n. 80/2017 e n. 49/2018 nonché Cons. Stato, Sez. IV, sentenze nn. 2200 e 2201/2018)", anche mediante l'annullamento parziale dell'elenco".

[19] Sia consentito rinviare, per approfondimenti sulla tesi qui sinteticamente esposta, a S. Caldarelli, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni*, cit., 184 ss.

co delle amministrazioni pubbliche tenuto dall'Istat, espressamente qualificata come "giurisdizione esclusiva" dall'art. 11 comma 6 del c.g.c. Il riferimento testuale all'esclusività di tale giurisdizione in quanto afferente alla materia di "contabilità pubblica", non modificato dal d.l. 137/2020, depone nel senso di escludere la natura concorrente di altre giurisdizioni e quindi anche di quella amministrativa; nello stesso senso depone anche la lettura congiunta dei commi 1 e 2 dell'art. 23-*quater*, alla luce dei relativi lavori preparatori[20]: il primo comma dell'art. 23-*quater* del d.l. n. 137/2020 ha difatti sostituito alle decisioni giurisdizionali della Corte dei conti di espunzione di determinati soggetti dall'elenco ISTAT, il riconoscimento ex lege della loro natura di unità che, secondo i criteri i criteri del SEC 2010, concorrono alla determinazione dei saldi di finanza pubblica del conto economico consolidato: in altri termini, il legislatore (con una norma che ha il tenore di una norma-provvedimento) ha sterilizzato, con riguardo ai soggetti puntualmente indicati nell'elenco ivi accluso, le sentenze passate in giudicato della Corte dei conti che avevano invece espunto i predetti enti dell'elenco Istat, perché ritenuti privi dei requisiti per la loro qualificazione come pubbliche amministrazioni ai sensi del Regolamento 549/13/UE; il secondo comma ha, invece, limitato *pro futuro* i poteri di accertamento e decisori del giudice contabile al fine di rendere insensibile l'elenco Istat a decisioni di annullamento parziale dell'autorità giudiziaria. Si tratta di disposizioni normative chiaramente volte a preservare l'integrità dell'elenco Istat dalle decisioni di accoglimento delle domande giudiziali di annullamento *in parte qua* dell'elenco: da esse, emerge la volontà del legislatore di escludere in modo assoluto che l'esercizio dei poteri giurisdizionali (in astratto quindi anche del giudice amministrativo) possa condurre ad una modifica dell'elenco Istat.

Le Sezioni Unite per superare il dato letterale (e pur riconoscendo le "indubbie ambiguità" del dato normativo), hanno richiamato i principi elaborati dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 204/2004 secondo cui il legislatore può ampliare l'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo con "*riguardo a materie (in tal senso particolari) che, in assenza di tale previsione, comporterebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità*": tuttavia, la richiamata giurisprudenza costituzionale, elaborata con riferimento all'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui diritti soggettivi, per un verso non sembra possa superare il predetto dato testuale rimasto inalterato (sicché la *interpositio legislatoris* appare chiara nel senso di aver attribuito solo al giudice contabile le controversie sulla ricognizione annuale delle PA effettuate dall'Istat) e per altro verso non sembra poter in sé giustificare la ritenuta legittima sottrazione al giudice contabile delle controversie in materia di elenco Istat per fini diversi (ossia per fini "europei" secondo le locuzioni utilizzate dalla Cassazione) da quelli relativi all'applicazione della normativa in materia di spending review. Sotto tale ultimo profilo, si deve rammentare che ai sensi dell'art. 103 comma 2 della Costituzione "*La Corte*

[20] In questo senso, cfr. Corte Conti, Sez. Riun., sede giuri. Spec. Comp., Ordinanza n. 5/2021 cit., punto 7.1. secondo cui "la *volontà del legislatore, come oggettivata nella disposizione in esame, sia quella di escludere qualsiasi sindacato sul conto consolidato dello Stato italiano, eliminando qualsiasi verifica sulla corretta individuazione degli enti che, essendo stati inclusi nell'elenco ISTA, concorrono alla sua determinazione*".

dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge": il criterio di collegamento evocato dalle Sezioni Unite mediante il richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004 potrebbe riguardare le "*altre materie specificate dalla legge"* rispetto alle quali l'*interpositio legislatoris* incontrerebbe il limite della loro afferenza alla materia della contabilità pubblica, ma anche la libertà nella definizione della loro ampiezza. Là dove, invece, un ambito ordinamentale abbia consistenza di materia di contabilità pubblica, la specificità della giurisdizione contabile nel disegno costituzionale di composizione del sistema giurisdizionale in una pluralità di plessi magistratuali, potrebbe condurre a ritenere che essa sia esclusiva, nel senso di unica, cioè tale da escludere il concorso con altre giurisdizioni. In dottrina si è invero sostenuto che l'esclusività della giurisdizione della Corte dei conti potrebbe argomentarsi quale portato della peculiare afferenza di un giudizio alla materia della contabilità pubblica in senso stretto: in altri termini, mentre per le materie di contabilità pubblica la giurisdizione contabile escluderebbe il concorso di altre giurisdizioni, per le materie solo collegate alla contabilità pubblica, la giurisdizione contabile potrebbe concorrere con le altre[21]. La tesi appare condivisibile in quanto conferisce uno specifico significato al comma 2 dell'art. 103 che, nella definizione dell'ambito materiale della giurisdizione contabile, distingue la giurisdizione sulle materie di contabilità pubblica dalle altre individuate dalla legge. Distinzione questa che può trovare una ratio proprio nella esclusività della giurisdizione contabile sulle materie di contabilità pubblica in senso stretto e sulla, invece, potenziale concorrenza della giurisdizione contabile con le altre giurisdizioni in caso di materie solo collegate alla prima.

Occorre quindi chiedersi se le controversie relative alla corretta perimetrazione del settore delle pubbliche amministrazioni che concorrono alla definizione del conto economico consolidato costituisca o meno una materia di contabilità pubblica in senso stretto, come tale sottratta alla concorrente giurisdizione del giudice amministrativo[22]. La risposta sembra dover essere positiva in quanto la delimitazione del perimetro dei soggetti qualificati come pubbliche amministrazioni in base al regolamento Sec 2010, coincide con l'ambito soggettivo di applicazione delle previsioni normative sugli obblighi di equilibrio di bilancio e di compartecipazione alla garanzia della sostenibilità del debito pubblico di matrice europea nonché costituzionale[23].

[21] A. Manzione, *I principi del giudizio in materia di responsabilità amministrativa*, in A. Canale - F. Freni - M. Smiroldo (a cura di), Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti, Milano, 2017, 73 ss.

[22] È indicativa dell'importanza del tema la circostanza che le Sezioni Unite della cassazione, abbiano in più passaggi rilevato che l'elenco Istat avrebbe valore generale per la definizione della soggettiva pubblica e non solo in funzione della normativa nazionale ed europea in materia di finanza pubblica. In altri termini, la Corte sembra aver voluto escludere la "sola" afferenza di tali controversie alla materia della contabilità pubblica per "giustificare" *ex post* la ritenuta attribuzione della giurisdizione concorrente del giudice amministrativo.

[23] La recente dottrina ha affermato che sulla scorta di una interpretazione evolutiva e dinamica, la nozione di "contabilità pubblica" di cui al comma 2 dell'art. 103 Cost., dovrebbe oggi essere intesa in accezione moderna come "finanza pubblica": in questo senso, si v. A. Carosi, *Linee evolutive delle funzioni della Corte dei conti alla luce della recente giurisprudenza costituzionale,* atti Convegno su L'evoluzione della contabilità pubblica al servizio della collettività. Giornata di studio in memoria di Salvatore Buscema, Roma, Corte dei conti 10 marzo 2016, in *Riv. Corte dei conti*, n. 3-4-2016, 459 ss.; G. Colombini, *Brevi riflessioni sul debito e pubblico e giudice contabile, in questa Rivista*, 2019, 2, 7 ss. secondo cui nella nozione di contabilità pubblica rientrano le norme sul *"rispetto dei principi dell'equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico*

Neppure appare pienamente convincente la tesi sostenuta dalla Corte di cassazione in ordine all'assenza di criticità, *sub specie* di potenziale contrasto tra giudicati (ossia quello contabile e quello amministrativo), stante il differente "oggetto" delle controversie (l'uno relativo alla disciplina nazionale in materia di contenimento della spesa pubblica, l'altro invece esteso alle fonti europee): il ragionamento omette di considerare che tanto la Corte dei conti, quanto il giudice amministrativo, sarebbero chiamati a valutare la ricorrenza in capo al ricorrente dei requisiti per essere incluso nell'elenco Istat in base ai criteri del Sec 2010. Si potrebbe obiettare che un simile accertamento da parte del giudice amministrativo sarebbe mediato dai motivi di impugnazione "a critica vincolata" in quanto necessariamente relativi ad uno dei tre vizi di illegittimità del provvedimento; tuttavia, nella prassi (soprattutto attraverso il vizio dell'eccesso di potere e delle sue figure sintomatiche, come dimostra il contenzioso anteriore al 2012), il giudice amministrativo sarà comunque portato a valutare, entro i limiti del proprio sindacato, il corretto accertamento da parte dell'Istat della ricorrenza in capo all'ente dei criteri di matrice europea per essere qualificato come PA; esattamente lo stesso accertamento a cui sarebbe chiamato – stavolta attraverso un ben più pregnante sindacato di merito – il giudice contabile, sebbene "*ai soli fini dell'applicazione della normativa in materia di contabilità pubblica*", con conseguente palese rischio di contrasto tra giudicati; né potrebbe validamente affermarsi (come si legge nella sentenza in commento) che sarebbe preclusa (anche solo in via incidentale) al giudice contabile l'applicazione del diritto europeo (segnatamente del Regolamento 549/13/UE e della Direttiva 85/2011/UE): una simile conclusione (tenuto conto della derivazione europea della normativa di cui trattasi, rispetto alla quale non appare percorribile una netta scissione dei profili di diritto interno da quelli europei), si porrebbe in frontale contrasto con il noto principio del primato del diritto sovranazionale.

Infine, la tesi sviluppata nella sentenza in ordine alla autosufficienza dell'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo (argomento che ha consentito di escludere una potenziale violazione del diritto europeo, come interpretato dalla Cgue) rende in sostanza inutile l'art. 23-*quater* comma 2 del d.l. n. 137/2020 (inteso come norma limitativa dell'ambito della giurisdizione contabile): ciò in quanto, una volta riconosciuto il concorso della giurisdizione amministrativa sulla controversie in materia di elenco Istat e in particolare la sola competenza del giudice amministrativo ad annullare il predetto elenco, il solo ricorso dinanzi al g.a. sarebbe sufficiente per ottenere l'annullamento per ogni scopo dell'elenco.

Sonia Caldarelli

introdotti dalla riforma costituzionale del 2012 per lo Stato, per le amministrazioni non territoriali e per gli enti territoriali (artt. 81,97,117,119), a presidio della unitarietà della finanza pubblica".

7. La notifica dei motivi aggiunti tra garanzia del contraddittorio e diritto di difesa (nota a Tar Sicilia, Palermo, sez. IV, sentenza 10 febbraio 2025, n. 328)

Sommario: **1.** La vicenda. – **2.** Premessa introduttiva. – **3.** I motivi aggiunti: un breve inquadramento storico-normativo. – **4.** La notifica dei motivi aggiunti. – **5.** L'interpretazione favorevole al proponente: il caso della sanatoria per raggiungimento dello scopo. – **6.** La soluzione adottata dal Tar Palermo con la pronuncia n. 328/2025 e la necessaria accettazione del contraddittorio. – **7.** Riflessioni conclusive.

1. La vicenda.

Con la sentenza in esame, il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia si è espresso sull'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti notificati presso la sede della società resistente, nonostante la stessa si fosse regolarmente costituita in giudizio, pertanto in violazione degli artt. 43 c.p.a. e 170 c.p.c. i quali dispongono che, dopo la costituzione in giudizio dell'ente tutte le notificazioni debbono essere effettuate al procuratore costituito.

Si riassume per sommi capi la vicenda che ha dato origine alla decisione in commento. Con ricorso introduttivo ritualmente notificato parte ricorrente è insorta avverso il provvedimento dell'amministrazione comunale, con cui è stato imposto alla stessa di continuare a garantire il Servizio di Igiene Ambientale del relativo Comune "…per il periodo dal 1 maggio 2021 al 30 aprile 2021 … alle medesime condizioni dell'appalto in essere e secondo le prescrizioni e i vincoli del Capitolato Speciale d'Appalto...". e per l'accertamento dell'obbligo a riconoscere e corrispondere alla stessa società ricorrente la revisione del canone e/o il giusto corrispettivo per l'espletamento del Servizio integrato di gestione rifiuti per l'intero periodo d'interesse, adeguandolo secondo l'indice FOI/ISTAT e parametrandolo all'effettivo costo del personale e dei mezzi.

Nel caso di specie, la società ricorrente gestiva in subappalto il Servizio di Igiene Ambientale del Comune in forza di regolare contratto sottoscritto con l'aggiudicataria originaria del bando.

Orbene, l'esigenza provvedimentale del Comune sorgeva a seguito della delibera della amministrazione di procedere ad un nuovo affidamento, tramite gara, del relativo servizio di gestione dei rifiuti. All'esito di due gare andate deserte, il servizio veniva aggiudicato ad una ditta la quale, in seguito, risultava destinataria di un provvedimento interdittivo antimafia. Pertanto, il contratto di affidamento del servizio non veniva realmente stipulato in favore della nuova società aggiudicataria.

Nonostante la successiva sospensione cautelare del provvedimento antimafia, l'aggiudicataria non aveva comunque provveduto a sottoscrivere il contratto: determinando il Comune a emettere l'ordinanza impugnata che ha imposto alla ditta ricorrente – come detto, da lungo tempo affidataria del servizio di gestione integrata dei rifiuti del Comune – di proseguire nell'attività alle medesime condizioni previste nel contratto d'appalto originario.

Oltre ai corrispettivi antieconomici, parte ricorrente ha lamentato l'assenza dei presupposti per intervenire *extra ordinem* a sostegno dell'ordinanza emessa, contestando la circostanza secondo cui non fosse possibile individuare un nuovo gestore del servizio. Il provvedimento impugnato veniva, così, tacciato di difetto di istruttoria e carenza di motivazione atteso che il Comune sceglieva la ricorrente senza addurre adeguata motivazione, in ossequio anche alla delibera ANAC che ha ripetutamente chiarito come la c.d. "proroga tecnica", nella specie imposta con provvedimento di urgenza, può ammettersi solo ove strettamente necessaria per il tempo utile al reperimento di un nuovo contraente. Ne deriverebbe, a dire della ricorrente, l'evidente violazione, fra gli altri, dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza enunciati dal Codice dei contratti pubblici.

Con motivi aggiunti parte ricorrente ha, poi, impugnato i due successivi provvedimenti di proroga tecnica, di analogo contenuto rispetto al provvedimento oggetto di impugnazione originaria, ma riferiti a periodi temporali successivi alla prima ordinanza sindacale.

Tutto ciò premesso, in seguito alla costituzione del Comune, anche la società intimata si è costituita in giudizio e, depositando memorie e documenti, ha insistito per il rigetto nel merito delle avverse censure eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità dei ricorsi per motivi aggiunti, in quanto i due rispettivi atti introduttivi erano stati notificati presso la posta elettronica certificata della società e non presso il procuratore costituito in giudizio.

2. Premessa introduttiva.

Prima di entrare nel merito della questione processuale di cui si occupa la sentenza commentata, è opportuna una breve ricostruzione introduttiva circa le peculiarità del quadro normativo-interpretativo di riferimento.

Il processo amministrativo, nonostante la sua idoneità a incidere su situazioni di pubblico interesse, è soggetto al principio della domanda. A seguito di un articolato percorso evolutivo, che affonda le sue radici nell'istituzione della Quarta sezione del Consiglio di Stato e che ha portato, tra l'altro, alla riforma dell'art. 111 Cost., esso si è gradualmente trasformato in un vero e proprio processo giurisdizionale innanzi a un giudice terzo e imparziale: a garanzia del giusto processo e della posizione di uguaglianza delle parti coinvolte[1].

[1] Per un'accurata ricostruzione sull'evoluzione del processo amministrativo e, in particolare, sulla dicotomia tra concezione oggettiva e soggettiva, fra tutti, sia consentito il rimando a F. Saitta, *Vicinanza della prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, n. 3/2017, 911 ss. L'A. occupandosi del tema dell'onere della prova, esordisce alludendo alle ambiguità di fondo del processo amministrativo, ove, alla luce degli sviluppi storici e normativi, emerge tra tutte la problematica iscrizione dello stesso alla giurisdizione di diritto soggettivo. Ancora, in Id., *Interessi diffusi e legittimazione a ricorrere: una questione da rivedere*, in Aa.Vv., *Riprendiamoci la città. Manuale d'uso per la gestione della rigenerazione urbana*, 2023, 231 ss., l'A. occupandosi poi della tutela giurisdizionale degli interessi diffusi, esordisce rinviando a uno studio di E. Romani, *Il principio*

Da queste brevi considerazioni derivano tre profili, i quali rappresentano la più intima specificazione del processo amministrativo: l'iniziativa processuale, l'oggetto del giudizio e la disponibilità dell'azione.

Andando con ordine. Il primo profilo concerne l'instaurazione del processo. Il giudice amministrativo può esercitare le sue funzioni solo in conseguenza della proposizione di un ricorso di parte. Ne deriva, a differenza del procedimento amministrativo, la non configurabilità di un processo avviato officiosamente[2].

Ancora, ai sensi dell'art. 34 c.p.a., il giudice amministrativo è tenuto a pronunciarsi esclusivamente "nei limiti della domanda". Quest'ultima è, infatti, contenuta nel ricorso introduttivo e può essere eventualmente integrata tramite la presentazione di motivi aggiunti, dal ricorso incidentale, nonché, nei casi di giurisdizione esclusiva sui diritti soggettivi, dalle cc.dd. domande riconvenzionali[3]. Il corollario appena enunciato è

dello sviluppo sostenibile nella sua dimensione processuale: suggestioni per una legittimazione a ricorrere uti civis, in P. Pantalone (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui* (Atti del Convegno di Milano, 7 ottobre 2021), in *Dir. econ.*, 2021, numero monografico, 204, secondo cui la tematica necessiterebbe di "rinvenire un contemperamento tra l'esigenza di evitare un'eccessiva generalizzazione della legittimazione a ricorrere – che rischierebbe di trasformare il sistema processuale amministrativo in una giurisdizione di tipo oggettivo, allontanandolo dalle direttrici costituzionali contenute negli artt. 24 e 103 Cost. – e l'esigenza di garantire al contempo un effettivo accesso alla giustizia, presupposto imprescindibile per assicurare una protezione «piena» ai suddetti interessi".

Sul rapporto tra impronta soggettiva e tutela della situazione giuridica dedotta e ispirata al principio di effettività della tutela si vedano ancora: V. Domenichelli, *La trasformazione in senso soggettivo della giurisdizione amministrativa: una conquista irrinunciabile del processo amministrativo*, in F. Francario - A.M. Sandulli (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, Napoli, 2017, 329 ss.; V. Domenichelli, *Il principio della domanda*, in questa *Rivista*, n. 1/2020, 26 ss.; N. Paolantonio, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, ivi, n. 2/2020, 237 ss.

Da ultimo, si veda F.G. Scoca, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, n. 12/2015, 1600 ss., il quale affronta la questione facendo discendere la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa dal principio della domanda vigente nella disciplina del processo amministrativo e, ancora, dal carattere di processo di parti del processo amministrativo.

[2] Sul tema si veda anzitutto M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 330 ss. Nella sua opera il Maestro individua tra i principi generali del processo amministrativo quello della domanda e dell'iniziativa di parte, evidenziando il corollario del divieto di qualsiasi attività officiosa da parte del Giudice amministrativo, fatta eccezione per i cc.dd. poteri istruttori dello stesso. Su questo crinale, secondo M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 486 ss., è dallo stesso Codice che può ora ricavarsi l'accoglimento di una concezione soggettiva della tutela giurisdizionale amministrativa. In questo senso, secondo S. Franca, *La conversione dell'azione tra potere officioso e principio della domanda: dal criterio della continenza alla centralità della vicenda sostanziale*, in questa *Rivista*, n. 1/2024, 141 ss., il principio della domanda "rappresenta plasticamente la definitiva affermazione di un modello di giurisdizione a trazione soggettiva, ossia di un modello di giurisdizione che, pur non epurando integralmente elementi di oggettività, si segnala per la sua strumentalità alla tutela di posizioni giuridiche soggettive. In questo senso, il principio della domanda rappresenta il sintomo della realizzazione del modello di tutela giurisdizionale sancito dalla Carta costituzionale, in particolare agli artt. 24 e 113 Cost.".

A completamento del quadro appena descritto e con specifica attenzione al profilo dell'iniziativa si vedano ancora: A. Cassatella, *Legittimazione a ricorrere e norme di garanzia*, in questa *Rivista*, n. 4/2022, 773 ss., secondo l'A., "individui, formazioni sociali ed amministrazioni possono agire innanzi al giudice solo se la loro iniziativa è posta a tutela di situazioni soggettive già garantite dalle norme sostanziali"; M. Ramajoli, *L'atto introduttivo del giudizio amministrativo tra forma e contenuto*, ivi, n. 4/2019, 1051 ss., nella quale è esposto il concetto della c.d. doppia funzione dell'atto introduttivo inteso quale atto d'impulso e, al contempo, quale limite al dovere decisorio del giudice amministrativo; e, ancora, V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, ivi, n. 2/2014, 341 ss., nella quale si approfondisce il tema delle condizioni dell'azione e, pertanto, della connessa ammissibilità e idoneità del ricorso di parte a introdurre il processo amministrativo.

[3] In dottrina, con specifico riferimento all'istituto dei motivi aggiunti si veda C. Mignone, *Il ricorso integrativo (ovvero i falsi motivi aggiunti) nel processo dinnanzi ai Tribunali Amministrativi*, in *Foro Amm.*, n. 12/2002, 4174 ss. L'A. afferma che il processo amministrativo è divenuto un giudizio sul rapporto, avendo ormai ad oggetto la pretesa sostanziale. "L'avvenuta trasformazione completa dell'oggetto del giudizio discenderebbe dalla connessa

riassumibile nel c.d. divieto di ultrapetizione[4].

Infine, l'attuazione del principio della domanda riconosce alla parte ricorrente la possibilità di rinunciare ai singoli motivi di impugnazione, se non addirittura all'intero ricorso; fatti salvi i diritti delle altre parti che dimostrino l'interesse alla prosecuzione del giudizio[5].

A completamento del quadro appena delineato interviene, facendone da cornice, il principio del contraddittorio: quest'ultimo è disciplinato dall'art. 101 c.p.c. ed è riconosciuto a livello costituzionale dal già citato art. 111 Cost.

Con specifico riferimento al processo amministrativo, ai sensi dell'art. 27 c.p.a., il giudice non può esprimersi sulla domanda se prima non è stato regolarmente integrato il contraddittorio tra le parti[6]. Questo è validamente "costituito quando l'atto introduttivo è notificato all'amministrazione resistente e, ove esistenti, ai controinteressati".

Orbene, ai sensi dell'art. 46 c.p.a. le parti intimate, nel termine prestabilito decorrente dalla notificazione del ricorso, hanno il diritto di costituirsi, in qualità di possibili destinatari di effetti diretti o indiretti, nel giudizio instaurato.

possibilità di impugnare provvedimenti ulteriori e, soprattutto, di far valere connesse azioni d'accertamento e di condanna, in corso di causa". Ancora, sull'integrazione della domanda, in generale, si veda il lavoro monografico di C.E. Gallo, *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, Torino, 1985. Già anteriormente alla L. n. 205 del 2001, infatti, la questione era emersa all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza. Tra le pronunce più rilevanti si segnalano: Cons. Stato, VI, 17 luglio 2001, n. 3962; V, 7 settembre 2001, n. 4682; Tar Lazio, sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398.

[4] Sull'applicabilità del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato anche nel processo amministrativo si veda tra tutti Cons. Stato, IV, 3 marzo. 2009, n. 1227, nella parte in cui è chiarito che "nel processo amministrativo l'oggetto del giudizio si configura strettamente limitato alle questioni di legittimità dell'atto in relazione ai soli motivi denunciati con il ricorso, è rinvenibile il vizio di *ultra* od *extra* petizione qualora il Giudice si sia pronunciato su un aspetto non censurato dalla parte".
In dottrina, sul rapporto tra il principio della domanda e il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, da intendersi quest'ultimo come una delle tre articolazioni del primo, si veda ancora M. Nigro, voce *Domanda (principio della), II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, XII, 1989.

[5] Si fa riferimento all'art. 84 del D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Se ne riporta il testo per facilità di consultazione: "La parte può rinunciare al ricorso in ogni stato e grado della controversia, mediante dichiarazione sottoscritta da essa stessa o dall'avvocato munito di mandato speciale e depositata presso la segreteria, o mediante dichiarazione resa in udienza e documentata nel relativo verbale.
Il rinunciante deve pagare le spese degli atti di procedura compiuti, salvo che il collegio, avuto riguardo a ogni circostanza, ritenga di compensarle.
La rinuncia deve essere notificata alle altre parti almeno dieci giorni prima dell'udienza. Se le parti che hanno interesse alla prosecuzione non si oppongono, il processo si estingue.
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".
In dottrina, sul tema della rinuncia si veda P.L. Portaluri, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della P.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, Relazione al convegno "Efficienza, legalità, controlli. Pesi e contrappesi", Napoli, 10 giugno 2016, in *federalismi.it*, n. 20/2016. In particolare, l'A. occupandosi dell'inattuazione della riforma del 2012 sull'obbligo di provvedere, si sofferma sul paradosso dei "provvedimenti amministrativi annullati da sentenze del TAR, cui poi sia seguita un'inspiegabile rinuncia del ricorrente – pur vittorioso – al ricorso di primo grado: in questo caso, viene formalmente meno la sentenza e il provvedimento annullato rivive, pur bollato d'illegittimità. Il fenomeno non è raro nei procedimenti di aggiudicazione di gare d'appalto".

[6] Sul tema si rimanda a F.G. Scoca, *I principi del giusto processo*, in Id. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2020, 172-173. Il contraddittorio, per essere garantito, deve rispondere ai requisiti della completezza e della continuità. In particolare, per quanto concerne il profilo della continuità, il contraddittorio deve essere mantenuto *integro* per l'intera durata del processo. Ciò significa che la dialettica tra le parti deve essere organizzata razionalmente e che il "dialogo" con il giudice deve essere costante. Il contraddittorio deve essere garantito sia nella fase istruttoria, specialmente nella formazione delle prove, sia nella fase di formazione del convincimento del giudice. Dunque, in linea generale l'A. afferma che "nessuna decisione del giudice, sia istruttoria, sia di merito, possa essere adottata senza che le parti abbiano avuto modo di pronunciarsi preventivamente sulla questione da decidere".

Quale precipitato logico deriva, in capo a queste, la facoltà di presentare memorie difensive, istanze, documenti ed eventualmente indicare i mezzi di prova ritenuti opportuni.

La costituzione in giudizio avviene, salvo rare eccezioni, a mezzo di difensore tecnico nominato in forza di regolare procura. Da questo momento in poi, il difensore riveste la funzione di vicario, sostituendo processualmente la parte convenuta in giudizio.

La norma, insieme al già citato principio del contraddittorio e, dunque, alle regole tese a disciplinare la valida instaurazione del processo, rappresenta il corollario del più noto principio enunciato dall'art. 24 Cost.: la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento[7].

Alla luce di quanto premesso, vengono in questa sede in rilievo i motivi aggiunti e, nello specifico, la disposizione che ne regola la notifica all'interno del processo amministrativo.

Secondo l'art. 43 c.p.a.: "i ricorrenti, principale e incidentale, possono introdurre con motivi aggiunti nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte, ovvero domande nuove purché connesse a quelle già proposte. Ai motivi aggiunti si applica la disciplina prevista per il ricorso, ivi compresa quella relativa ai termini. Le notifiche alle controparti costituite avvengono ai sensi dell'articolo 170 del codice di procedura civile. Se la domanda nuova di cui al comma 1 è stata proposta con ricorso separato davanti allo stesso tribunale, il giudice provvede alla riunione dei ricorsi ai sensi dell'articolo 70"[8].

Accanto al dato meramente testuale, il contributo intende tuttavia esaminare il diritto vivente relativo alle conseguenze processuali e sostanziali che si verificano qualora i motivi aggiunti siano stati notificati solo alle parti reali, persona fisica o persona giuridica, e non ai procuratori per loro già costituiti in giudizio. Accanto all'incertezza del diritto derivante dalla simultanea presenza di orientamenti giurisprudenziali di diverso tenore si cercheranno di illustrare, altresì, le ragioni a sostegno dell'interpretazione ritenuta, a opinione di chi scrive, conforme a tutelare il diritto di difesa all'interno del processo amministrativo.

[7] In merito al diritto di difesa e all'importanza dell'assistenza tecnica per mezzo di idonea figura professionale, è più volte intervenuta la Corte Costituzionale. In particolare, con sentenza del 13 maggio 1965, n. 41, la Corte ha affermato che "il diritto di difesa si configura come possibilità effettiva dell'assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le istanze e le ragioni delle parti". Con successiva sentenza del 10 novembre 1989, n. 498, la Corte ha inoltre chiarito, che il difensore è "un protagonista senza il quale, specie e tanto più nel nuovo processo, esso non può, da un certo momento in poi, nemmeno proseguire".

[8] Tra i riferimenti dottrinali dedicati esclusivamente all'istituto in commento si vedano in ordine cronologico: C. Mignone, *I motivi aggiunti nel processo amministrativo*, Padova, 1984; F. Fracchia, *Motivi aggiunti, termine di decadenza e modifiche del* petitum, in questa *Rivista*, n. 4/1996, 683 ss.; F. Figorilli, *I motivi aggiunti*, in B. Sassani - R. Villata (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, Torino, 2001, 111 ss.; M. Ramajoli, *Commento all'art. 1 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 3-4/2001, 567-574 ss.; P. Divizia, *Considerazioni in tema di motivi aggiunti nel giudizio amministrativo: profili teorici e tecnica giudiziale*, in *Foro amm. TAR*, n. 4/2003, 1427 ss.; C. Cacciavillani, *Sul ricorso per motivi aggiunti di cui all'art. 21 della legge Tar, come modificato dalla legge n. 205/2000*, in questa *Rivista*, n. 1/2005, 181 ss.; M. Trimarchi, *I motivi aggiunti nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 3/2010, 945 ss.; S. Castro, *Il ricorso per motivi aggiunti nel processo amministrativo*, Milano, 2011.

3. I motivi aggiunti: un breve inquadramento storico-normativo.

Di conio giurisprudenziale[9], i motivi aggiunti divengono istituto del diritto positivo con la Legge 21 luglio del 2000, n. 205.

Ai sensi dell'allora novellato art. 21 della legge n. 1034/1971, "tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante proposizione di motivi aggiunti".

Dalla lettura della norma si comprende sin da subito che la riforma non ha rappresentato, a differenza della sua secolare elaborazione giurisprudenziale, una semplice trasposizione dell'istituto nella disciplina legislativa[10]. Invero, mentre i motivi aggiunti tradizionalmente comportavano l'ampliamento della *causa petendi* del ricorso originario, permettendo di aggiungere nuovi motivi a quelli già dedotti contro l'atto oggetto di impugnazione, ciò che il legislatore ha invece consentito, attraverso "l'impiego della forma incidentale propria dei motivi aggiunti, è l'ampliamento del *petitum* del ricorso, e dunque l'impugnazione di atti diversi da quello già investito del gravame"[11].

Di portata innovativa, la norma rispondeva all'esigenza di assicurare e rendere ammissibile l'impugnazione di atti sopravvenuti in pendenza del ricorso, intervenuti tra le stesse parti e connessi al provvedimento impugnato originariamente[12].

L'intera l. n. 205 del 2000, all'interno della quale si inserisce la novella, mirava infatti a riformare il processo amministrativo nel suo complesso: con il duplice obiettivo di aumentare e migliorare le forme di tutela del privato, assicurando, al tempo stesso, una maggiore celerità nel riconoscimento della tutela stessa.

Nel caso di specie il legislatore ha così aderito, di concerto all'introduzione di istituti quali il nuovo rito avverso il silenzio e

[9] È opinione consolidata che i motivi aggiunti entrino a far parte del rito amministrativo con la famosa pronuncia del Consiglio di Stato del 18 agosto 1905, n. 369, con cui i Giudici di Palazzo Spada ritennero ammissibile l'integrazione della *causa petendi* a seguito della avvenuta conoscenza di circostanze, ignorate dal ricorrente per ragioni a lui non direttamente imputabili, idonee a evidenziare nuovi vizi del provvedimento impugnato. La sentenza citata è integralmente riportata in *Giust. amm.*, 1905, I, 353.
Quanto alle ragioni legate alla sua introduzione si veda la ricostruzione di M. D'Orsogna - F. Figorilli, *Lo svolgimento del processo di primo grado. La fase introduttiva*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 320 ss., spec. 353-354. Nello studio della genesi dell'istituto non possono trascurarsi le caratteristiche proprie del processo amministrativo. Quest'ultimo, retto dal principio dispositivo, individua nella conoscenza del materiale documentale – su cui si basa il provvedimento impugnato – uno dei profili fondamentali. Le aperture giurisprudenziali legate all'inserimento dei motivi aggiunti nel processo amministrativo rispondevano, così, alla necessità di "individuare soluzioni vòlte ad assicurare la realizzazione completa del più generale principio del contraddittorio, consentendo così al ricorrente di integrare l'atto introduttivo del giudizio, contenente le censure alla base della pretesa vantata, con ulteriori motivi di ricorso".

[10] Secondo C. Mignone, *Il ricorso integrato*, cit., l'art. 1 della l. n. 205/2000 contemplava un istituto diverso dai motivi aggiunti, qualificabile quale ricorso integrativo, poiché costituito da *petitum* e *causa petendi* proprii. La novella avrebbe così introdotto "una sorta di ricorso cumulativo a formazione progressiva".

[11] In questi termini si veda C. Cacciavillani, *Sul ricorso per motivi aggiunti*, cit., spec. 181. Il citato art. 21 esprimeva la volontà del legislatore di favorire una impostazione che, in forza del *simultaneus processus*, conducesse l'organo giudicante a una decisione sulla base di una conoscenza completa ed esauriente dei fatti unitariamente considerati.

[12] Sul tema si vedano tra tutti R. Garofoli - G. Ferrari, *Codice del processo amministrativo. D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104*, Roma, II, 2012, 795 ss. Secondo gli Aa. la modifica dell'art. 21 ha avuto il merito di consacrare normativamente l'ipotesi di proposizione dei cc.dd. motivi aggiunti "impropri", al fine di permettere la contestazione di atti connessi a quello *sub iudice*. Prima della L. n. 205 del 2000 l'istituto era infatti ammesso, esclusivamente, per la proposizione di nuove censure avverso l'atto impugnato con il ricorso originario, emerse in seguito alla conoscenza di nuovi documenti.

le decisioni in forma semplificata, a una corrente giurisprudenziale minoritaria[13] che vedeva, nella proposizione di motivi aggiunti "impropri"[14], un mezzo idoneo per assicurare vantaggi alla speditezza del procedimento innanzi al giudice amministrativo.

Nonostante il chiaro progresso in termini di effettività della tutela – con annesso il superamento di una concezione irragionevolmente tesa a mantenere inalterato il *petitum* così come originariamente concepito nel ricorso principale – la disciplina appena introdotta non risultava però esente da incongruenze.

La disposizione è stata, infatti, oggetto di un dibattito dottrinario ampio e vivace.

Questo si è concentrato principalmente sulla mancata statuizione normativa dei motivi aggiunti "propri"[15] – ammessi a quell'epoca esclusivamente dalla prassi giurisprudenziale[16] – e sulla espressa previsione di una necessaria connessione soggettiva degli stessi rispetto al processo pendente: tesa a escludere la proponibilità dei motivi aggiunti avverso atti connessi in cui difettava il requisito dell'identità di parti[17].

---

[13] In concreto, la norma rappresenta il punto di arrivo di un annoso contrasto giurisprudenziale che vedeva, da un lato, la tesi dell'inammissibilità dei motivi aggiunti (avverso nuovi provvedimenti), ai sensi dell'ipotetico vincolo derivante dall'immodificabilità del *petitum* così come identificato nell'atto introduttivo del giudizio (da qui, la concezione secondo cui la definizione con sentenza unica di più giudizi connessi era rimessa esclusivamente al potere di riunione ad opera del giudice competente. Cfr., *ex multis*: Cons. Stato, V, 14 novembre 1996, n. 1336; 18 settembre 1998, n. 1310); dall'altro, minoritario e di opposto tenore, l'innovativo indirizzo volto a riconoscere nella suddetta ammissibilità un indubbio strumento di celerità decisionale (cfr. Cons. Stato, V, 23 marzo 1993, n. 398; C.g.a.r.s., 4 novembre 1995, n. 343).

[14] La dicitura "impropri" risponde all'esigenza di differenziare le due possibili declinazioni dei motivi aggiunti. I primi tradizionali e di matrice pretoria, i secondi introdotti e positivizzati attraverso la citata L. n. 205/200. Come già anticipato, a differenza della fattispecie originaria, diretta ad aggiungere ulteriori motivi di gravame avverso un provvedimento già sottoposto al vaglio giurisdizionale, i motivi aggiunti "impropri" attengono alla possibilità di censurare ed estendere l'istanza annullatoria a nuovi provvedimenti: ampliando di tal guisa l'originario *petitum*. Quest'ultimo è, infatti, identificabile nella richiesta del ricorrente o, meglio, in "ciò che si chiede al giudice per mezzo del ricorso giurisdizionale". Il virgolettato è di E. Mele, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, spec. 343.

[15] Questa prima tipologia di motivi aggiunti (definiti anche "classici" da P. Divizia, *Considerazioni in tema di motivi aggiunti*, cit., spec. 1435), come già anticipato, consente al soggetto ricorrente di introdurre all'interno del giudizio ulteriori motivi o nuove censure relative a un provvedimento già impugnato. L'istituto nella sua versione tradizionale risponde all'esigenza di garantire, a seguito della conoscenza di ulteriori atti rispetto a quelli noti al momento della proposizione del ricorso, la presenza di uno strumento in grado di arricchire la propria domanda con ulteriori ragioni in fatto e in diritto: ampliando, così, il *thema decidendum* sul fronte della *causa petendi*. Quest'ultima, secondo autorevole dottrina, è individuabile nei vizi di legittimità censurati dal ricorrente. Sul tema si rimanda allo scritto di A. Police, *Il cumulo di domande nei «riti speciali» e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in questa *Rivista*, n. 4/2014, 1197 ss. Sul tema, per completezza espositiva, si segnala l'intervento del Consiglio di Stato in adunanza plenaria, sentenza del 27 aprile 2015, n. 5. Attraverso la citata pronuncia, i Giudici di Palazzo Spada hanno infatti inteso valorizzare l'alterità tra *petitum* e *causa petendi*. "Nel giudizio impugnatorio di legittimità, l'unicità o pluralità di domande proposte dalle parti, mediante ricorso principale motivi aggiunti o ricorso incidentale, si determina esclusivamente in funzione della richiesta di annullamento di uno o più provvedimenti".

[16] Sul tema della mancanza di una disciplina normativa volta a fornire le linee direttive dei motivi aggiunti "propri" era già intervenuto F. Fracchia, *Motivi aggiunti, termine di decadenza e modifiche del* petitum, in questa *Rivista*, 1996, 683 ss. Attraverso il suo articolato lavoro di ricerca l'A. operava una ricostruzione complessiva dell'istituto, soffermandosi principalmente sull'intricato tema della decorrenza dei termini per la proposizione dei motivi aggiunti.

[17] Sull'irragionevolezza della necessaria connessione soggettiva, si vedano: G. Abbamonte, *Commento all'art. 1, L. n. 205/2000*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2000, 204 ss.; M. D'Orsogna - F. Figorilli, *Lo svolgimento del processo di primo grado*, cit., spec. 355-356. Secondo questi ultimi, è proprio il profilo della connessione soggettiva ad aver suscitato le maggiori perplessità in quanto, quest'ultimo, se ritenuto requisito essenziale per la proposizione dei motivi aggiunti, avrebbe escluso dal sindacato giurisdizionale una nutrita casistica di attività amministrativa: sottoponendo, così, gli interessati ad una duplicazione di giudizi, con il rischio, tutt'altro che remoto, di dare vita ad un contrasto fra giudicati. Tra gli esempi di esclusione individuati dagli Autori, venivano evidenziate: le ipotesi in cui l'esercizio dell'attività amministrativa avvenga in attuazione di provvedimenti a carattere generale, si guardi ai provvedimenti ablatori che realizzano le scelte determinate in sede di pianificazione generale; e, ancora, al caso di decisioni

Le citate incongruenze possono dirsi oggi superate dall'attuale formulazione della disposizione, così come concepita dal D.lgs. n. 104/2010.

Ora, il vigente art. 43 c.p.a. attribuisce al ricorrente, principale o incidentale, lo strumento processuale deputato a introdurre nel giudizio nuove ragioni a sostegno delle domande già introdotte o, ancora, domande nuove purché in connessione con quelle già proposte[18].

Ne deriva, dunque, un'espressa previsione normativa[19] e un'equiparazione, acquisita almeno relativamente al regime giuridico[20], dei c.d. motivi aggiunti "propri" – avverso i medesimi atti e finalizzati all'introduzione di vizi ulteriori rispetto a quelli già individuati – e di quelli "impropri" – finalizzati, invece, all'impugnazione di atti sopravvenuti purché oggettivamente connessi[21].

Quanto alla prima tipologia di motivi aggiunti, il legislatore ha così inteso riconoscere piena tutela normativa a quelle situazioni

emanate in attuazione degli obiettivi individuati ed approvati con gli accordi di programma o in sede di conferenza di servizi, anche in detta ipotesi i provvedimenti applicativi sono adottati da autorità diversa da quella che ha determinato l'atto presupposto, con conseguente inutilizzabilità dell'istituto dei motivi aggiunti.
Per questa ragione la stessa giurisprudenza – e con essa, poi, il legislatore, con la soppressione della locuzione "tra le stesse parti" di cui al citato art. 21, l. n. 1034/'71 – iniziò ad ammetterne l'ammissibilità anche nell'ipotesi in cui differivano le Amministrazioni pubbliche coinvolte e i cc.dd. controinteressati. Sul tema si vedano in particolare: Cons. Stato, VI, 22 ottobre 2002, n. 5813; 21 novembre 2003, n. 7632; IV, 27 aprile 2004, n. 2555.

[18] Sul tema si rimanda a G. Taglianetti, *Considerazioni in tema di motivi aggiunti e contributo unificato nel processo amministrativo. Come dare un senso compiuto al criterio del* «considerevole ampliamento dell'oggetto della controversia già pendente», in *Federalismi.it*, n. 6/2019. L'art. 43 c.p.a. individua, così, due tipologie di motivi aggiunti: reciprocamente esclusive e congiuntamente esaustive. "Esclusive, nel senso che i motivi aggiunti non possono essere ricondotti contemporaneamente a entrambe le tipologie; esaustive, nel senso che i motivi aggiunti possono essere ricondotti soltanto all'una o all'altra tipologia".

[19] Cfr. F. Siciliano, *Note sull'aggiunzione di motivi dopo l'entrata in vigore del Codice del Processo Amministrativo*, in *For. Amm. Tar*, n. 4/2011, 1445 ss. Secondo l'A. il legislatore ha di fatto positivizzato, anche per i motivi aggiunti tradizionali, due requisiti da tempo stratificatisi nelle pronunce dei Giudici amministrativi, ossia: "un nesso di necessaria consequenzialità, variamente qualificabile, rispetto alla previa instaurazione di un rapporto processuale innanzi al giudice amministrativo, mediante la proposizione del ricorso principale e […] l'*imprinting* formale e sostanziale proprio di quel ricorso introduttivo, alla cui disciplina il Codice integralmente rinvia".

[20] A questo proposito, per ragioni di completezza, si evidenzia che le due tipologie di motivi aggiunti trovano diversa regolamentazione solo per quanto concerne: l'autonomia rispetto al ricorso principale, la debenza del contributo unificato e la possibilità di proposizione degli stessi in sede di appello, riservata esclusivamente ai motivi aggiunti "propri". Sul tema si rimanda a R. Villata - L. Bertonazzi, *Commento all'art. 43 c.p.a.*, in A. Quaranta - V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d. lgs. n. 104/2010*, 427 ss. Per un esclusivo approfondimento sulle problematiche legate al pagamento del contributo unificato si v. ancora G. Taglianetti, *Considerazioni in tema di motivi,* cit.

[21] Sul tema della connessione oggettiva si rimanda a R. De Nictolis, *Codice del processo amministrativo commentata*, Milano, IV, 2017, 825 ss. Come detto, la previsione dei motivi aggiunti avverso atti connessi è stata introdotta dalla l. n. 205/2000 e poi razionalizzata dal codice del processo amministrativo. Orbene, secondo l'A. l'espressione legislativa è sufficientemente ampia e, al fine di operare una corretta definizione della nozione di connessione, rende ipotizzabili una serie di casi esplicativi della stessa. Anzitutto, "il caso più semplice è quello della «connessione infra procedimentale» che si verifica quando vengono impugnati, in tempi diversi, atti del medesimo procedimento. Ciò può accadere quando in un procedimento ci sono atti preparatori che vengono immediatamente impugnati perché di per sé autonomamente lesivi". Segue poi, un'ulteriore ipotesi di "connessione per reiterazione provvedimentale", individuabile nell'ipotesi in cui "l'amministrazione sostituisce l'atto impugnato, su cui pende ricorso, con un nuovo provvedimento, anch'esso non satisfattivo per il destinatario, per esempio l'atto di conferma con diversa motivazione". Infine, una terza categoria di connessione è individuabile nella c.d. "connessione sostanziale". Questa, "si verifica quando vi è una connessione degli interessi in gioco, anche se gli atti appartengono a procedimenti amministrativi formalmente diversi". Un esempio chiarificatore è rinvenibile nel rilascio di concessione edilizia per un'area sottoposta a vincolo paesaggistico, da cui scaturisce il rilascio di apposito nulla osta. Nel caso di specie, vengono a delinearsi due procedimenti amministrativi differenti: quello relativo alla concessione edilizia e quello relativo al nullaosta paesaggistico. "Si può dunque ammettere la connessione e quindi la possibilità di motivi aggiunti ogniqualvolta i ricorsi, se promossi separatamente, sarebbero suscettibili di riunione, come si evince in via esegetica dall'art. 43, c. 3, c.p.a. che in caso di domande connesse proposte con separati ricorsi, ne prevede la riunione".

in cui, dalla produzione di nuovo materiale documentale da parte dell'amministrazione o da vicende di natura extraprocessuale[22], emergano ulteriori profili di illegittimità del provvedimento impugnato con ricorso principale: rendendo così possibile per il ricorrente la proposizione di nuove ragioni, in fatto o in diritto, a sostegno della propria pretesa sostanziale.

Quanto alla relativa disciplina processuale, la disposizione di cui all'art. 43 c.p.a. opera un rinvio alle norme in tema di ricorso, ivi comprese quelle relative ai termini. Pertanto, oltre ai medesimi requisiti formali e agli stessi limiti dimensionali[23], restano ferme le regole in tema di decadenza: non è consentita, per mezzo dei motivi aggiunti, l'impugnazione di nuovi atti o l'introduzione di nuove censure di fronte all'intervenuta decadenza derivante dallo spirare dei termini per la proposizione del giudizio impugnatorio[24].

[22] Ne parla approfonditamente P. Divizia, *Considerazioni in tema di motivi aggiunti,* cit. Nello specifico l'A. riassume gli insegnamenti applicati dalla giurisprudenza, volti a colmare le relative lacune legislative, in tema di introduzione di ulteriori vizi di legittimità per mezzo dei motivi aggiunti propri. Se in primo momento questa aggiunzione era ritenuta ammissibile solo in conseguenza della produzione di nuovi documenti in corso di giudizio (cfr. in tal senso Cons. Stato, Ad. Plen., 2 maggio 1960, n. 4), è ora opportuno precisare che "sia in primo grado sia dinanzi al Consiglio di Stato, la conoscenza dell'elemento o fattore che spinge alla redazione dei motivi aggiunti può avverarsi almeno attraverso tre differenti modalità: in primo luogo, a seguito di una circostanza che matura in seno al giudizio stesso (ad es. l'amministrazione resistente deposita un determinato documento che evidenzia motivi di doglianza nuovi riferitamente al provvedimento impugnato); in secondo luogo, a fronte di un evento verificatosi fra le parti di causa al di fuori del rapporto processuale (ad es. Tizio impugna l'ordinanza di demolizione, chiede ed ottiene una misura cautelare; nelle more del processo inoltra una domanda di concessione in sanatoria e l'amministrazione adotta un nuovo provvedimento di diniego, ovviamente distinto ma connesso con quello impugnato ab origine) oppure, infine, a seguito di un'acquisizione da parte del ricorrente sempre esterna al processo ma del tutto accidentale (ad es. Mevio effettua un accesso c.d. conoscitivo agli atti di un ente e rinviene un documento di vitale importanza per le sorti di una controversia pendente – per questione distinta – con la stessa amministrazione)".

[23] Quanto ai criteri redazionali e ai limiti dimensionali degli atti processuali di parte si rimanda integralmente al d.P.C.S. del 22 dicembre 2016, n. 167, adottato in attuazione dell'art. 13-*ter* disp. att. c.p.a.
In dottrina si v. E.M. Barbieri, *Il superamento dei limiti dimensionali stabiliti per i ricorsi giurisdizionali amministrativi*, in questa *Rivista*, n. 1/2022, 223 ss. Una volta chiarita la fonte del dovere di sinteticità nel processo amministrativo, l'A. si sofferma sulla recente ordinanza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, VI, ord. 13 aprile 2021, n. 3006), la quale "propone una interessante ed innovativa, seppure dichiaratamente provvisoria soluzione ai problemi che si presentano nel processo amministrativo quando le parti, senza essere state previamente autorizzate dal giudice, abbiano superato i limiti dimensionali che, in applicazione del principio di sinteticità, il legislatore ha ritenuto di imporre nella stesura degli atti processuali".

[24] Fatti salvi i medesimi termini previsti per la proposizione del ricorso principale, rilevano in questa sede le peculiarità legate al *dies a quo* di decorrenza degli stessi. Andando con ordine. Come detto, la conoscenza sopravvenuta di ulteriori atti e di ulteriori vizi legittima la proposizione di motivi aggiunti "propri". Pertanto, il termine di sessanta giorni, nel caso di rito ordinario, come affermato da pacifica giurisprudenza decorre dalla piena conoscenza degli atti ulteriori. Sul tema, si veda tra tutte la pronuncia del Cons. Stato, Ad. Plen., del 11 marzo 1998, n. 271. Ora, nello specifico, "è principio acquisito che nel caso di deposito di documenti in giudizio, poiché è configurabile un onere del ricorrente di accertare in segreteria l'eventuale deposito, il termine per la proposizione di motivi aggiunti generalmente decorre dalla data del deposito stesso, mentre quando i termini di deposito, peraltro ordinatori, siano rimasti inosservati, non avendo il ricorrente un siffatto onere, la decorrenza del termine è legata all'effettiva conoscenza del deposito stesso, con dimostrazione di questa a carico della controparte che eccepisce la tardività" (Cfr. Cons. Stato, V, 6 luglio 2002, n. 3717). In ogni caso autorevole dottrina precisa che "i motivi aggiunti possono essere proposti fino al passaggio della causa in decisione: una volta che la causa sia passata in decisione (e sempreché ciò sia avvenuto legittimamente) i motivi aggiunti non possono più essere presentati; la preclusione non significa in tal caso decadenza, ma sull'incapacità del processo pendente a recepire nuovi motivi, tanto è vero che, dandosene gli altri presupposti, si ammettono motivi aggiunti anche in appello" (in questi termini si veda R. De Nictolis, *Codice del processo amministrativo commentata,* cit., spec. 825).
Quanto ai motivi aggiunti "impropri", invece, non convince la tesi della corrispondenza tra deposito in giudizio e piena conoscenza dell'atto sopravvenuto. Trattandosi di un nuovo provvedimento autonomamente lesivo, il termine decorre dalla piena conoscenza dello stesso in capo alla parte personalmente (Cons. Stato, IV, 7 settembre 2000, n. 4725). Da qui deriva la non corrispondenza dei due termini in quanto la prevista comunicazione alle parti costituite, degli atti e documenti

4. La notifica dei motivi aggiunti.

Lo strumento processuale prevede al secondo comma dell'articolo di riferimento una precisa modalità di perfezionamento della notifica dello stesso.

In quanto istituto di natura impugnatoria nuova, i motivi aggiunti necessitano di essere appositamente notificati ai destinatari: sono pertanto inammissibili i motivi aggiunti introdotti per mezzo di mera memoria difensiva non notificata[25].

Orbene, intervenendo nell'ambito di un giudizio già avviato, quanto alla modalità della notifica, l'art. 43 rinvia espressamente all'art. 170 c.p.c.[26]: recante "notificazioni e comunicazioni nel corso del procedimento".

Secondo la disposizione normativa: "dopo la costituzione in giudizio (165, 166 c.p.c.) tutte le notificazioni e le comunicazioni si fanno al procuratore costituito (84 c.p.c.), salvo che la legge disponga altrimenti".

È di immediata evidenza l'obbligo per le parti processuali di notificazione e/o comunicazione nel corso del giudizio di tutti gli atti processuali, recanti tali prescrizioni, al procuratore costituito nel domicilio eletto[27].

La norma sancisce e conferma il principio della c.d. "sostituzione procuratoria": spetta al procuratore la conduzione del processo e l'esercizio di quei poteri di cui diviene titolare a seguito del conferimento della procura.

Attesa l'intervenuta instaurazione di un rapporto professionale tra questi due sog-

depositati dall'amministrazione, produce la "piena" conoscenza solo in capo ai difensori.

[25] Non possono in questa sede ignorarsi le numerose affinità dei motivi aggiunti "propri" con l'istituto previsto dall'art. 73 c.p.a., recante "memorie difensive". Sul tema tra tutti si veda l'attenta ricostruzione del già citato G. Taglianetti, *Considerazioni in tema di motivi aggiunti e contributo unificato nel processo amministrativo,* cit., spec. 4. Secondo l'A., ad eccezione della notifica alle parti costituite, sia i motivi aggiunti "propri" sia le memorie difensive: "non sono soggetti al pagamento del contributo unificato; entrambi gli atti giudiziari non richiedono una nuova procura al difensore (ciò vale, però, anche per i motivi aggiunti "impropri"); entrambi si concludono con la reiterazione della richiesta di annullamento del provvedimento, o dei provvedimenti, originariamente impugnato/i attraverso il ricorso introduttivo; entrambi possono essere proposti direttamente in appello senza che ciò comporti l'elusione del principio del doppio grado di giurisdizione". Nonostante i numerosi punti di contatto, le memorie difensive svolgono tuttavia la funzione di suffragare, con argomenti più approfonditi e richiami dottrinari e giurisprudenziali, i motivi già prospettati con il ricorso introduttivo, essendo preclusa la possibilità di dedurre ulteriori motivi di ricorso ("nuove ragioni") rispetto a quelli proposti *ab origine*. Quest'ultima eventualità è percorribile unicamente attraverso i motivi aggiunti "propri", attraverso la quale si possono prospettare vizi diversi e ulteriori rispetto a quelli già dedotti con il ricorso introduttivo, ampliando in questo modo il *thema decidendum* sul fronte della *causa petendi*.
Ancora, sul tema si rimanda a nota giurisprudenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen., 20 maggio 1980, n. 18. Più recentemente si veda anche la pronuncia del Tar Campania, Napoli, IV, 17 novembre 2010, n. 25190, che dichiara l'inammissibilità delle deduzioni per la prima volta formulate da parte ricorrente con memoria difensiva depositata, non potendosi con memoria non notificata alla controparte allargare il *thema decidendum*.

[26] Se ne riporta il testo per agilità di consultazione. Art. 170 c.p.c.: "Dopo la costituzione in giudizio [165, 166 c.p.c.] tutte le notificazioni e le comunicazioni si fanno al procuratore costituito [84 c.p.c.], salvo che la legge disponga altrimenti. È sufficiente la consegna di una sola copia dell'atto, anche se il procuratore è costituito per più parti. Le notificazioni e le comunicazioni alla parte che si è costituita personalmente si fanno nella residenza dichiarata o nel domicilio eletto".

[27] Ad analoghe conclusioni giungeva nota giurisprudenza, antecedente al d.lgs. n. 104/2010, sia in relazione ai motivi aggiunti avverso atti già impugnati, sia nel caso di censura di provvedimenti connessi. In particolare si vedano rispettivamente: Cons. Stato, V, 6 luglio 2002, n. 3717; 19 febbraio 2007, n. 831. Secondo i Giudici di Palazzo Spada "una volta radicato il contraddittorio nei confronti dell'Amministrazione e una volta che questa si sia costituita in giudizio a mezzo di difensore, correttamente i motivi aggiunti sono notificati presso il difensore stesso nel domicilio eletto; i motivi aggiunti, infatti, si configurano come mezzo di ampliamento del giudizio in corso e, quindi, come atto del giudizio stesso; sicché è da ritenersi comunque legittima e rituale la loro notificazione effettuata presso il predetto domicilio eletto dalla parte intimata anziché in quello risultante dalla relata di notifica dell'atto introduttivo del giudizio".

getti – funzionale alla risoluzione di un contenzioso avente, specialmente dopo gli interventi del legislatore del 2000 e del 2016, un carattere unitario pur se teso a investire nuove determinazioni amministrative – ai sensi dell'art. 84 c.p.c. al difensore costituito per mezzo di regolare procura è, pertanto, attribuito il c.d. *ius postulandi*: identificabile nel potere di compiere e ricevere in luogo e in nome della parte tutti gli atti del processo ad essa indirizzati.

Questo potere deriva direttamente dalla legge e assegna al difensore la più ampia discrezionalità tecnica nell'esplicazione della sua attività professionale. Il procuratore sarà, pertanto, legittimato a impostare la lite e a, eventualmente, modificare la condotta processuale a seconda degli sviluppi in concreto della controversia.

Dal quadro normativo ora esposto deriva, pertanto, l'inammissibilità dei motivi aggiunti notificati alle sole parti reali, persona giuridica o persona fisica, di fatto regolarmente rappresentati in giudizio e costituiti per mezzo di procuratore.

Secondo la disciplina contenuta all'art. 43 c.p.a., infatti, incombe su chi intende proporre motivi aggiunti l'onere di verificare la costituzione delle parti e di provvedere conseguentemente alla notifica del nuovo atto presso il domicilio del difensore nominato nella relativa procura.

Ne consegue, inoltre, che qualora l'Amministrazione resistente benefici del patrocinio obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato, tutte le notifiche andranno effettuate presso la difesa erariale, ciò varrà nello specifico sia per il ricorso introduttivo, sia per i motivi aggiunti. Diversamente, sarà questo il caso delle amministrazioni non statali o di amministrazioni che godono del patrocinio facoltativo, varranno le medesime accortezze pocanzi illustrate utili anche al perfezionamento della notifica nei confronti dei cc.dd. controinteressati.

5. L'interpretazione favorevole al proponente: il caso della sanatoria per raggiungimento dello scopo.

Ora, per quanto premesso, nonostante le disposizioni codicistiche paiano fornire un quadro piuttosto definito, si rileva nella pratica la presenza di un panorama interpretativo alquanto variegato. Accanto a un orientamento giurisprudenziale particolarmente rigido, improntato con fermezza ad assicurare il pieno rispetto di una norma diretta a garantire il diritto di difesa per mezzo della notifica all'avvocato costituito in giudizio[28],

[28] L'indirizzo pretorio del quale si è appena detto è ricavabile da una pronuncia del Tar Lombardia, Milano, I, 24 agosto 2017, n. 1764, con la quale il Giudice amministrativo ha concluso dichiarando l'inammissibilità dei motivi aggiunti notificati presso la sede dell'amministrazione comunale resistente regolarmente costituita in giudizio a mezzo di procuratore. Nello specifico, a dire del Collegio, è pacifico che il disposto dell'art. 43, comma 2, c.p.a., attraverso il richiamo all'art. 170 c.p.c. addossi alla parte l'onere di notificare il ricorso per motivi aggiunti non presso la sede legale dell'Ente, ma presso il procuratore costituito di quest'ultimo. In quest'ottica, secondo i Giudici, la presenza di un dettato normativo di tenore inequivocabile non permette di condividere l'indirizzo giurisprudenziale che ammette la notificazione dei motivi aggiunti presso la sede legale dell'Ente, in applicazione del principio del raggiungimento dello scopo *ex* art. 156, comma 3, c.p.c., richiamato dal successivo art. 160 c.p.c. in tema di nullità della notificazione.
Se ne spiegano subito le ragioni. Secondo i Giudici lombardi, le parole usate dal legislatore nell'art. 43, comma 2, c.p.a. – "le notifiche alle controparti costituite avvengono ai sensi dell'articolo 170 del codice di procedura civile" – non ammettono una interpretazione meramente possibilistica rispetto a modalità alternative di conoscibilità dei motivi aggiunti. Se la giurisprudenza anteriore al codice del processo amministrativo (si veda, *ex multis*, Cons. Stato, IV, 11 ottobre 2007, n. 5354) aveva, infatti, parlato di ammissibilità della notificazione dei motivi aggiunti presso il domicilio eletto (invece di quello reale) della parte intimata, ne deriva che, se l'art. 43, comma 2, c.p.a. fosse stata la semplice codificazione scritta di questo indirizzo,

si colloca un filone interpretativo, in sanatoria, largamente condiviso dalla giurisprudenza amministrativistica.

Secondo quest'ultimo orientamento – confermato anche dal Consiglio di Stato[29] – la notifica effettuata alle sole parti non è condizione di inammissibilità dei motivi aggiunti qualora parte resistente replichi all'atto impugnatorio.

Dopo un breve richiamo all'art. 170 c.p.c., la citata pronuncia del Consiglio di Stato estende al caso di specie un principio di diritto. Seppure la norma letta nel suo tenore testuale non sembra ammettere equipollenti, secondo i Giudici di Palazzo Spada si rende doverosa una interpretazione della stessa, con sua conseguente applicazione, alla luce dei principi dettati dagli artt. 156 e 160 del codice di procedura civile. Norme alla quale il codice del processo amministrativo rinvia per mezzo del c.d. "rinvio esterno" operato dall'art. 39, comma 2, del c.p.a.

Andando con ordine. In forza dell'art. 160 c.p.c., la notificazione è nulla se non sono osservate le disposizioni circa la persona alla quale deve essere consegnata la copia, o se vi è incertezza assoluta sulla persona a cui è fatta o sulla data, salva l'applicazione degli articoli 156 e 157.

L'art. 156 c.p.c.[30] appena richiamato, stabilisce, a sua volta, per quanto di nostro specifico interesse che, la nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato.

Ciò premesso, secondo la citata pronuncia del Consiglio di Stato, dal quadro normativo ora esposto, "si ricava che in assenza dell'espressa previsione (tanto nell'art. 43 del cod. proc. amm., quanto nell'art. 170 del cod. proc. civ.) della comminatoria della nullità della notificazione eseguita, nel corso di un procedimento già in atto, a un soggetto diverso da quello indicato (il procuratore della parte), spetta al giudice accertare se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui era destinato e, in caso positivo, escludere il pronunciamento della ipotizzata nullità".

Dunque, se i motivi aggiunti (notificati solo alla parte reale) sono oggetto di replica e/o controdeduzioni in giudizio dalle controparti deve intendersi raggiunto lo scopo della notifica ed è, dunque, ammissibile il relativo gravame[31].

Apparentemente di analogo contenuto, si è tuttavia inserito nel dibattito interpretativo un orientamento specificativo, qui sintetizzabile in una pronuncia del Tar Lombardia[32], che arricchisce di ulteriori elementi la tesi del raggiungimento dello scopo.

---

la sua formulazione sarebbe stata, più plausibilmente, qualcosa del tipo "le notifiche…*possono avvenire*": individuando, così, due modalità di notifica alternative ed entrambe percorribili. Al contrario, l'utilizzo della formula "avvengono" "sta ad indicare che la notificazione dei motivi aggiunti non solo è legittimamente eseguibile presso il domicilio eletto della P.A. intimata, ma deve necessariamente aver luogo presso il medesimo" (in questi termini Tar Lombardia, n. 1764/2017).

[29] Si veda, in particolare, Cons. Stato, IV, 20 febbraio 2019, n. 1185.

[30] Se ne riporta il testo per agevolare la consultazione. Art. 156 c.p.c: "Non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge. Può tuttavia essere pronunciata quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo. La nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato".

[31] Nel caso di specie, il Consiglio di Stato conclude respingendo l'eccezione di inammissibilità dei motivi ulteriori e aggiunti per le seguenti ragioni: "l'art. 43 del cod. proc. amm. […] va letto nel senso che la modalità ordinaria di instaurazione del contraddittorio con la controparte costituita segue il principio della notificazione presso il procuratore della parte (anche per evidenti ragioni di semplificazione processuale), ma ciò, tuttavia, non osta – in difetto di espressa previsione di legge comminatoria della sanzione della nullità – all'applicazione dei principi generali della sanatoria degli atti processuali e del raggiungimento dello scopo".

[32] Cfr. Tar Lombardia, Milano, I, 7 gennaio 2020, n. 14.

Nello specifico, i Giudici milanesi – questa volta concludendo per l'inammissibilità dei motivi aggiunti, in quanto l'avvocatura erariale, già costituta in giudizio, con memoria depositata non ha preso posizione sulle doglianze articolate con i motivi aggiunti formulati dalla parte ricorrente – hanno inteso esprimere un categorico indirizzo interpretativo.

La sanatoria per raggiungimento dello scopo opera anche se effettuata al solo fine di eccepire la nullità dell'atto non notificato al procuratore costituito. Circostanza questa, necessaria e sufficiente al fine di dedurre la conoscenza dell'effettivo contenuto delle doglianze formulate con i motivi aggiunti e, pertanto, idonea a salvarne gli effetti processuali.

In altre parole, secondo la pronuncia del Giudice lombardo, nel caso di specie non risulterebbe inferibile il "raggiungimento dello scopo" poiché l'unico atto versato in giudizio a seguito dei motivi aggiunti rivestire carattere neutro "concretando [tale atto] un dovuto adempimento processuale in vista della udienza pubblica di discussione del gravame originario, […] sfornito di qualsivoglia argomentazione volta a contrastare l'atto recante motivi aggiunti irritualmente notificato presso la sede reale" di parte resistente.

I limiti di quest'ultima impostazione sono evidenti: l'inammissibilità per nullità della notifica diverrebbe rilevabile esclusivamente d'ufficio, ogni forma di "denuncia" del difetto di notifica implicherebbe una dimostrazione di conoscenza e dunque di "sanatoria" del gravame.

6. La soluzione adottata dal Tar Palermo con la pronuncia n. 328/2025 e la necessaria accettazione del contraddittorio.

In adesione all'indirizzo del "raggiungimento dello scopo", si inserisce la sentenza in commento, in cui il Tar Palermo è stato chiamato a verificare la sussistenza dei presupposti di ammissibilità dei motivi aggiunti, per poi scrutinare l'effettiva sanabilità degli stessi.

Secondo i Giudici siciliani, il vizio della notificazione deve considerarsi sanato dalla difesa nel merito dei ricorsi che la società resistente ha svolto per mezzo di memoria difensiva.

In questa direzione, nonostante nell'atto difensivo venga sollevata l'eccezione di nullità della notifica, la difesa svolta nel merito delle questioni oggetto di giudizio dimostra che lo scopo a cui la notifica dei motivi aggiunti era diretta deve essere considerato effettivamente raggiunto.

Sul punto è richiama la giurisprudenza della Cassazione civile secondo la quale il vizio della notifica è sanato con la costituzione, anche tardiva, della parte in giudizio, e tale effetto si produce anche quando questa è compiuta con il solo scopo di far valere il vizio suddetto[33].

Nello specifico, la Corte di Cassazione ha avuto modo di sottolineare, per segnare la differenza tra una notifica inesistente e una notifica nulla, che "la notificazione dell'atto di impugnazione è inesistente, con conseguente insanabilità *ex tunc*, soltanto allor-

[33] In questo senso si veda Cass. civile, II, 29 gennaio 2015, n. 1676 e, ancora, Cass. civile, sez. lav., 21 dicembre 2015, n. 25684.

ché la relativa abnormità sia tale da non consentirne in alcun modo l'inserimento nello sviluppo del processo, sicché, ove il vizio attenga alla fase della consegna, è inesistente la notificazione fatta a soggetto o in luogo totalmente estranei al destinatario, mentre è nulla, e suscettibile di sanatoria, quella effettuata in luogo o a persona che, pur diversi da quelli indicati dalla norma processuale, abbiano – in base ad una valutazione *ex ante* avente ad oggetto l'astratto raggiungimento dello scopo nonostante il vizio della notificazione - un qualche riferimento con il destinatario"[34].

Nel caso di specie, secondo i Giudici amministrativi, trattasi di una nullità della notifica sanabile in quanto il destinatario della stessa è stata la parte del giudizio in luogo al suo rappresentante processuale, inoltre non è rappresentato nella memoria difensiva depositata né vi si può desumere che la parte abbia subito alcun *vulnus* al proprio diritto di difesa a causa della mancata notifica al procuratore, anzi, le argomentazioni spese nel merito del giudizio dimostrano l'esatto contrario, ossia la valida istaurazione del rapporto processuale anche in relazione ai motivi aggiunti notificati all'ente.

Ne deriva che, se i principi civilistici richiamati sono consolidati con riferimento all'atto fondamentale nella costituzione del rapporto processuale quale la costituzione in giudizio della parte, a maggior ragione possono soccorrere nel caso di specie in cui il rapporto processuale tra le parti era già validamente costituito in virtù della corretta notifica del ricorso introduttivo, riguardando il vizio la notifica di motivi aggiunti rispetto ai quali la parte ha potuto diffusamente dispiegare le proprie difese.

In questa direzione il Tar Palermo era già intervenuto in precedenza: tracciando le basi dell'orientamento interpretativo oggetto di successivo consolidamento[35].

In particolare, in seguito ad apposita eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti per nullità della notifica effettuata alle sole parti reali, i Giudici siciliani della prima sezione hanno rimarcato la circostanza secondo cui «l'art. 43, co. 2, cod. proc. amm. stabilisce che "Le notifiche alle controparti costituite avvengono ai sensi dell'articolo 170 del codice di procedura civile", cioè al procuratore costituito».

Ciò posto, dalla lettura della pronuncia, assume carattere dirimente la condotta processuale delle parti. Nel caso di specie, infatti, parte resistente e controinteressata, attraverso memorie depositate successivamente alla proposizione del ricorso per motivi aggiunti, hanno eccepito l'inammissibilità ai sensi del combinato disposto tra gli artt. 43 cod. proc. amm. e 170 cod. proc. civ., senza tuttavia accettare il contraddittorio sull'atto. Sicché, è stato escluso che lo stesso abbia comunque raggiunto lo scopo cui era diretto.

Lo scopo tipico dei motivi aggiunti non può dirsi raggiunto senza l'accettazione – quantomeno tacita[36] – del contraddittorio,

[34] In questi termini si veda ancora Cassazione civile, n. 25684/2015, cit.

[35] Cfr. Tar Sicilia, Palermo, I, 8 maggio 2019, n. 1274.

[36] È il caso della recente pronuncia del Tar Lombardia, Milano, II, 29 novembre 2022, n. 2649, nella quale il giudice, esprimendosi sull'integrità del contraddittorio, ha rigettato l'eccezione di inammissibilità dei primi motivi aggiunti per notifica dei medesimi alla parte personalmente anziché al procuratore costituito come invece prescritto dagli articoli 43, comma 2, c.p.a. e 170 c.p.c. Nel caso di specie, la notifica è stata sanata secondo il principio del raggiungimento dello scopo, atteso che il Comune, già costituito, si è difeso nel merito anche sulle doglianze contenute nei medesimi motivi aggiunti: accettando tacitamente il relativo contraddittorio. Per queste ragioni, secondo i Giudici

nel caso di specie, non deducibile dalla semplice eccezione in rito di parte resistente.

Ancora, secondo i Giudici siciliani, il ricorso per motivi aggiunti non presentava neppure i requisiti per essere considerato quale autonomo gravame.

Detto ricorso, al di là della mancata articolazione dei fatti di causa, a dire del Collegio, difettava di una nuova e autonoma procura: risultando strutturato quale accessorio al ricorso introduttivo e, pur contenendo ulteriori motivi di doglianza, di mera riproposizione dei motivi già dedotti con il ricorso introduttivo.

Anche sulla base di queste ulteriori considerazioni la sentenza ha concluso confermando e dichiarando l'inammissibilità dell'atto processuale.

Se ne ricava, pertanto, un ulteriore profilo. Fatta salva l'operatività del combinato disposto degli artt. 43 c.p.a e 170 c.p.c., secondo i Giudici siciliani l'ammissibilità dei motivi aggiunti "impropri", erroneamente notificati alle sole parti reali, deve passare anche dalla verifica della "capacità" del gravame, accertata la sussistenza dei rispettivi requisiti di validità previsti, di assumere rilevanza autonoma[37].

lombardi "non deve nemmeno essere disposta la rinnovazione della notifica ai sensi dell'art. 44 c.p.a., nella versione risultante dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 148/2021". Sul tema della rinnovazione delle notifiche nulle si rimanda a E. Romani, *Il regime della rinnovazione delle notificazioni nulle e il declino del principio di autoresponsabilità processuale (nota a C. Cost., 9 luglio 2021, n. 148)*, in questa *Rivista*, n. 1/2022, 119 ss., la quale affronta il problema del declino del principio di autoresponsabilità processuale. "Come testimoniato, infatti, dalla posizione precedentemente assunta dalla stessa Consulta, l'esito del giudizio di costituzionalità non era a rime obbligate: al di là dell'asserita incompatibilità con il processo amministrativo, si sarebbe potuto altresì valorizzare il fatto che la limitazione a cui era soggetta la rinnovazione nel processo amministrativo era ancorata alla inescusabilità dell'errore. A ben guardare, infatti, il sacrificio della compressione del diritto di azione *ex* art. 24 Cost. non era arbitrario, ma governato dal principio di autoresponsabilità della parte processuale".

[37] A questo proposito rileva il tema della doverosità o, al contrario, della facoltatività per l'interessato di utilizzare lo strumento dei motivi aggiunti. Si veda, in particolare, M. D'Orsogna - F. Figorilli, *Lo svolgimento del processo di primo grado*, cit. spec. 357-358. Secondo gli Aa. attraverso l'inciso "possono introdurre con motivi aggiunti nuove domande" in luogo di "tutti i provvedimenti adottati in pendenza di ricorso… sono impugnati mediante proposizione di motivi aggiunti", consente di qualificare questa particolare forma di impugnazione come una mera facoltà, utilizzabile alternativamente al ricorso ordinario, in luogo di un vero e proprio un onere, la cui violazione comporterebbe l'inammissibilità del ricorso proposto in via autonoma contro gli atti connessi. Come già evidenziato in passato da dottrina e giurisprudenza, la *ratio* dell'istituto consiste prevalentemente nella realizzazione della concentrazione processuale. Questo obiettivo e oggi ulteriormente rafforzato dal successivo comma 3 dell'art. 43 "il quale non demanda più alla valutazione discrezionale del giudice l'opportunità di riunire ricorsi, optando al contrario per un vero e proprio obbligo di quest'ultimo di trattare congiuntamente le questioni sottoposte al suo sindacato". Si precisa, tuttavia, che rappresenta unica eccezione all'esclusione dell'obbligatorietà dei motivi aggiunti il processo in materia di appalti pubblici. Interviene a questo proposito la pronuncia del Cons. Stato, 15 gennaio 2021, n. 610 secondo cui "è inammissibile il ricorso proposto avverso l'aggiudicazione di una gara se era stato proposto separato ricorso avverso l'esclusione dalla procedura selettiva, dovendo l'aggiudicazione essere gravata, ai sensi dell'art. 120, comma 7, c.p.a., con atto di motivi aggiunti". Da queste argomentazioni deriva poi un'ulteriore riflessione. L'attuale art. 43 c.p.a. non contiene elementi utili per risolvere l'interrogativo legato alla natura accessoria e alle conseguenze processuali dei motivi aggiunti in caso di inammissibilità del ricorso principale. Secondo M. D'Orsogna - F. Figorilli, *Lo svolgimento del processo di primo grado,* cit., spec. 358, "appare più persuasiva la tesi che induce ad escludere che ad esso vada attribuita sempre ed in ogni caso natura accessoria e, conseguentemente, che vada dichiarata la improcedibilità del medesimo nell'ipotesi in cui il ricorso originario non sia suscettibile, per una qualche ragione, di essere deciso nel merito. La conformazione attuale dell'istituto induce, invece, a distinguere. L'accessorietà potrebbe, al limite, essere predicata con riguardo all'impugnazione di un atto meramente applicativo di quello originario proposta solo per far valere i vizi di illegittimità derivata da quelli già dedotti nel primo ricorso, ma non anche nell'ipotesi in cui venga in questione è un'impugnazione che, per il tipo di collegamento assunto e per il tipo di vizi dedotti, sia suscettibile di essere proposta anche in forma autonoma". Ciò premesso, sull'ulteriore tema degli effetti della perenzione sui motivi aggiunti "impropri" si veda l'interessante riflessione di G. Ferrari, *Motivi aggiunti e perenzione*, in *enciclopedia Treccani*, 2014 disponibile al seguente link: *https://www.treccani.it/enciclopedia/motivi-aggiunti-e-perenzione_(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto)/*.

In altri termini la notifica alle sole parti reali, mancando una espressa accettazione del contraddittorio sull'atto viziato nella notifica, sarebbe giustificata e ammissibile solo nel caso di nuova impugnazione finalizzata a far sorgere un giudizio separato e autonomo[38].

Alla luce del principio di economia processuale, è tuttavia necessaria un'ulteriore precisazione diretta a limitare e restringere l'applicazione della tesi ora esposta. La "clausola di salvezza" è ammissibile solo nel caso di impugnazione di nuovi "provvedimenti diversi da quelli impugnati con il ricorso principale"[39].

7. Riflessioni conclusive.

Si può tentare ora di tracciare una minima ricostruzione in chiave conclusiva.

Chiariti i profili caratteristici dei motivi aggiunti all'interno del processo amministrativo, si è qui inteso riconoscere la presenza di orientamenti contrastanti in tema di inammissibilità della notifica degli stessi alle parti reali in luogo dei procuratori regolarmente costituiti in giudizio.

Se è vero che la pronuncia di inammissibilità di un atto impugnatorio rappresenta nella sostanza una statuizione a contenuto sanzionatorio, è tuttavia necessario evidenziare l'insostenibilità del contrasto giurisprudenziale.

Sarebbe, infatti, opportuno assicurare anzitutto una unità di orientamenti, la cui assenza è fattore di incertezza[40] e apre la

[38] Sul tema si rimanda a noto filone giurisprudenziale, recentemente confermato dalla pronuncia del Tar Calabria, Reggio Calabria, I, 23 marzo 2020, n. 256. "Quanto all'eccezione di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti perché notificato alla sede dell'ente e non al procuratore costituito, secondo una condivisibile esegesi, nel processo amministrativo, ed in particolare nel rito ordinario, a tale irritualità non consegue necessariamente l'inammissibilità dei motivi aggiunti. Considerato che la domanda nuova potrebbe essere proposta anche con ricorso separato, notificato evidentemente alla parte personalmente, e potendo poi il giudice provvedere alla riunione dei ricorsi ai sensi dell'art. 70 c.p.a. (art. 43, co. 3, c.p.a.), risulterebbe illogico dichiarare inammissibile un ricorso che, se proposto in via autonoma, poteva essere riunito e deciso con un'unica sentenza, con un esito, dunque, sostanzialmente analogo a quello che si realizza, in termini di concentrazione processuale, con la proposizione di motivi aggiunti. Ne consegue che il ricorso per motivi aggiunti potrebbe andare indenne dalla sanzione dell'inammissibilità per omessa notifica al procuratore costituito solo laddove […] presenti i requisiti per essere considerato quale autonomo gravame, spettando sempre al giudice la qualificazione dell'azione".

[39] In particolare, si veda Tar Lombardia, Brescia, I, 27 febbraio 2017, n. 274. "La giurisprudenza ha rilevato che i motivi aggiunti, allorché siano rivolti contro provvedimenti diversi da quelli impugnati con il ricorso principale, «possono non essere ritenuti inammissibili, quand'anche notificati al domicilio reale e non al domicilio eletto, a condizione che possiedano tutti i requisiti formali e sostanziali di un autonomo ricorso, e quindi che siano stati proposti sulla base di un nuovo mandato al difensore (cfr. Tar Emilia-Romagna, sez. I di Bologna, 13/10/2014, n. 963; Tar Valle d'Aosta, sez. I, 10 luglio 2013, n. 46) e che presentino una compiuta esposizione delle censure, non bastando una reiterazione delle stesse mediante un generico richiamo al ricorso introduttivo» (Tar Sicilia Catania, sez. III – 9/8/2016 n. 2124 e la giurisprudenza ivi citata)".

Nello stesso senso si veda anche Tar Calabria, Catanzaro, I, 9 maggio 2012, n. 434. "Una volta radicato il contraddittorio nei confronti dell'Amministrazione e una volta che questa si sia costituita in giudizio a mezzo di difensore, il ricorso per motivi aggiunti segue il procedimento per la proposizione del ricorso principale e, quindi, richiede la notifica presso il difensore stesso nel domicilio eletto, ma, nel caso specifico, poiché il ricorso per motivi aggiunti risulta essere stato proposto avverso un sopravvenuto provvedimento, l'impugnativa può essere considerata alla stregua di un ricorso autonomo, del quale conserva, in ogni caso, i requisiti di sostanza e di forma, essendo stato proposto con atto sottoscritto da difensore munito di nuovo mandato e notificato agli enti locali interessati entro il termine decadenziale. In quest'ultimo caso, dunque, il ricorso per motivi aggiunti, ancorché unito a quello principale, può seguire il procedimento per la proposizione di un autonomo ricorso e quindi può essere notificato in modo irrituale presso la sede legale dell'Amministrazione intimata e non presso il procuratore costituito".

[40] Sul tema della certezza del diritto si veda P.L. Portaluri, *Per una* vicinitas *assiologica: cercando di accrescere la tutela processuale dei beni comuni*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2023, spec. 2. Secondo l'A. "la costruzione assiologica dell'ordinamento comporta una conseguenza necessitata, che fa deragliare ancor di più dal sistema a diritto legislativo: la lotta per affermare i valori – *quali che essi siano* – che ne costituiscono l'ossatura. Il che rischia di imprimere una torsione innaturale al diritto giurisprudenziale, che diviene appunto, a sua volta, un *diritto di lotta combattuta*

via a possibili violazioni del diritto di uguaglianza processuale.

Questo porta con sé numerosi problemi di paralisi difensiva e di connessi favoritismi per una o per l'altra parte, a seconda che il giudizio sia sorto innanzi a collegi propensi ad accogliere la clausola del "raggiungimento dello scopo".

L'avvocato costituito in giudizio si troverà, così, di fronte a un bivio problematico, dipendente dall'orientamento seguito dal Giudice adito: astenersi da ogni atto processuale normalmente auspicabile avverso il gravame, mai notificato al difensore, o richiedere l'inammissibilità dei motivi aggiunti viziati da nullità della notifica.

Passando ora al merito della vicenda sono opportune alcune ulteriori riflessioni a valenza conclusiva.

Nell'opinione di chi scrive, la trasposizione generalizzata dell'orientamento teso alla salvezza degli effetti per "raggiungimento dello scopo", senza la garanzia della espressa e volontaria accettazione del contraddittorio, adduce evidenti limitazioni e *vulnera* al diritto di difesa di parte resistente, dei controinteressati e anche del ricorrente stesso nel caso di motivi aggiunti proposti a seguito di ricorso incidentale[41].

La sanatoria per "raggiungimento dello scopo" nasce, nel diritto processuale civile, per sanare quelle irritualità commesse da parte ricorrente nelle ipotesi in cui parte resistente si sia ugualmente costituita in giudizio.

Per "raggiungimento dello scopo" si vuole intendere quella capacità dell'atto e, più nello specifico, della notifica di informare i soggetti interessanti dell'effettiva apertura di un giudizio astrattamente idoneo a coinvolgerli. La sanatoria deriverebbe, pertanto, dalla idoneità della notificazione, seppur irregolare, a rendere edotte le altre parti permettendone ugualmente di costituirsi in giudizio e, conseguentemente, di esercitare il diritto di difesa.

Lo scopo della notifica di un atto a contenuto impugnatorio non è soltanto portare a conoscenza del destinatario la domanda di controparte, bensì anche – anzi, soprattutto – disporre il destinatario nelle condizioni di difendersi in giudizio, permettendogli il compimento dell'attività processuale conseguente alla ricezione dell'atto tramessogli.

Nel caso di specie, trattandosi di notifica di motivi aggiunti alla parte già costituita in giudizio, questa interpretazione sanante obbligherebbe il procuratore costituito, al quale non vengono garantiti i termini a difesa previsti a seguito della proposizione di motivi aggiunti e decorrenti dal perfeziona-

con le armi delle norme interpretate" (corsivi originali). In chiave penalistica M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2016, spec. 23, parla di "lotta ermeneutica contro fenomeni che non si ritengono adeguatamente tutelati dalla legge".

[41] Sulla diffusa "giurisprudenzializzazione" del diritto contemporaneo e sui problemi ad essa connaturati, si veda G. Pino, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 517 ss., spec. 542 ss. Secondo l'A. vi è "il rischio che il diritto dello Stato costituzionale diventi non solo sempre più giurisprudenziale, ma anche sempre più sapienziale (nel senso di «tecnico», esoterico, iniziatico) […] con evidenti ripercussioni sul valore della certezza del diritto, tanto più quando la pratica dell'interpretazione conforme si spinge fino alla disapplicazione della legge da parte dei giudici comuni". Sia qui consentito il richiamo anche a M. Luciani, *L'eclissi della certezza del diritto*, in *Libero osservatorio del diritto*, 2015: "La tecnica di normazione per princìpi implica un tasso maggiore di incertezza nel riferimento alla Costituzione e suggerisce la distinzione tra attuazione e applicazione della Costituzione". In chiave almeno teorica, "la prima dovrebbe essere riservata al legislatore, mentre la seconda dovrebbe spettare all'amministrazione e alla giurisdizione, ma in pratica i confini si sono offuscati, per la sempre più frequente pretesa della giurisdizione (costituzionale e non) di attuare i princìpi costituzionali prescindendo dalla previa mediazione legislativa. La giurisdizione, così facendo, si impossessa di spazi che dovrebbero essere riservati alla legislazione, pretendendo di identificare direttamente i tempi e i modi dell'attuazione costituzionale".

mento rituale della notifica, di astenersi da ogni funzione difensiva[42] in attesa di una pronuncia di inammissibilità da parte del Giudice che ne ravvisi il difetto di notifica.

Il Giudice amministrativo sarebbe così, di fatto, l'unico vero titolare del potere di eccepirne il difetto.

Ne deriverebbe, pertanto, una completa inutilità del richiamo contenuto nell'art. 43 c.p.a. e la conseguente inutilizzabilità della disposizione di cui all'art. 170 c.p.c.: soprattutto nel processo amministrativo dove, a seguito dell'avvento del Processo Amministrativo Telematico (PAT), opera l'obbligo di deposito telematico di tutti gli atti processuali[43].

In ragione della ipotetica pronta conoscibilità di ogni atto processuale, il passo verso il superamento di ogni forma di notifica a seguito dell'apertura del fascicolo telematico potrebbe comportare, tra l'altro, un rischioso e alquanto gravoso onere difensivo di accertamento senza termine di possibili depositi da parte dei partecipanti al processo amministrativo.

Orbene, riconoscere alla mera conoscenza *aliunde* dell'atto notificato da parte del destinatario, quand'anche provata, il dedotto effetto sanante della nullità della notifica di un atto processuale "significherebbe ammettere un'indiscriminata surrogabilità e disapplicazione dei procedimenti notificatori disposti dal legislatore, con il conseguente rischio di totale incertezza in ordine alla legale conoscenza degli atti e con evidente violazione dell'art. 24 Cost."[44].

Ciò rende quantomeno perplessa l'interpretazione forzatamente garantista nei confronti della sola parte notificante, che va a discapito delle altre parti processuali.

Pierandrea Corleto

[42] È quanto avvenuto nella sentenza del Cons. Stato, V, 30 novembre 2020, n. 7558, nella quale è stata affermata l'operatività del principio della sanatoria della nullità per raggiungimento dello scopo. Nel caso di specie, secondo i Giudici, la società controinteressata nonostante fosse già costituita per resistere al ricorso principale avverso la proposta di aggiudicazione, ha mostrato di conoscere sia l'udienza fissata per la camera di consiglio (anche) sui motivi aggiunti, che il contenuto del ricorso per motivi aggiunti. Questa sarebbe desumibile in ragione della comparsa all'udienza, anche se soltanto al fine di eccepire, con dichiarazione resa a verbale dal difensore, la nullità della notificazione del ricorso per motivi aggiunti.

[43] Sul tema del creazionismo giudiziario e della c.d. "crisi della legge" si v. F. Saitta, *Regole processuali, indeterminatezza e creazionismo giudiziario*, in questa *Rivista*, n. 2/2024, 261 ss. Secondo l'A. le ragioni della fuga verso un diritto sempre più giurisdizionale sono svariate. Il progressivo indebolimento del potere legislativo che ne deriva, ha reso a tutti evidente che "l'interpretazione – qui intesa in senso ampio, «come attività compiuta dal giudice al fine di risolvere il caso a lui sottoposto», *ergo* comprensiva «di quelle attività (per esempio colmare le lacune e risolvere le antinomie) che sarebbe preferibile chiamare di integrazione e che presuppongono l'interpretazione intesa come determinazione e attribuzione di significato alle disposizioni normative» – appare un'operazione non equiparabile a quella conosciuta dai giuristi del passato: se il significato della legge non è più «quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse» (art. 12, comma 1, delle Preleggi), significa che – come ben diceva un compianto semiologo – si è ormai pervenuti ad una «sovra-interpretazione»". Il fenomeno è reso ancora più complesso quando questo nuovo modo di porsi del Giudice finisce per generare mutamenti e adattamenti anche delle norme processuali. Sul tema si vedano: C.E. Gallo, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il processo*, 2020, 347 ss.; P.L. Portaluri, *Ascendenze del creazionismo giurisprudenziale e ricadute sul processo amministrativo: il controllabile paradigma dell'accesso al giudice*, in questa *Rivista*, n. 2/2021, 232 ss.

[44] In questo senso si veda Cons. Stato, VII, 17 novembre 2022, n. 10111. I Giudici di Palazzo Spada sull'eccezione di presunta conoscenza del ricorso, hanno poi specificato che "laddove la notifica sia affetta da nullità, essa può ritenersi sanata per raggiungimento dello scopo solo allorquando il destinatario abbia compiuto l'atto successivo che nella serie processuale rappresenta la conseguenza necessaria dell'atto viziato".

8. Requisiti dimensionali degli atti processuali e *jus superveniens*

Lo *jus superveniens* in materia di requisiti dimensionali degli atti di parte: una soluzione pragmatica, ma dubbia (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 13 marzo 2025, n. 3)

Sommario: 1. La questione. – **2.** Sull'applicazione del *tempus regit actum* agli atti del processo. – **3.** Sulla natura delle misure previste dal vigente art. 13-*ter*, comma 5, n. att. c.p.a. – **4.** Sul passaggio in decisione della controversia come momento rilevante ai fini dell'applicazione dello *jus superveniens*. – **5.** Per una legislazione consapevole.

1. La questione.

Nella sentenza che si commenta l'Adunanza Plenaria ha affrontato il tema dell'efficacia temporale del nuovo art. 13-*ter*, comma 5, n. att. c.p.a. (introdotto dalla l. n. 207/2024), riguardante le conseguenze del superamento dei limiti dimensionali degli atti di parte, in coerenza con il principio generale di sinteticità fissato dall'art. 3 c.p.a.[1].

La questione sollevata innanzi alla Plenaria era, invero, più articolata, poiché sollecitava un intervento del collegio su una serie di problemi interpretativi riconducibili all'originaria disciplina dell'art. 13-*ter*[2].

La Plenaria non ha trattato il problema nella sua interezza, limitandosi ad affermare l'immediata applicazione della disciplina sopravvenuta ai processi pendenti al 1 gennaio 2025 (data di entrata in vigore della l. 207/2024), che prevede, in caso di eccedenza, una condanna alla maggiorazione del contributo unificato.

La soluzione, per quanto non immune dagli interrogativi di cui poi si dirà, ha il pregio di superare le incertezze originate

[1] Per una ricostruzione della disciplina del c.p.a. e delle norme di attuazione cfr. A. Cassatella, *Sub art. 3 c.p.a.*, in G. Falcon - B. Marchetti - F. Cortese (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Padova, 2021, 33; G. Cusenza, *Sub art. 113 n. att. c.p.a.*, *ivi*, 1136 ss. Per approfondimenti cfr. E.M. Barbieri, *Il superamento dei limiti dimensionali stabiliti per i ricorsi giurisdizionali amministrativi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2022, 223 ss.; F. Francario, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte,* in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 129 ss.; Id., *Redazione dell'atto e nullità processuale. Abnormi applicazioni del principio di sinteticità*, in F.G. Scoca - M.P. Chiti - D.U. Galetta (a cura di), *Liber amicorum per Guido Greco*, Torino, 2024, 331 ss.; M. Nunziata, *La sinteticità degli atti processuali di parte nel processo amministrativo: fra valore retorico e regola processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 1327 ss.; F. Saitta, *La violazione del principio di sinteticità degli atti processuali*, in *Il processo*, 2019, 539 ss.

[2] Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 17 gennaio 2025, n. 352.

dalla previgente formulazione dell'art. 13-*ter*, che esonerava il giudice dalla lettura delle pagine che superavano i limiti stabiliti dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167/2016. L'art. 13-*ter* non precisava, tuttavia, le conseguenze della violazione dei limiti e della mancata lettura sul piano della validità ed efficacia degli atti di parte, aprendo la via alle soluzioni ondivaghe richiamate dall'ordinanza di rimessione alla Plenaria.

Sono risapute, a questo riguardo, le perplessità della dottrina – e della stessa giurisprudenza – circa fondamenti del principio di sinteticità e le sue implicazioni pratiche.

Se non si può seriamente dissentire in ordine alla necessità di contenere gli atti di parte entro un limite ragionevole, sembrava e sembra discutibile stabilire *ex ante* degli standard dimensionali calcolati in rapporto alle tecniche di impaginazione di ricorsi e memorie, ancorché suscettibili di deroga su autorizzazione del giudice; soprattutto, era criticabile la scelta di esonerare il giudice dalla lettura delle pagine non rientranti nei limiti stabiliti dal decreto, demandando alla prassi interpretativa il compito di stabilire la conseguenza più adeguata, ove si ritenesse di non applicare la radicale soluzione dell'inammissibilità della parte (per lo più in diritto) eccedente il limite[3].

Già in altra sede si era osservato, a questo proposito, come la soluzione più congrua fosse quella di considerare il superamento dei limiti ai fini della condanna alle spese o di altra misura pecuniaria, così da non penalizzare eccessivamente il contraddittorio processuale e l'esigenza di decidere il merito della controversia nell'interesse di tutte le parti coinvolte nel giudizio[4].

Va in questa direzione l'attuale disciplina dell'art. 13-*ter*, comma 5, c.p.a., i cui contenuti sembrano pertanto idonei a superare l'*impasse* interpretativa.

2. Sull'applicazione del *tempus regit actum* agli atti del processo.

Come anticipato, la Plenaria ha stabilito l'immediata applicazione della riforma a tutti i procedimenti pendenti alla fine del 2024, e non ai soli giudizi instaurati a partire dal gennaio 2025, data in cui la riforma è entrata in vigore assieme alla legge di bilancio che ne costituisce la fonte[5].

Ad avviso della Plenaria, infatti, al caso di specie si applica il principio del *tempus regit actum*. Quello che può individuarsi come *actus* rilevante non è tuttavia l'atto (ricorso o memoria) delle parti, ma quello del giudice, ossia la sentenza che decide sulla controversia applicando la misura prevista dall'art. 13-*ter*.

Tutto ciò implica, in concreto, che la norma si applichi a tutti i giudizi pendenti e non ancora decisi dal giudice dopo il passaggio in decisione della controversia, ai sensi dell'art. 73 c.p.a.

La soluzione, laconicamente prospettata dalla stessa Plenaria, offre la possibilità di riflettere sull'estensione del *tempus regit*

[3] Per queste critiche cfr., fra gli altri, A. Panzarola, *La visione utilitaristica del processo civile e le ragioni del garantismo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2020, 104 ss., al quale si rimanda per considerazioni di carattere generale antecedenti alla riforma dell'art. 121 c.p.c.

[4] Cfr. A. Cassatella, *L'inammissibilità dell'appello manifestamente prolisso*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, 237 ss.

[5] Si trascrive, per comodità di lettura, il punto 7 diritto: «la natura processuale del nuovo art. 13-*ter*, comma 5, comporta che, in assenza di un'apposita disciplina transitoria, esso si applica anche ai ricorsi depositati antecedentemente al primo gennaio 2025».

actum in ambito processuale e sull'applicazione dello *jus superveniens* nel processo amministrativo, raramente indagato in dottrina se non in rapporto agli effetti del giudicato[6].

La questione non trova risposta immediata nelle norme del d. lgs. 104/2010, per cui si impone una disamina più ampia del fenomeno, da desumersi da un raffronto con il processo civile ai sensi dell'art. 39 c.p.a.

Entrando nel vivo della trattazione, occorre considerare come il *tempus regit actum* non sia altro che un corollario del principio di legalità – sostanziale e processuale – che impone tanto alle amministrazioni che ai giudici di agire e decidere nel rispetto dei parametri vigenti nel momento in cui si esercita un dato potere: le sue fonti, pertanto, possono essere immediatamente individuate negli artt. 97 e, per quanto interessa, 101 Cost., a propria volta ricognitive di principi generali propri dello Stato di diritto[7].

I problemi di maggiore interesse riguardano i casi in cui, pendente un procedimento o un processo, lo *jus superveniens* incida sulla latitudine del potere pubblico, mutandone presupposti ed effetti nello iato temporale sussistente fra l'apertura e la conclusione di una certa operazione.

Solitamente la questione è affrontata e risolta con riguardo alla disciplina sostanziale che conforma le singole situazioni soggettive e il potere pubblico che si raffronta ad esse, mentre è meno frequente che si rifletta attorno al modo in cui le norme che regolano l'azione amministrativa o il rito processuale possono mutare nel corso del tempo[8].

Si apre qui la questione decisa dalla Plenaria, posto che essa investe non solo i poteri del giudice, ma, a monte, la disciplina riferibile agli atti di parte sulla base dell'art. 3 c.p.a. e le norme che vi danno concreta attuazione.

Non pare possibile individuare, allo scopo, soluzioni generali, considerando innanzitutto come l'art. 11 delle preleggi, secondo il quale la legge non dispone che per l'avvenire, non ha rango costituzionale ed è dunque derogabile dal legislatore stesso. Si deve perciò stabilire di volta in volta, in rapporto alla disciplina sopraggiunta e degli atti su cui essa incide, l'effettiva portata dello *jus superveniens*[9].

A riprova della relatività delle soluzioni praticabili, è affermazione ormai tralatizia che il principio del *tempus regit actum* non privi il legislatore del potere di intervenire sulla disciplina di un processo in corso, purché ciò avvenga nei limiti della ragionevolezza: ragionevolezza da stabilirsi, beninteso, tramite un'interpretazione costituzionalmente orientata o sollevando questione di legittimità costituzionale[10].

---

[6] Fanno eccezione F. Francario, *Osservazioni in tema di giudicato amministrativo e legge interpretativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 277 ss.; S. Perongini, *La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. Il provvedimento amministrativo "ora per allora"*, II, Torino, 2022, 256 ss., dove il tema è analizzato con riferimento all'incidenza dello *jus superveniens* sull'oggetto del giudizio di legittimità e non sulle questioni di rito oggetto di questa nota.

[7] Su tali fondamenti rimane essenziale il rinvio a H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 2021, 299 ss.

[8] Su questi aspetti cfr. rispettivamente G.D. Comporti, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Torino, 2001, *passim*; R. Villata - G. Sala, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, Torino, 1996, *ad vocem*; sul versante processuale, risalendo a E. Fazzalari, *Efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1989, 889 ss., cfr. R. Caponi, *Tempus regit processum: un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 449 ss.; B. Capponi, *Cosa è retto dal tempus*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2019, 179 ss.

[9] Così R. Caponi, *op. cit.*, 454 ss.

[10] Molto influente, nelle sentenze dei giudizi ordinari – meno in quelle dei giudici amministrativi – l'orientamento della Corte

Se, dunque, appare irragionevole alterare in corso di giudizio l'intero rito, nulla esclude che lo *jus superveniens* possa incidere sul regime degli atti di parte o processuali: il che può comportare che gli atti afferenti a una data fase del giudizio siano retti da una certa disciplina, integrata o sostituita da una nuova regolamentazione che si applica nella fase successiva[11].

Entro questa cornice si comprende l'applicazione temperata del criterio del *tempus regit actum* fatta propria dalla giurisprudenza, soprattutto civile.

Giova richiamare, al riguardo, l'orientamento prevalente in Cassazione: «quando [a seguito di una sopraggiunta disciplina] il giudice procede ad un esame retrospettivo delle attività svolte, ne stabilisce la validità applicando la legge che vigeva al tempo in cui l'atto è stato compiuto, essendo la retroattività della legge processuale un effetto che può essere previsto dal legislatore con norme transitorie, ma che non può essere liberamente ritenuto dall'interprete». Un'indebita applicazione retroattiva della legge processuale si ha, invece, «sia quando si pretenda di applicare la legge sopravvenuta ad atti posti in essere anteriormente all'entrata in vigore della legge nuova, sia quando si pretenda di associare a quegli atti effetti che non avevano in base alla legge del tempo in cui sono stati posti in essere»[12].

Quest'ultimo passaggio va sottolineato anche ai fini della questione affrontata dalla Plenaria: dalla giurisprudenza di Cassazione emerge, infatti, come il *tempus regit actum* non consenta di far derivare da atti predisposti in un momento anteriore all'entrata in vigore di una certa disciplina gli effetti della disciplina sopravvenuta.

La regola è pertanto quella che gli atti processuali formati in un tempo "x" siano assoggettabili alle conseguenze vigenti nel tempo "x" e non nel successivo tempo "y", cosicché il giudice che decida nel tempo "y" dovrà comunque fare transitoria applicazione delle norme previgenti al tempo "x"[13].

Torna pertanto attuale un remoto insegnamento di Chiovenda, per il quale «la legge processuale nuova rispetta gli atti e i fatti compiuti sotto la legge antica; il che significa che anche gli effetti processuali non ancora verificatisi dell'atto o fatto già compiuto rimangono regolati dalla legge antica»[14].

In via giurisprudenziale si afferma l'operatività necessaria di un siffatto regime transitorio anche nel caso in cui la legge taccia, al fine di fare salve le conseguenze degli atti elaborati nella vigenza di una disciplina anteriore.

È una logica coerente non il principio di autoresponsabilità della parte che elabora gli atti e che deve rispondere della loro violazione in rapporto alla disciplina vigente, e conoscibile, nel momento stesso in cui essi sono strati predisposti. Viene al contempo salvaguardata la certezza del diritto (processuale, e a valle sostanziale), rispetto

Costituzionale, come espresso in Cort. Cost., 2018, n. 13, su cui cfr. ancora B. Capponi, *Certezza e prevedibilità della disciplina del processo: il principio tempus regit processum fa ingresso nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2018, 188 ss.

[11] Sulla possibilità di applicare il *tempus regit actum* anche agli atti di parte cfr. sempre R. Caponi, *op. cit.*, 454 ss.

[12] Cfr. Cass. civ., Sez. III, 15 febbraio 2011, n. 3688. Per ulteriori applicazioni, cfr. Cass. civ., Sez. I, 13 dicembre 2024, n. 32365; Cass. civ., Sez. VI, 15 ottobre 2020, n. 22407.

[13] Come attentamente osservato in dottrina, il *tempus regit actum* andrebbe a rigore qualificato come *tempus regit effectum*: così R. Caponi, *op. cit.*, 455.

[14] Cfr. G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 78 ss., con la precisazione che, nei processi pendenti, l'applicazione della nuova legge agli atti da compiere può essere ammessa se ed in quanto compatibile con gli effetti già verificatisi, o in corso di verificazione continuativa.

a non prevedibili mutamenti della legislazione[15].

Facendo applicazione dei suddetti criteri al caso di specie, si potrebbe dunque ritenere che lo stesso principio del *tempus regit actum* invocato dalla Plenaria, ove riferito agli atti di parte come referente della decisione del giudice ai sensi dell'art. 13 *ter*, comma 5, impedisca di applicare ad essi la disciplina entrata in vigore nel gennaio 2025.

Questo modo di applicare il *tempus regit actum* – riferendolo agli atti di parte, e solo in via riflessa a quelli del giudice – è stato sperimentato anche ai fini della sinteticità degli atti del giudizio civile, nei termini stabiliti dall'art. 121 c.p.c., novellato dal d.lgs. n. 149/2022 (c.d. riforma Cartabia)[16].

La vigente disciplina del c.p.c. dispone che la violazione dell'obbligo di sinteticità rilevi ai fini della condanna alle spese, ai sensi dell'art. 46 n. att. c.p.c. Questa misura non si applica, tuttavia, ai processi già pendenti alla data di entrata in vigore della riforma Cartabia, per esplicita scelta del legislatore[17].

La giurisprudenza di Cassazione ha tuttavia sottolineato come, anche in difetto di analoga previsione, la riforma non sarebbe stata applicabile agli atti di parte formati nei processi pendenti.

La disciplina transitoria sarebbe infatti «esplicazione del principio generale della *perpetuatio iurisdictionis* sancito dall'art. 5 c.p.c.; in proposito, va ricordato che, in assenza di norme che diversamente dispongano, il processo civile è regolato nella sua interezza dal rito vigente al momento della proposizione della domanda, non potendo il principio del *tempus regit actum*, in forza del quale lo *jus superveniens* trova applicazione immediata in materia processuale, che riferirsi ai singoli atti da compiere, isolatamente considerati, e non già all'intero nuovo rito»[18].

Può lasciare perplessi la concezione estensiva della *perpetuatio iurisdictionis* sottesa alla pronuncia della Cassazione, ma questo non infirma la corretta intuizione del collegio circa la variazione del *tempus regit actum* in rapporto agli atti presi a riferimento[19]; tuttavia, quando si afferma che la nuova disciplina si applica ai singoli atti isolati «da compiere», si ribadisce che essa non trovi applicazione indifferenziata nei confronti degli atti di parte già compiuti secondo il rito previgente e dei perduranti poteri del giudice che quegli atti abbiano come indefettibile presupposto.

Ipotizzando che la soluzione individuata dalla Cassazione sia espressiva di un principio generale, applicabile anche al processo amministrativo in forza dell'art. 39 c.p.a., essa conduce a conclusioni opposte a quelle sostenute dalla Plenaria. Il novellato art.

[15] Per una soluzione di segno opposto cfr. E. Fazzalari, *op. cit.*, 892, secondo il quale lo *jus superveniens* sarebbe sempre immediatamente efficace, salvo disposizione contraria, ai processi in corso. Un temperamento sarebbe possibile solo nel caso in cui la legge successiva determini una situazione deteriore a carico del titolare del rapporto insorto sotto la legge previgente.

[16] Sulla riforma cfr. F. Noceto, *Chiarezza e sinteticità degli atti di parte nella recente riforma del processo civile. Minimi tentativi di inquadramento sistematico*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2024, 617 ss.

[17] Cfr. la disciplina transitoria stabilita dall'art. 35, comma 1, del d.lgs. n. 149/2022.

[18] Cfr. Cass. civ., Sez. I, 13 dicembre, 2024, n. 32365.

[19] Per una condivisibile critica all'interpretazione estensiva dell'art. 5 c.p.c., sovente espressa con riferimento al criterio del *tempus regit processum*, cfr. B. Capponi, *Il diritto processuale "non sostenibile"*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2013, specie 865 ss.; in senso favorevole, ma sulla base di una qualificazione del *processum* come *actus trium personarum* e del criterio come espressione di un'esigenza di certezza anche a vantaggio delle parti, cfr. R. Caponi, *op. cit.*, 459.

13-*ter*, anche nel silenzio della legge e in assenza di una disciplina transitoria, troverebbe applicazione ai soli giudizi instaurati dal 1 gennaio 2025 e non a quelli ancora pendenti alla stessa data, regolati dal precedente rito e ancora esposti ai dubbi interpretativi sollevati dalla III Sezione.

La soluzione potrebbe essere inappagante in concreto, ma pare giustificata dallo stesso silenzio della legge di riforma dell'art. 13-*ter*, che non prevede disciplina transitoria e, soprattutto, non precisa se la nuova norma si applichi retroattivamente agli atti di parte formulati in giudizi pendenti: il che impone di utilizzare il criterio interpretativo stabilito dall'art. 11 delle preleggi, in ordine alla irretroattività delle disposizioni nel silenzio del legislatore.

Va da sé che, sulla base di queste considerazioni, la Plenaria non avrebbe dovuto ritenere applicabile immediatamente la riforma con assorbimento delle questioni interpretative inerenti alla disciplina previgente, ma avrebbe dovuto affrontare i quesiti sollevati dalla III Sezione componendo i contrasti giurisprudenziali riferibili ai giudizi ancora pendenti e retti dalla previgente disciplina.

3. Sulla natura delle misure previste dal vigente art. 13-*ter*, comma 5, n. att. c.p.a.

L'applicazione del nuovo art. 13-*ter* alle controversie già pendenti solleva dei dubbi anche in rapporto alla misura prevista dal comma 5, che prescinde dall'esito del ricorso e dalla soccombenza. Si rammenti che il giudice può condannare la parte al pagamento di una somma complessiva fino al doppio del contributo unificato previsto in relazione all'oggetto del giudizio, anche in aggiunta al contributo già versato.

Il potere di cui beneficia il giudice ai sensi del comma 5, sembra innanzitutto distinto dal potere di condannare la parte soccombente al pagamento delle spese del giudizio, in rapporto al quale l'art. 26 c.p.a. impone di tener eventualmente conto del rispetto dei principi in materia di chiarezza e sinteticità degli atti processuali.

In tal senso la disciplina applicabile al processo amministrativo si distingue pure da quella stabilita dal d. lgs. n. 149/2022, che impone al giudice civile di tenere conto della violazione del dovere di sinteticità ai soli fini della condanna alle spese ai sensi del menzionato art. 46 delle norme attuative del c.p.c.

Non pare dubbio che l'art. 13-*ter* sia caratterizzato da un *quid pluris* che lo differenzia da altre fattispecie. Resta da chiarire entro quale modello possa essere sussunto il potere di condanna introdotto dalla riforma.

Si potrebbe ipotizzare che essa rappresenti una speciale declinazione della condanna al pagamento di un contributo maggiorato, nei termini previsti dall'art. 13, commi 1-*quater* e 6-*bis*-1 del d.P.R. n. 115/2002. In tal caso, la pronuncia imporrebbe l'adempimento di un obbligo tributario posto a presidio del buon andamento processuale, pregiudicato dalla formulazione di atti eccedenti i limiti dimensionali applicabili.

Viene in rilievo, anche in questo caso, la giurisprudenza di Cassazione.

Si è premesso, al riguardo, che il contributo unificato costituisce «una "tassa", in quanto ha come presupposto impositivo l'espletamento del servizio pubblico della giustizia richiesto dal soggetto che promuove la lite». Il contributo rispecchia «un metodo di imposizione sui "servizi giurisdizionali"

che ha sostituito i previgenti sistemi analitici di tassazione giudiziaria per lo più "d'atto" con un prelievo tributario *una tantum*, normalmente commisurato al valore della lite, rendendo il processo, nei suoi singoli gradi, un unico evento presupposto».

Da questa premessa discende che il raddoppio del contributo, dovuto in caso di impugnazioni inammissibili, improcedibili o integralmente infondate, non ha carattere sanzionatorio, «perché al legislatore si riconosce ampia discrezionalità nel perseguire svariate finalità con l'imposizione fiscale, ed una di esse ben può essere quella di scoraggiare le impugnazioni dilatorie o pretestuose, apprestando un parziale ristoro dei costi del vano funzionamento dell'apparato giudiziario»[20].

Lo stesso ordine di idee andrebbe riferito al caso, previsto dall'art. 13, comma 6-*bis*-1, di maggiorazione del contributo dovuta a omessa indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata (e recapito fax) del difensore, assumendosi che lo scopo della norma sia quello di incentivare un'efficiente comunicazione con le parti e il giudice.

Non pare, tuttavia, che l'art. 13 *ter* sottenda un siffatto obbligo tributario.

Contro questa soluzione sembra deporre la formulazione del comma 5, che conferisce al giudice un potere di commisurazione della somma dovuta entro un massimo edittale, in linea con il principio stabilito dall'art. 11 della l. n. 689/1981. Si coglie poi con un'assonanza con i poteri sanzionatori conferiti al giudice civile ai sensi dell'art. 96, ultimo comma, c.p.c., introdotto dal d.lgs. n. 149/2002 in casi di abuso del processo ad opera della parte[21].

Così argomentando, la riforma entrata in vigore nel 2025 avrebbe innovato il sistema sanzionando direttamente la parte responsabile della predisposizione di atti non sintetici, senza incidere sulla loro efficacia processuale, come invece accadeva nella precedente versione dell'art. 13-*ter*. In tal modo sarebbe garantito il diritto di difesa delle parti, pur senza rendere simbolico il dovere di chiarezza e sinteticità degli atti stabilito dall'art. 3 c.p.a., che degraderebbe la norma a *lex imperfecta*.

Assunta la natura sanzionatoria della misura prevista dal comma 5, si riapre tuttavia il problema dell'efficacia temporale della riforma.

La stretta legalità delle sanzioni dovrebbe inibirne l'efficacia retroattiva, in coerenza con quanto stabilito dall'art. 1 della l. n. 689/1981 e con lo stesso art. 11 delle preleggi. Né potrebbe ritenersi di essere in presenza di una *lex mitior*, dato che l'art. 13-*ter* introduce per la prima volta un meccanismo sanzionatorio prima non operante, stante il fatto che le conseguenze della previgente disciplina verso gli atti di parte non rispondevano a una logica "sanzionatoria" in senso stretto, ma alla mera consequenzialità della violazione di una norma di rito[22].

[20] Tutti i passaggi citati sono riferiti a Cass. civ., Sez. Un., 17 luglio 2023, n. 20621.

[21] La disposizione prevede la condanna aggiuntiva della parte soccombente a una somma compresa fra i 500 e i 5000 euro. Secondo Cass. civ., Sez. Un., 6 giugno 2024, n. 15892 si tratterebbe di una misura sanzionatoria riferibile all'abuso del processo della parte condannata.

[22] Sull'irretroattività della disciplina sanzionatoria cfr. fra le altre Cort. Cost., 21 marzo 2019, n. 63; Cass. civ., Sez. II, 26 luglio 2024, n. 20949; Cass. civ., Sez. II, 16 gennaio 2024, n. 1698; Cass. civ., Sez. II, 13 giugno 2022, n. 19030; Cons. Stato, Sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5746; Cons. Stato Sez. VI, 4 giugno 2010, n. 3497. In dottrina cfr. da ultimo F.G. Scoca, *Il punto sulla nozione e sulla disciplina delle sanzioni amministrative*, in *Dir. Amm.*, 2025, 2 ss.

Si potrebbe eventualmente assumere che la violazione dell'obbligo di sinteticità degli atti di parte, nei termini generalmente prescritti dall'art. 3 c.p.a., incida sulla condanna alle spese del giudizio *ex* art. 26 c.p.a., e che nella condanna debbano essere comprese le somme individuate sulla base della disciplina di attuazione.

Questo ragionamento, che giustificherebbe l'applicazione dello *jus superveniens* rispetto al potere di comminare la condanna alle (complessive) spese del giudizio, assorbe tuttavia l'irrisolto problema della qualificazione delle singole voci di spesa: se ci si interroga sulla natura della voce inerente alla maggiorazione del contributo unificato, il tema della sua natura torna in primario rilievo e lascia riemergere tutti i dubbi palesati in precedenza.

4. Sul passaggio in decisione della controversia come momento rilevante ai fini dell'applicazione dello *jus superveniens*.

Un ulteriore elemento di interesse concerne il punto della sentenza, in cui, respinta la tesi dell'appellata, si è affermato che la riforma trovi applicazione anche ai procedimenti passati in decisione, ma non ancora decisi. Tale era il caso di specie, in cui il passaggio in decisione era stato seguito dalla devoluzione della controversia alla Plenaria, con perdurante pendenza del giudizio[23].

La soluzione appare corretta, e coerente con la stessa formulazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a., che non priva il giudice del potere di accertare d'ufficio lo *jus superveniens*, salva l'integrazione del contraddittorio per permettere alle parti di dedurre in argomento[24].

La pronuncia della Plenaria fa nondimeno dipendere l'applicazione della riforma dalle variabili temporali della singola controversia.

Per l'effetto della pronuncia, infatti, la riforma si applica ai quei ricorsi che, pur depositati anteriormente ad altri, non siano stati ancora decisi: in rapporto ai carichi pendenti; alla trattazione anticipata di ricorsi oggetto di istanza di prelievo (art. 71, comma 2, c.p.a.); alla trattazione prioritaria di ricorsi che caratterizzati dall'identità della questione controversa (art. 72 c.p.a.) o suscettibili di immediata definizione (art. 72-*bis*); alla sussistenza di cause di sospensione o interruzione estranee alla volontà delle parti (art. 79 c.p.a.).

È stato puntualmente sottolineato, in dottrina, come la tempistica dei giudizi e della trattazione della controversia dipenda in misura non irrilevante dalla discrezionalità gestoria del giudice[25].

Il fenomeno è entro certi limiti fisiologico, ma mostra il suo lato patologico proprio

[23] Si trascrive il punto 10 in diritto: a fronte dell'argomento dell'appellata, che riteneva già definito il giudizio con il primo passaggio in decisione innanzi alla III Sezione, la Plenaria ha sottolineato che «è irrilevante la circostanza che una prima volta la causa sia passata in decisione in data antecedente all'entrata in vigore della novella legislativa, poiché la Terza Sezione non ha definito il giudizio, il quale prosegue secondo lo *jus superveniens*».

[24] È affermazione costante in giurisprudenza che lo *jus superveniens* – anche processuale – debba essere accertato in ogni stato e grado del giudizio mediante l'esercizio dei poteri officiosi: cfr. Cass. civ., Sez. lav., 16 agosto 2024 n. 22875; Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 661.

[25] Cfr. F. Saitta, *Interprete senza spartito. Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, 301 ss.

con riferimento all'applicazione dello *jus superveniens*, che non a caso il legislatore accompagna sovente a previsioni transitorie volte a tener ferma l'applicazione della disciplina previgente ai processi ancora pendenti.

Basti un esempio. Ipotizzando la contestuale instaurazione di due giudizi nel dicembre 2023, non è difficile immaginare che la prima controversia sia stata definita a novembre 2024 senza esaminare la parte eccedente e determinando l'inammissibilità o la reiezione nel merito del ricorso[26], e che la seconda controversia sia stata decisa nel gennaio 2025, con una mera sanzione pecuniaria a carico della parte che abbia violato il dovere posto dall'art. 3 c.p.a. e dalla relativa disciplina di attuazione.

Ove la vicenda riguardi giudizi di primo grado, si potrebbe ipotizzare un appello nei confronti della declaratoria di inammissibilità o infondatezza del ricorso eccedente i limiti consentiti, con devoluzione della controversia al Consiglio di Stato e richiesta di applicare lo *jus superveniens* favorevole: in tal caso il giudice d'appello potrebbe dunque avere una piena cognizione delle doglianze della parte appellante, salva applicazione del nuovo art. 13 *ter* nella disciplina ora vigente.

Tale possibilità sembra invece esclusa per i giudizi di appello ormai definiti, a meno che non si ipotizzi l'oppugnabilità per cassazione prospettando un eccesso di potere ai danni del legislatore per aver ricondotto alla violazione della previgente disciplina dell'art. 13 *ter* delle conseguenze non previste dalla legge: ipotesi remota, se si considera che l'integrazione di una disciplina vaga o la soluzione di lacune rientra nella normale attività interpretativa del Consiglio di Stato, non censurabile per cassazione[27].

In questi ultimi casi, pertanto, la parte che abbia visto dichiarare irrilevanti o inammissibili le proprie doglianze e/o difese in appello in ragione del superamento dei limiti quantitativi sulla base della previgente versione dell'art. 13-*ter* si trova in una situazione peggiore di chi abbia profittato del differimento della decisione, non avendo inoltre gli strumenti per reagire a siffatta disparità.

L'argomento può non essere sufficiente a giustificare una diversa soluzione ad opera della Plenaria, ma evidenzia le implicazioni di una tesi che non tiene in debito conto l'importanza di un regime transitorio rispetto all'applicazione della riforma: regime che si poteva ipotizzare in via pretoria facendo leva sulle coordinate ermeneutiche di cui si è dato conto.

5. Per una legislazione consapevole.

Tutte le ravvisate incertezze discendono, a ben guardare, dalla formulazione dell'art. 1, comma 813, della l. n. 207/2024, che come tutte le leggi di bilancio è caratterizzata da un profluvio di disposizioni non solo prive di coordinamento interno, ma pure slegate dal resto del sistema processuale o sostanziale, con note ricadute in termini di certezza del diritto e stabilità delle relazioni intersoggettive.

Senza affrontare i noti problemi di ordine teorico generale in ordine alla scarsa

[26] Per questo rigoroso indirizzo cfr. Cons. Stato sez. VII, 4 aprile 2024, n. 3079; Cons. Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2023, n. 8928.

[27] Su queste implicazioni si rinvia ad A. Cassatella, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2018, 635 ss.

qualità della legislazione, basti qui limitare l'analisi a una comparazione fra la menzionata legge e le previsioni del d.lgs. n. 149/2022.

L'art. 1, comma 813, della l. n. 207/2024 non contiene una disciplina transitoria, né fa riferimento all'efficacia temporale della riforma. Viceversa, l'art. 35, comma 1, del d.lgs. n. 149/2022 ha espressamente stabilito che la (più complessa) riforma si applichi ai procedimenti «instaurati» successivamente alla data di entrata in vigore della nuova disciplina processuale, con applicazione della disciplina anteriormente vigente ai procedimenti «pendenti» alla medesima data.

Non si indulge in valutazioni di politica del diritto o considerazioni *de iure condendo* se si osserva che, con un minimo impegno del legislatore, controversie come quelle devolute alla Plenaria si sarebbero potute evitare, togliendo ogni dubbio in ordine all'efficacia temporale della disciplina entrata in vigore nelle more dei giudizi pendenti.

Nell'importante libro di Massimo Luciani sulla necessità di garantire una perdurante separazione dei poteri un intero capitolo è dedicato alla "produzione della legge", dove a ragione si biasima lo smarrimento «del punto di equilibrio di un normare preciso e all'un tempo consapevole delle note comuni che sono sottese all'infinità dei rapporti giuridico-sociali»[28].

L'obiettivo polemico di Luciani è quello della legislazione minuta, che si esprime l'esercizio di poteri materialmente amministrativi mediante bilanciamenti di interessi che non dovrebbero essere propri di una disciplina che ambisca alla generalità e astrattezza delle previsioni e dei disegni riformatori.

Si può tuttavia estendere la critica alla legislazione di bilancio che, riformando disposizioni apparentemente minute come l'art. 13-*ter* con misure di per sé ragionevoli, non si cura di affrontare il problema della successione delle leggi processuali nel tempo: problema certo avulso da una legislazione protesa a disciplinare gli effetti latamente finanziari della violazione del dovere di sinteticità degli atti di parte, ma non per questo estraneo alla necessità di concepire quello processuale come un reale sistema di tutele e garanzie, se non altro perché fondato nelle sue premesse sull'art. 24 Cost., e nel suo svolgimento sull'art. 111 Cost.

Sono questi principi costituzionali a non essere adeguatamente considerati dal legislatore, che demanda ai giudici i difficili e non lineari bilanciamenti rimessi alla propria responsabilità politica[29].

Antonio Cassatella

[28] Cfr. M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 125.

[29] Per critiche di segno analogo, attinenti alla mancata individuazione del diritto transitorio, cfr. già R. Caponi, *op. cit.*, 459.

9. Sull'efficacia nel tempo delle pronunce di incostituzionalità

Natura del rapporto giuridico e limiti all'efficacia nel tempo delle pronunce di incostituzionalità (nota a Cass., sez. I civ, 16 aprile 2025 n. 10057)

Sommario: 1. Sintesi del fatto. – **2.** Il quadro normativo rilevante. – **3.** I cardini della decisione: la natura del rapporto giuridico. – **3.1.** Segue: i rapporti esauriti e i limiti all'efficacia temporale delle pronunce di incostituzionalità. – **4.** Conclusioni: le peculiarità del rapporto depositeria-amministrazione.

1. Sintesi del fatto.

La ricostruzione della vicenda sottesa alla pronuncia in commento passa per il collegamento di plurime pronunce del giudice ordinario.

Il contenzioso origina dal ricorso proposto dalla società privata per ottenere la differenza tra quanto liquidato dall'amministrazione prefettizia ai sensi dell'art. 38 del d.l. 269/2003[1] e il maggior importo spettante applicando le tariffe di cui all'art. 12 del dpr 571/1982, *ratione temporis* applicabili a seguito della declaratoria di incostituzionalità del menzionato art. 38 (C. cost. n. 92 del 2013). Gli emolumenti derivano dall'attività di custodia dei veicoli sequestrati in via amministrativa a seguito di violazione del codice della strada svolta nel corso degli anni dalla ricorrente.

Questo primo giudizio si è concluso a sfavore del privato (ord. Trib. Roma n. 2834 del 2020), avendo l'organo giudicante ritenuto che il rapporto tra amministrazione e depositeria fosse esaurito in quanto non era stato avversato davanti al giudice amministrativo il provvedimento della prefettura; come tale rimaneva insensibile alla naturale efficacia retroattiva della pronuncia di incostituzionalità.

Proposto appello avverso la decisione di prima cure, il giudice di secondo grado (sent. App. Roma n. 3881 del 2024) ha statuito l'invalidità della precedente delibazione, decidendo a favore della società appellante. A parere del collegio, infatti, la relazione giuridica tra parte privata e soggetto pubblico – connotata da diritto-obbligo – non poteva dirsi esaurita, visto che, vertendosi in tema di quantificazione del pagamento di somme dovute per l'espletamento di un servizio pubblico, non avrebbe avuto alcun rilievo l'impugnazione della decisione amministrativa di cui all'art. 38. Di esaurimento del rapporto si sarebbe potuto allora par-

[1] Su cui si rinvia subito *infra*, al paragrafo successivo.

lare solo se fosse occorsa una *res iudicata* o una prescrizione estintiva decennale, entrambe assenti nella fattispecie *de qua*.

A questo punto, il contenzioso è proseguito innanzi alla Suprema Corte di cassazione con la pronuncia in analisi.

Il gravame mosso dalla parte pubblica è stato proposto attorno, ancora una volta, al tema della natura del rapporto giuridico e, di conseguenza, all'esaurimento del medesimo ai fini dell'efficacia della sentenza della Consulta. Ebbene, il supremo consesso di legittimità ha dato torto all'amministrazione, avallando il *dictum* di secondo grado. Secondo la Corte, il meccanismo congegnato dal legislatore con l'art. 38 del d.l. 269/2003 doveva ritenersi composto di due momenti, uno pubblicistico sull'*an debeatur* fissato dal provvedimento prefettizio, fondante interessi legittimi e dunque di competenza del giudice amministrativo, ma, per decorrenza dei termini, oramai insensibile a qualsiasi sopravvenienza, persino alla declaratoria di incostituzionalità; e uno privatistico sul *quantum debeatur* derivante dallo stesso art. 38, concernente un diritto di credito soggetto alla giurisdizione ordinaria e ancora permeabile alle pronunce della Corte costituzionale, in quanto non prescritto (né coperto da giudicato).

La pronuncia in parola si mostra quindi di primario interesse per comprendere la natura del rapporto incardinato sull'art. 38 cit. e per trattare del tema, caro al diritto costituzionale, dei limiti all'efficacia nel tempo delle sentenze del giudice delle leggi. Per una migliore analisi della fattispecie, merita un *excursus* la cornice normativa che fa da retroterra alla vicenda in oggetto; sarà così più agevole comprendere le tematiche connesse.

2. Il quadro normativo rilevante.

Il diritto comune in materia di gestione dei beni mobili sequestrati in via amministrativa è fissato nel dpr 571/1982[2]. In tema di autoveicoli, tale risalente testo trova oggi applicazione in ogni caso in cui, per qualsiasi ragione, non vi sia spazio per la normativa del codice della strada[3].

A fronte della regola generale di cui all'art. 7 c. 1 del dpr 571/82, che prevede la custodia dei beni sequestrati presso l'ufficio cui appartiene l'organo sequestrante, le disposizioni successive, assecondando il principio derogatorio scolpito all'art. 7 c. 3, prescrivono l'individuazione di un soggetto pubblico o privato che assuma le vesti di custode *ad hoc* (art. 8 c. 1). È il prefetto territorialmente competente a procedere ad una ricognizione degli operatori che possono ricoprire quest'ultimo incarico, a cadenza annuale (art. 8 c. 2).

Il profilo attinente alle spese di custodia è regolato dagli artt. 11 e 12. Nel dettaglio, una volta che sia divenuto inoppugnabile il provvedimento di confisca oppure che sia disposta la restituzione del bene, il custode,

[2] Il decreto è stato varato quando era ancora vigente la precedente regolamentazione organica di cui al dpr 393/1959 (recante il testo unico delle norme sulla circolazione stradale), che tuttavia non prefigurava sanzioni reali; il referente normativo del potere cautelare amministrativo andava infatti rinvenuto all'esterno di questa cornice e, precisamente, nei commi 2 e 3 dell'art. 13 l. 689/1981.

[3] Le disposizioni codicistiche di nostro interesse si rinvengono negli artt. 213 e 214-*bis*. Ogniqualvolta sia prescritta la sanzione della confisca del veicolo, l'organo accertatore ne dispone il sequestro a fini cautelari. Le successive norme si appuntano sulle modalità gestorie del mezzo, onde garantirne un'adeguata conservazione, preferibilmente, non onerosa per la p.a., incentrandosi sull'obbligo di custodia in capo al medesimo trasgressore oppure, se non possibile, al custode-acquirente, selezionato all'esito di una gara pubblica.

con apposita istanza, può chiedere la liquidazione del *quantum* all'amministrazione prefettizia, che lo calcola sulla base delle tariffe fissate dal prefetto (e degli usi locali). È fatto comunque salvo il diritto di ripetizione di quanto pagato a danno del trasgressore (art. 11 c. 2).

Agli artt. 13, 14 e 16 si rinviene la disciplina della restituzione delle *res*[4], mentre all'art. 15 viene sancita la regola secondo cui, divenuto definitivo il provvedimento ablatorio, il bene sequestrato va alienato (o distrutto)[5].

Col tempo, il meccanismo immaginato dal dpr 571/82, a causa della carenza di risorse e della lentezza delle procedure, ha portato ad un considerevole aumento dei veicoli depositati presso custodi privati, con corrispondente lievitazione degli oneri finanziari. Onde far fronte a questa emergenza e facilitare l'avvio del nuovo sistema eretto dal codice della strada, il legislatore è intervenuto, inaugurando la fase delle alienazioni straordinarie.

Con l'art. 38, commi 2 e seguenti, del d.l. 269/2003[6] – da cui origina il nostro contenzioso – è stata costruita una procedura di alienazione coattiva *ope legis* dei veicoli sequestrati[7] aventi precise caratteristiche indicate dal testo di legge. Nello specifico, il comma 2 delimita l'ambito applicativo oggettivo, prevedendo che la procedura coinvolga esclusivamente i mezzi sequestrati a seguito di violazione del codice della strada[8], immatricolati da almeno 5 anni e collocati presso i depositi di cui al dpr del 1982 da almeno 2 anni[9], purché sprovvisti di interesse storico o collezionistico. Ebbene, tali mezzi sono *ex lege* alienati ai medesimi custodi, anche ai soli fini della rottamazione, secondo elenchi disposti su base provinciale dalle prefetture, persino se non sottoposti a confisca e carenti della documentazione sullo stato di conservazione. L'efficacia traslativa discende dalla notificazione al depositario.

Il *quantum* della cessione è calcolato dalle amministrazioni in modo cumulativo, tenuto conto delle condizioni di conservazione, del tipo di veicolo, degli eventuali oneri di rottamazione (comma 4), compensandolo con i costi di custodia che, per espressa eccezione legislativa (comma 6), sono rivisti in deroga (e a ribasso) delle tariffe di cui al dpr 571/82.

---

[4] Qualora l'avente diritto non ritiri la cosa entro sei mesi da quando l'atto che ne dispone la restituzione è divenuto inoppugnabile, l'amministrazione ne ordina la vendita e accantona le somme così ricavate (art. 16). Questa norma, tuttavia, dovrebbe oggi ritenersi abrogata, dal momento che per i veicoli abbandonati esiste una disciplina speciale di cui al dpr 189/2001, che vede coinvolto in prima battuta il demanio.

[5] Ovviamente il denaro ottenuto dalla vendita va devoluto all'erario. Se il bene sequestrato è di interesse storico o artistico può essere acquisito al patrimonio indisponibile dello Stato (art. 15 c. 3); ai commi successivi viene dettagliata la sorte di altre tipologie di beni che qui possiamo tralasciare. In base al successivo art. 17, le procedure di alienazione seguono la disciplina della contabilità di Stato (cfr. r.d. 2440/1923).
Nel complesso, pertanto, le differenze rispetto al meccanismo delineato dal codice della strada sono lampanti: alla gara competitiva, si sostituisce una valutazione imperativa e discrezionale del prefetto nel selezionare i depositi; all'accordo negoziale, la fissazione unilaterale amministrativa delle tariffe; all'unicità dell'aggiudicatario, la pluralità delle depositerie. Comunque, resta inteso che, in ogni caso in cui non si raggiunga, nel contesto provinciale, la sottoscrizione del contratto ex art. 214-*bis* cds, o questo per qualsiasi causa risulti inefficace, la disciplina a cui fare riferimento resta quella del dpr ricordato.

[6] Convertito con modifiche nella l. 326/2003.

[7] Compresi quelli fermati e confiscati. La sequenza ivi delineata prevale pure sulle procedure speciali di alienazione eccezionalmente attivate dalle singole prefetture e si applica al loro posto (comma 10).

[8] Assieme a quelli non alienati per la mancanza di acquirenti.

[9] Rispetto al 30 settembre 2003.

Come accennato in apertura di questo scritto, il sistema brevemente descritto è stato tuttavia colpito da censura di incostituzionalità, con la sentenza n. 92/2013. In sintesi, il giudice delle leggi ha radicato la pronuncia sul fatto che col decreto-legge richiamato si sia snaturata l'originaria relazione p.a.-custode, imponendo a quest'ultimo – in assenza del suo consenso - – rendersi cessionario dei veicoli, derogando per giunta *in peius* alle tariffe che regolavano il suo corrispettivo. L'intervento legislativo ha, in questo modo, frustrato l'aspettativa del privato, aggiungendo oneri non prevedibili ad un rapporto di durata e comportando, peraltro, una sperequazione tra rapporti di custodia che, in quanto concernenti veicoli immatricolati o detenuti da più tempo, rimangono assoggettati al regime del 1982 e quegli altri che, seppur esauriti, rientrando nella cornice applicativa delineata, sono regolati dal decreto del 2003. Sebbene sia dunque pacifico l'assunto che una norma retroattiva in materia extrapenale possa essere costituzionalmente legittima, nella specie difetta quel fondamentale requisito di ragionevolezza (art. 3 Cost.), declinato nei termini di un giusto bilanciamento tra le posizioni in gioco, che avrebbe reso immune da vizi la novella.

La normativa comune, fissata dal dpr 571/82, ha visto così ampliarsi il suo raggio di applicazione, essendo stata invalidata la norma speciale per opera del giudice delle leggi[10]; di conseguenza, avrebbero dovuto applicarsi le tariffe custodiali *ratione temporis* vigenti di cui all'art. 12, al posto dei criteri di calcolo fissati dal ricordato art. 38 c. 6. Che è quanto poi domandato dall'attore nella fattispecie in commento[11].

3. I cardini della decisione: la natura del rapporto giuridico.

L'ordinanza in discorso poggia la sua delibazione su due ordini di ragioni, intimamente connessi: la natura privatistica del rapporto tra depositeria e amministrazione e il suo mancato esaurimento.

Partiamo dal primo segmento del ragionamento del collegio, ossia dalla natura del rapporto. Secondo la Cassazione, essa sarebbe identica sia che si versi nel sistema ordinario di gestione dei beni sequestrati fissato dall'art. 8 del dpr 571/1982, sia che si applichi il modello eccezionale di cui

[10] Cfr. G. Amoroso - G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, Milano, 2020, 455 ss. e A. Celotto - F. Modugno, *La giustizia costituzionale*, in F. Modugno (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2016, 754 ss.

[11] Il legislatore, al fine di evitare un aggravio della finanza pubblica, si è nuovamente attivato, sfruttando lo stesso istituto dell'alienazione straordinaria, ma, memore del *dictum* della Consulta, vi ha apportato alcuni correttivi (cfr. l. 147/2013, art. 1 commi 444 e seguenti). Il nuovo procedimento ha un ambito di applicazione quasi equipollente a quello del 2003 (veicoli sequestrati, fermati, confiscati o non alienati per mancanza di acquirenti giacenti in deposito da almeno 2 anni, stavolta anche se di interesse storico-collezionistico), mentre è del tutto identico il meccanismo giuridico (alienazione massiva al custode).
Gli aspetti innovativi sono rappresentati dal coinvolgimento del proprietario (comma 445) e dal ruolo del custode (comma 446). Infatti, sotto il primo versante, redatto e pubblicato ad opera della prefettura l'elenco dei mezzi nelle condizioni descritte, il titolare del bene ha l'onere di ritirarlo entro 60 giorni dalla pubblicazione del menzionato elenco, pagando contestualmente il compenso al custode.
In riferimento al secondo profilo, decorso inutilmente il termine per il ritiro, la prefettura invia una proposta contrattuale di alienazione cumulativa al custode con valenza transattiva (gli artt. 1965 ss. c.c. sono espressamente richiamati), che può essere accettata o meno, salvaguardando dunque la posizione della controparte; con essa, viene fissato il corrispettivo della cessione, considerando il tipo e le condizioni del veicolo e gli oneri di rottamazione, al netto di quanto dovuto al privato per il servizio di custodia (comma 447).

all'art. 38 del d.l. 269/2003. Questa equivalenza non pare convincente.

L'inquadramento giuridico della natura del rapporto che si instaura tra prefettura e custode in forza del sopra citato art. 8 non è invero operazione facile. Da un canto, troviamo i custodi che sono, testualmente, "obbligati" a conservare il mezzo e per la cui attività hanno diritto ad un compenso monetario; dall'altro l'ente pubblico che, in base al dato legislativo, "individua" e "riconosce" i soggetti a cui affidare la custodia. Sulla sola scorta del dato letterale, dunque, parrebbe che la prefettura sia chiamata ad emanare un provvedimento meramente accertativo; eppure, un'interpretazione sistematica e teleologica porta alla diversa conclusione che si tratti di atto costitutivo, della specie delle autorizzazioni. Difatti, con la sua attività, la prefettura amplia in senso favorevole la sfera giuridica dei custodi, conferendo loro la possibilità di essere coinvolti nel servizio di conservazione dei veicoli, su loro istanza e, dunque, sulla base di una loro precisa manifestazione di volontà; possibilità che in precedenza non potevano all'evidenza sfruttare, a causa di limiti giuridici.

A prescindere dalla natura ricognitiva o costitutiva dell'intervento pubblico, in ogni caso è certo che la relazione *de qua* è autoritativa; e anche l'ordinanza in commento è del medesimo avviso.

L'autorizzazione, più precisamente, si potrebbe atteggiare a precondizione di un rapporto paritetico tra p.a. e custode, fonte di reciproche obbligazioni di stampo negoziale (art. 1766 ss. c.c.)[12], specialmente sul versante dei corrispettivi, ciò che avviene comunemente in materia di servizi pubblici. Giova peraltro rammentare che, come riconosce il giudice della nomofilachia, in C. cost. 92/2013 si parla di rapporto *iure privatorum*, derivante da un accordo contrattuale. È pur vero che i contratti della p.a. vanno formati per iscritto a pena di nullità (art. 1350 c.c. e artt. 16 e 17 r.d. 2440/23) e, nella fattispecie, manca un testo negoziale. Pertanto, si potrebbe pensare di inquadrare la situazione in un rapporto obbligatorio *ex lege* oppure in un contratto di fatto, che ripete la disciplina codicistica per il solo profilo della relazione bilaterale[13].

Pure su questo aspetto, dunque, al di là di queste ultime criticità, nella sostanza, il *dictum* della Cassazione pare assecondabile. Lo è meno quando applica lo stesso ragionamento in riferimento all'alienazione straordinaria di cui al d.l. del 2003.

In questa evenienza, a nostro avviso, il rapporto tra amministrazione e depositeria è unitario e integralmente attratto alla sfera del diritto pubblico, connotato, da un lato, da un potere autoritativo conferito dalla legge al fine di contrarre l'esposizione debitoria maturata negli anni (a mezzo dell'alienazione-compensazione), e, dall'altro, da un interesse legittimo della depositeria al corretto impiego del medesimo.

Qui, infatti, non si tratta più dell'espletamento di un servizio di interesse generale a cui fa da contraltare un diritto soggettivo di credito, ma di un'alienazione coattiva *ope*

[12] Da ciò scaturiscono conseguenze giuridiche di sicuro rilievo. Sul versante del diritto pubblico, per esempio, la relazione p.a. – custode potrebbe essere formalizzata in un accordo sostitutivo *ex* art. 11 l. 241/90. Sul fronte civilistico, troveranno applicazione le regole codicistiche sul rapporto contrattuale (*in primis*, le norme sulla responsabilità – artt. 1218 ss. c.c.). Per approfondimenti, sia concesso rimandare a U. Natoli, *I contratti reali*, Milano, 1975, *passim*, e a U. Majello, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, *passim*.

[13] C.M. Bianca, *Diritto civile. I contratti*, Milano, 2019, 29 ss.; N. Irti, *Scambi senza accordo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, II, 1998, 347 ss.; C. Angelici, voce *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXV, Roma, 1991, 8 ss.

legis di certi beni a favore della depositeria che ne aveva assunto la custodia. L'autorizzazione di cui al dpr 571 cit. rimane sullo sfondo, come presupposto di fatto valido per individuare, in primo luogo, i soggetti destinatari dell'alienazione e, in secondo luogo, i veicoli da cedere; non assume invece alcun ruolo nel colorare la relazione alienante-alienatario.

Il provvedimento di liquidazione *ex* art. 38 è pedissequo adempimento della legge e possiede tutti i caratteri propri del provvedimento amministrativo idoneo a modificare situazioni giuridiche altrui, senza necessità di alcun consenso del destinatario.

Che i due contesti siano ben distinti, lo ammette espressamente il collegio giudicante, nel momento in cui qualifica come "innovazione"[14] del rapporto l'intervento del legislatore del 2003: appunto, sostituzione legale della preesistente relazione quasi negoziale, con una nuova di matrice autoritativa. L'elemento discriminante tra le due sta in questo, che mentre nella prima il soggetto privato esprime la sua volontà di inserirsi nel circuito delle depositerie amministrative, formalizzando un'istanza che spetterà alla prefettura vagliare discrezionalmente; nella seconda, invece, questo non avviene: la depositeria – già autorizzata – non può evitare l'alienazione e i connessi pagamenti, se non avversando l'atto d'imperio davanti al giudice amministrativo, ciò che ha rappresentato peraltro l'elemento cruciale della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 38.

A quest'ultimo proposito, inoltre, non è affatto corretto ritenere, come fa l'ordinanza, che l'intervento della Consulta sia ricaduto "solo sulle disposizioni che trattavano del corrispettivo dell'alienazione al custode-acquirente"[15], dal momento che il *dictum* del giudice delle leggi, colpendo il comma 2 dell'art. 38, ha riguardato primariamente il meccanismo sostanziale di (imprevedibile e irragionevole) cessione coattiva e, solo in seconda battuta, il profilo del compenso.

Nemmeno pare convincente la scissione proposta dal giudice di legittimità tra la fase sull'*an* – pubblicistica – e quella sul *quantum* – privatistica. Questo distinguo è coerente se si guarda all'ordinaria relazione radicata sul dpr del 1982. Non lo è rispetto all'alienazione separata, dove il pagamento (di norma in compensazione col prezzo della cessione) è un tutt'uno, sia dal punto di vista formale che sostanziale, con l'alienazione. Elementi utili in tal senso si evincono dalla vicenda sottesa la sent. n. 8182 del 2023 del Consiglio di Stato, espressamente accantonata dalla Cassazione, sulla base dell'errore processuale di fondo della mancata eccezione di difetto di giurisdizione. Il Consiglio di Stato, in quel contenzioso originato dall'impugnativa del provvedimento prefettizio *ex* art. 38, ha negato la distinzione tra una potestà valutativa sull'*an debeatur* ed una sul *quantum*.

Il giudice amministrativo ha interpretato la normativa in materia come fonte di un unitario potere, da riversare in un solo atto provvedimentale, non scorporabile. Infatti, in quella sede, dichiarata annullata la statuizione della pubblica amministrazione, quest'ultima doveva riaprire l'intero procedimento valutativo.

Ora, secondo la teoria generale del diritto, il potere giuridico è da annoverare tra

[14] Punto 4 dell'ordinanza.

[15] Punto 8.1. Tralasciamo l'ambiguo riferimento al custode-acquirente, figura, come indicato in nota, avulsa dal contesto di cui discorriamo.

le posizioni soggettive[16] vantaggiose e dinamiche. Esso consiste nella capacità, riconosciuta necessariamente dalla legge[17] in capo ad un soggetto, di incidere unilateralmente sulla realtà normativa con un atto consapevole, creando, modificando o estinguendo situazioni giuridiche. Chi ne è titolare viene a trovarsi in una posizione di preminenza e può liberamente decidere di concretizzare il potere in certi comportamenti, i quali, una volta attuati, muteranno la situazione preesistente[18]. Il bene sotteso al potere è proprio la modificazione della realtà giuridica.

Il potere trova il suo terreno d'elezione in un contrasto giuridico tra interessi. L'ordinamento conferisce primazia ad uno di essi non risolvendo direttamente il conflitto (come avviene per i diritti soggettivi) ma consentendo, tramite norme strumentali, ad un soggetto – il titolare del potere, appunto – di emanare un comando volto a comporre il dissidio.

I suoi caratteri tipici sono i seguenti: imprescrittibilità, non venendo meno col tempo (ma la legge potrebbe fissare un termine di decadenza); inalienabilità, non essendo deducibile in atti dispositivi; non tutelabilità giuridica, non essendo passibile di per sé di azioni giudiziali (persino di accertamento mero: art. 24 Cost.), potendo prescriversi, alienarsi o tutelarsi solo il diritto relativo ai singoli beni, giammai il potere come tale; e, quel che qui più rileva, unitarietà, dato lo scopo cui esso è servente[19].

Si faccia infatti attenzione: la posizione di potestà è unica, pur essendo molteplici le forme concrete in cui si può inveterare. Semmai è la discrezionalità che, in base al disposto legislativo, può riguardare diverse sfaccettature dell'esercizio concreto del potere (*an*, *quid*, *quando*, *quomodo*), ma quest'ultimo rimarrà sempre un qualcosa di unitario.

Pertanto, laddove il Consiglio di Stato ha ripudiato la scissione tra un potere sul se ed un altro sul quanto, ha affermato cosa condivisibile e applicabile al presente caso, perché il potere costruito dalla legge è un tutt'uno ed è destinato ad un fine unico (nel caso di specie, il pagamento delle somme).

3.1. Segue: i rapporti esauriti e i limiti all'efficacia temporale delle pronunce di incostituzionalità.

Il secondo perno della decisione in commento si appunta, come accennato, sul tema dell'efficacia temporale delle sentenze

[16] L'idea del potere come situazione giuridica è prevalente: A. Cerri, voce *Potere e potestà*, in *Enciclopedia giuridica*, XVI, Roma, 1998, 1 e A. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 118. Altri però lo ritengono concetto avulso da quella categoria, definendolo ora come forza giuridica ordinamentale – G. Miele, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1944, 116 – ora come fattispecie normativa dinamica – G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1990, 249.
Si è consapevoli del dibattito circa la distinzione tra posizioni e situazioni soggettive (si vedano per esempio F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 448 e M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 65), ma qui, per evitare di appesantire la trattazione, si preferisce superare il tema ed usare le due espressioni come sinonimi.

[17] La stretta tipicità dei poteri è riconosciuta da tempo dalla dottrina. Per tutti, Santi Romano, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 198: "*i poteri non esistono se non per disposizione del diritto oggettivo*". Tale carattere trova fondamento sul piano sostanziale, nel principio generale di eccezionalità dell'autotutela privata, desumibile dai vari esempi disseminati nel codice civile e nelle fattispecie penali della "ragion fattasi" con violenza sulle persone o sulle cose (artt. 392 e 393 c.p., inseriti al Libro II nel Titolo III sui reati contro l'amministrazione della giustizia); sul piano processuale, nell'art. 2908 c.c., che fissa la tipicità delle azioni costitutive.

[18] F. Modugno, *Diritto pubblico*, Torino, 2017, 614.

[19] Su quest'ultimo punto si traggono preziosi elementi da S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 190.

dichiarative di illegittimità costituzionale. La questione costituisce, sin dalla nascita della Corte costituzionale, un terreno di costante riflessione dottrinale[20] e di persistente problematicità ermeneutica anche nella più recente esperienza giurisprudenziale[21].

Un rapido *excursus* del quadro normativo permette di cogliere appieno la complessità sistemica del tema. L'art. 136 Cost. prevede che, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, la disposizione colpita dalla pronuncia perda efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

Una formulazione apparentemente chiara, ma che si è subito rivelata foriera di ambiguità interpretative: intesa in senso strettamente *ex nunc*, essa avrebbe impedito al giudice *a quo* di applicare la pronuncia della Corte ai rapporti ancora pendenti, determinando una frattura tra il sindacato costituzionale e la tutela effettiva delle situazioni soggettive. Ne sarebbe derivata, altresì, una grave disfunzione del sistema, disincentivando le parti a promuovere l'incidente di costituzionalità, poiché la norma dichiarata illegittima avrebbe continuato a produrre effetti sino alla formale caducazione.

Da qui la necessità di un ripensamento sistematico sulla portata temporale delle decisioni di accoglimento. Tale esigenza trovò risposta nell'interpretazione evolutiva dell'art. 136 Cost., operata per il tramite dell'art. 30 c. 3 l. n. 87/1953, il quale stabilisce che le norme dichiarate incostituzionali "non possono avere applicazione" dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. Con tale precisazione, il legislatore ha consentito una lettura sostanzialmente *ex tunc* dell'efficacia della pronuncia ablativa, restituendo coerenza sistemica al sindacato di costituzionalità, concepito non come fonte di innovazione normativa ma quale strumento di rimozione di norme invalide sin dall'origine.

Il rapporto tra l'art. 30 c. 3 della legge del 1953 e l'art. 136 della Costituzione è stato oggetto, fin dagli albori, di numerosi arresti della Corte costituzionale[22], che hanno affrontato in profondità la più ampia questione dell'efficacia temporale delle pronunce di illegittimità costituzionale, riconducendo sin dall'origine la declaratoria di accoglimento al modello concettuale della decisione di annullamento. Al contempo, il giudice delle leggi ha più volte sottolineato la distinzione strutturale tra l'abrogazione e la dichiarazione di incostituzionalità: mentre la prima – evento ordinamentale fisiologico – determina la cessazione della vigenza della norma solo a partire dall'entrata in vigore della norma abrogante; la seconda – vicenda ordinamentale patologica – incide direttamente sull'esistenza giuridica della norma sin dall'origine, determinandone la cessazione di efficacia *ex tunc*, ma con effetti giuridici che decorrono dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza. Da tale premessa la giurisprudenza costituzionale ha desunto la possibilità che la pronuncia incida anche su rapporti giuridici sorti anteriormente, salvo i limiti rappresentati dal giudicato, dalle eccezioni previste dalla legge e dalle situazioni giuridiche ormai consolidate e divenute intangibili.

[20] P. Calamandrei, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, *passim*; C. Esposito, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in C. Esposito, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, *passim*; M. Ruotolo, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000, *passim*.

[21] C. cost. nn. 10/2015, 70/2015, 178/2015 e 1/2014.

[22] *Ex multis*, C. cost. nn. 127/1966, 58/1967 e 49/1970.

A partire dagli anni Sessanta, infatti, sia la giurisprudenza costituzionale[23] che quella di merito[24] hanno progressivamente elaborato il concetto di rapporto esaurito, individuandolo quale imprescindibile limite alla retroattività delle pronunce di accoglimento. Con tale espressione si fa riferimento a quelle situazioni giuridiche, sorte sotto la vigenza della norma dichiarata incostituzionale, che si sono consolidate per effetto di eventi ai quali l'ordinamento riconosce efficacia definitiva. Rientrano in questa categoria, a titolo esemplificativo, le decisioni giudiziarie passate in giudicato, i provvedimenti amministrativi non più impugnabili, il completo esaurimento degli effetti di atti negoziali, nonché il decorso dei termini di prescrizione o decadenza, che impediscono l'esercizio di qualsiasi azione o rimedio. La *ratio* di tale impostazione risiede nell'esigenza di salvaguardare la stabilità e la certezza del diritto, evitando che la declaratoria di illegittimità costituzionale possa incidere retroattivamente su situazioni ormai cristallizzate e sottratte a ogni ulteriore contestazione. Tale principio opera in modo generale e trasversale: nessuna decisione di accoglimento della Consulta può incidere su situazioni ormai definite e concluse prima della pubblicazione della pronuncia stessa.

Sul piano sistematico, pertanto, la dichiarazione di illegittimità costituzionale produce effetti retroattivi, ma in modo temperato e circoscritto, senza compromettere gli assetti giuridici divenuti irrevocabili. In tal modo si realizza in concreto il limite dei rapporti esauriti, quale strumento di bilanciamento tra l'esigenza di rimuovere dall'ordinamento le norme contrarie alla Costituzione e la necessità di preservare la stabilità e la certezza dei rapporti giuridici consolidati.

Per completezza, va rilevato come, nel tempo, la dottrina[25] abbia iniziato a manifestare crescente perplessità verso una rigida applicazione del principio di retroattività delle sentenze di accoglimento, prospettando l'esigenza di una graduazione degli effetti temporali in funzione di un più attento bilanciamento tra i valori costituzionali coinvolti. In tale ottica, si è sostenuto che la retroattività non debba essere intesa come regola assoluta e inderogabile, ma piuttosto come principio suscettibile di modulazioni finalizzate a garantire la massima tutela dell'ordinamento costituzionale violato, senza ledere in modo irreparabile altri principi di pari rango. Il dibattito si è intensificato con le pronunce nn. 10 e 70 del 2015 della Corte costituzionale. Con la prima[26], la Corte ha riconosciuto espressamente la possibilità di limitare gli effetti retroattivi della propria decisione, in quanto necessaria per evitare la compromissione irreparabile di diritti o valori costituzionali concorrenti. Di segno opposto la sentenza n. 70[27], con la quale la declaratoria di illegittimità è stata pronunciata senza modulazioni, con effetti integralmente retroattivi *ex tunc*.

In tale contesto teorico e giurisprudenziale si colloca l'ordinanza qui in commento,

[23] Cfr. decisioni della nota precedente.

[24] Cass. 22.6.1963, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 1963, 1386; Cass. n. 2577/1971, in *Foro italiano*, I, 1971, 2148.

[25] F. Modugno, *Considerazioni sul tema*, in Aa.Vv., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989, 23; M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giurisprudenza italiana*, IV, 2007, 1832.

[26] Pronunciata in materia tributaria, la sentenza esclude la retroattività dell'incostituzionalità per la grave menomazione dell'equilibrio di bilancio che ne sarebbe discesa (art. 81 Cost.).

[27] In tema di rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici.

che rappresenta un'importante occasione di verifica concreta del perimetro applicativo del principio di retroattività delle decisioni di illegittimità costituzionale, nonché del valore sistemico attribuito alla categoria dei rapporti esauriti.

La Suprema Corte, pur consapevole della natura eccezionale della disciplina dettata dall'art. 38 del d.l. n. 269/2003, ritiene che la declaratoria di incostituzionalità contenuta nella sentenza n. 92/2013 della Corte costituzionale abbia riaperto la possibilità per il depositario di agire in giudizio al fine di ottenere la differenza tra quanto percepito sulla base del regime forfettario e quanto sarebbe spettato in base alle tariffe ordinarie. Tale ricostruzione si fonda sulla qualificazione del credito vantato dal custode come diritto soggettivo perfetto e, in quanto tale, non intaccato dal decorso del tempo né dalla mancata impugnazione del provvedimento amministrativo di liquidazione.

Tuttavia, un simile approccio solleva non pochi interrogativi, specie se confrontato con l'elaborazione giurisprudenziale consolidata in tema di rapporti esauriti, così come esaminata nell'ambito di questo paragrafo. La Corte costituzionale ha infatti ripetutamente chiarito che l'effetto retroattivo della pronuncia di illegittimità costituzionale, pur avendo natura generale, incontra precisi limiti di ordine sistemico e assiologico, fra i quali assume rilievo primario la salvaguardia delle situazioni giuridiche divenute intangibili o comunque della stabilizzazione degli effetti giuridici prodotti.

Nel caso di specie, la vicenda si caratterizzava per la presenza di un decreto prefettizio che aveva formalmente liquidato il compenso e la cui esecuzione, mediante integrale pagamento, risultava già avvenuta da parte dell'amministrazione, in un momento anteriore rispetto alla pubblicazione della sentenza n. 92/2013. Tali circostanze, alla luce dei principi elaborati dalla Corte costituzionale, sembrerebbero integrare una tipica ipotesi di rapporto esaurito, insuscettibile di essere riaperto a seguito della pronuncia di incostituzionalità, proprio in virtù dell'esigenza di garantire certezza e stabilità all'ordinamento.

L'ordinanza in analisi, pur animata dall'intento di assicurare un pieno ristoro a favore della depositeria sembra così ridimensionare la funzione garantistica del principio dei rapporti esauriti, finendo per attribuire alla pronuncia costituzionale un'efficacia espansiva tale da incidere su situazioni giuridiche ormai definite e, fino ad allora, non più contestate.

In questa prospettiva, l'arresto della Cassazione sollecita una riflessione più ampia sul ruolo della Corte costituzionale come custode della legalità sostanziale e sul margine di discrezionalità interpretativa spettante ai giudici comuni nell'individuare il punto di equilibrio tra effettività del sindacato costituzionale e garanzia della certezza del diritto. Si conferma quanto ancora aperta e complessa sia la questione dell'efficacia temporale delle sentenze ablative e, in particolare, del difficile bilanciamento tra il principio di retroattività e la stabilità dei rapporti giuridici che il concetto di esaurimento intende tutelare. Essa richiama, in ultima analisi, la necessità di un uso ponderato e coerente di questo principio, onde evitare che il ripristino della legalità costituzionale si traduca paradossalmente in una lesione dell'affidamento legittimo e dell'ordine giuridico già stabilizzato.

4. Conclusioni: le peculiarità del rapporto depositeria-amministrazione.

A questo punto possiamo sintetizzare la motivazione della decisione qui in oggetto, al fine di chiarire l'iter logico-argomentativo seguito dalla Corte di cassazione e proporre alcune conclusioni.

L'ordinanza ribadisce diffusamente la qualificazione del credito vantato dal custode come diritto soggettivo perfetto, richiamandosi espressamente alla sentenza della Corte costituzionale n. 92/2013. Tale impostazione, per quanto condivisibile sotto il profilo della tutela della posizione delle depositerie, le cui prerogative erano state significativamente alterate dall'introduzione della disciplina eccezionale di cui al d.l. n. 269/2003, suscita tuttavia alcune riserve nella sua automatica estensione alla distinta pretesa creditoria relativa alla "corretta determinazione del compenso" – per riprendere le parole della stessa Corte di cassazione[28]. Come già rimarcato, il provvedimento prefettizio di alienazione straordinaria, adottato ai sensi dell'art. 38 del d.l. n. 269/2003, presenta i tratti tipici dell'atto amministrativo autoritativo. In questa ottica, quindi, la posizione della depositeria si configura quale interesse legittimo volto a pretendere il corretto esercizio del potere discrezionale attribuito all'amministrazione.

Indissolubilmente collegata a tale fase è, però, anche quella della liquidazione delle spese di custodia. La separazione operata dall'ordinanza tra la fase di alienazione (ritenuta eventualmente esaurita per mancata impugnazione) e quella della determinazione del compenso appare difficilmente sostenibile: la disciplina speciale dell'art. 38 configura infatti un procedimento unitario, caratterizzato da un nesso funzionale inscindibile tra l'esercizio del potere amministrativo volto alla cessione coattiva dei veicoli e la contestuale definizione dell'importo spettante al custode, come peraltro sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa più avveduta[29].

Ancor più rilevante è il principio, ribadito dal Consiglio di Stato, secondo cui non è ammissibile scindere artificialmente il procedimento di individuazione dei veicoli oggetto di alienazione da quello concernente la determinazione del corrispettivo spettante al custode: entrambi i profili devono essere esaminati congiuntamente e decisi contestualmente, in quanto il potere pubblico è uno solo. Ne consegue che, laddove risulti perfezionato il procedimento di alienazione e sia stato adottato il decreto prefettizio contenente anche la determinazione del compenso dovuto, il rapporto giuridico deve ritenersi integralmente esaurito. Tanto più in presenza di un pagamento effettuato dall'amministrazione in esecuzione del decreto stesso, elemento che assume rilevanza dirimente ai fini della qualificazione del rapporto come definitivamente estinto.

Da ultimo, si rende opportuna una considerazione in merito alle tempistiche. Alla luce delle argomentazioni fin qui esposte, il procedimento previsto dall'art. 38 del d.l. 269/2003 fa sorgere il diritto di credito del depositario esclusivamente al momento della conclusione dell'intero procedimento, con l'una fase che presuppone necessariamente l'esaurimento dell'altra.

[28] Punto 10 dell'ordinanza.

[29] Cons. St., Sez. III, n. 8182/2023, già citata nel corpo, e n. 6257/2022.

Ad avviso di chi scrive, si tratta dell'unico diritto di credito (diritto soggettivo perfetto) suscettibile di prescrizione in assenza di impugnazione del decreto prefettizio di liquidazione.

Nel caso in esame, considerato che l'atto non è stato oggetto di impugnazione e che il compenso liquidato è stato integralmente corrisposto prima della pubblicazione della sentenza del giudice delle leggi, seppur secondo i criteri forfettari allora vigenti, il rapporto tra la depositeria e l'amministrazione deve ritenersi definitivamente estinto, senza ulteriori obblighi o pretese reciproche.

Argomentare, come fa il giudice di legittimità, che la titolarità di un diritto soggettivo perfetto consenta alla depositeria di esigere la differenza tra quanto percepito in via forfettaria e quanto sarebbe spettato secondo la disciplina ordinaria, rappresenta una posizione senz'altro autorevole, ma che merita di essere attentamente valutata alla luce del principio di certezza del diritto. Quest'ultimo, come chiarito dalla Corte costituzionale nell'interpretazione sistematica dell'art. 136 Cost. e dell'art. 30 della legge n. 87/1953[30], impone di considerare preclusa l'incidenza retroattiva delle pronunce di illegittimità costituzionale sui rapporti ormai esauriti. In tale prospettiva, la posizione adottata dalla Suprema Corte rischia di attenuare il valore garantistico di tale limite, il cui presidio è essenziale per assicurare la stabilità e l'affidamento nei rapporti giuridici consolidati.

Ludovico Di Benedetto e Fabio Conti[31]

[30] Corte Cost. n. 49/1970, 26/1969, n. 58/1967, n. 127/1966. Queste sono sentenze molto eterogenee per materia, ma in tutte la Corte sottolinea l'esigenza che vi sia una salvaguardia del principio della certezza del diritto.

[31] Ferma la progettazione comune, i paragrafi 1, 2 e 3.1 sono opera di Ludovico Di Benedetto, i 3.2 e 4 di Fabio Conti.

10. Successione a titolo particolare nel diritto controverso e trasferibilità dell'interesse legittimo

Il caso della cessione di esercizio farmaceutico (nota a Consiglio di Stato, Sezione III, 8 gennaio 2025, n. 104)

Sommario: 1. Premessa. – **2.** I fatti di causa. – **3.** Posizioni della dottrina. – **4.** Considerazioni finali.

1. Premessa.

La sentenza in esame merita di essere segnalata per una interessante applicazione dei principi in tema di trasferibilità dell'interesse legittimo[1] e della conseguente successione a titolo particolare[2] *ex* art. 111 c.p.c.[3].

Nell'affermare che la regola generale è quella della non trasferibilità dell'interesse legittimo e che la stessa è tuttavia passibile di eccezioni, la sentenza muove dalla considerazione secondo cui, al fine di ammettere o negare la trasferibilità dell'interesse legittimo, occorre innanzi tutto distinguere l'interesse legittimo quale situazione giuridica sostanziale legittimante l'iniziativa processuale, dalla posizione sottostante cui esso inerisce, potendo essere costituita anche da una situazione di diritto soggettivo. Precisa poi come, per aversi *translatio,* sia necessario che l'interesse legittimo sia relativo al patrimonio giuridico del disponente in cui sono possibili fenomeni di successione e, dunque, sussista una stretta inerenza dell'interesse legittimo alla situazione soggettiva sottostante. Solo in questa eventualità, secondo la decisione, sarà possibile la

[1] Per una disamina dell'interesse legittimo e dei suoi profili più rilevanti si veda: F.G. Scoca, *L'interesse legittimo Storia e teoria*, Torino, 2017.

[2] Per approfondire l'argomento *ex multiis*: M. Bove, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, 359 ss., A.P. Pisani, *Profili dogmatici e valori costituzionali nella successione a titolo particolare nel diritto controverso*, in *Rivista di diritto processuale*, 3/2022, 807-820, A. D'Addazio - M. Pagnotta - B. Limongi, *Il processo esecutivo e la successione nel diritto controverso*, in *Rassegna dell'esecuzione forzata*, 2/2020, 533-541.

[3] Art. 111 c.p.c.: "*Se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie.*
Se il trasferimento a titolo particolare avviene a causa di morte, il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto.
In ogni caso il successore a titolo particolare può intervenire o essere chiamato nel processo e, se le altre parti vi consentono, l'alienante o il successore universale può esserne estromesso.
La sentenza pronunciata contro questi ultimi spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare ed è impugnabile anche da lui, salve le norme sull'acquisto in buona fede dei mobili e sulla trascrizione".

veicolazione della titolarità della medesima situazione di interesse legittimo già esistente nel patrimonio del soggetto coinvolto dall'esercizio del potere amministrativo a favore del terzo successore.

Muovendo da tali premesse, il Consiglio di Stato esclude l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. perché ritiene che il trasferimento della titolarità di farmacia integri una fattispecie mista o complessa, che si perfeziona non soltanto con l'atto di cessione tra privati, ma richiede necessariamente anche l'atto amministrativo di assenso: l'interesse legittimo, si legge nella sentenza, non transita «*unitamente o simultaneamente alla titolarità del bene o diritto soggettivo sottostante (la proprietà dell'azienda farmaceutica), poiché esso in realtà si estingue in capo al soggetto cedente e si ricostituisce in una consistenza nuova e diversa in capo al cessionario, per effetto delle verifiche di idoneità soggettiva che l'Amministrazione è tenuta a compiere prima di autorizzare il trasferimento dell'autorizzazione*».

2. I fatti di causa.

Al fine di meglio comprendere l'importanza del principio affermato, è opportuno ricostruire la vicenda che è all'origine della pronuncia e lo svolgimento del giudizio di primo e di secondo grado.

La parte ricorrente in primo grado, già titolare della sede farmaceutica, impugnava una serie di atti, tra cui il diniego al trasferimento adottato dalla Regione Campania in considerazione del fatto che i locali individuati per l'esercizio dell'attività farmaceutica non coincidevano più con quelli originari. Il Tribunale amministrativo dichiarava improcedibile il ricorso, ravvisando la perdita dell'interesse ad agire attuale e concreto al trasferimento della sede farmaceutica, in quanto il ricorrente aveva ceduto il diritto alla sede farmaceutica ad altri e per questo non avrebbe potuto più trarre alcuna utilità dalla definizione del giudizio, sottolineando l'impossibilità della trasmissibilità di un eventuale interesse legittimo pretensivo per atto "*inter vivos*" in capo al nuovo titolare.

Secondo il giudice di prime cure, infatti, in caso di successione a titolo particolare nel rapporto controverso il processo prosegue tra le parti originarie ai sensi dell'art. 111 comma 1 c.p.c., ma non sarebbe sotto questo profilo possibile assimilare un diritto soggettivo ad un interesse legittimo, in quanto si tratta di posizioni giuridiche diverse che hanno pertanto distinti riflessi sul piano della trasmissibilità[4]. Nell'ipotesi in cui in pendenza di termine per il ricorso giurisdizionale avverso provvedimento amministrativo il titolare dell'interesse legittimo venisse a mancare, secondo il giudice di prima istanza sarebbe da escludere la possibilità che i suoi aventi causa siano legittimati all'impugnazione dell'atto tutte quelle volte che l'oggetto della causa si presenti come mera *utilitas* – cioè possibilità di ottenere dall'esercizio del potere amministrativo un "risultato utile" – senza incidere su situazioni giuridiche già consolidate nel patrimonio del soggetto istante e non potrebbe, pertanto, ammettersi l'esercizio del potere di azione a tutela dell'interesse legittimo pretensivo, proprio perché vi sarebbe intrasmissibilità di tale posizione giuridica.

Il TAR ha conclusivamente ritenuto che, anche se fosse ammissibile la trasmissibilità della posizione di interesse legittimo in capo ad eredi o aventi causa del titolare origi-

[4] L. Ferrara, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: una distinzione sfumata del tutto?*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Tomo I, Torino, 2021, 83-102.

nario, considerato il grado di autonomia di cui gode il rapporto amministrativo, sarebbe in ogni caso da escludere che ciò possa avvenire in modo automatico. Il lato, per così dire, esterno dell'interesse legittimo – cioè la relazione tra soggetto e pubblica amministrazione, avente come riferimento un bene della vita – distinto dal suo lato interno – cioè il rapporto tra un soggetto ed il medesimo bene – potrà essere soggetto di un'automatica successione tutte volte in cui l'individuazione del successore avvenga in applicazione di criteri predefiniti, come in caso di successione *mortis causa* in *universum ius* o di fallimento. Quando, invece, la vicenda circolatoria trovi causa in un atto espressione di autonomia negoziale *inter vivos*, occorre che, attraverso una manifestazione espressa di volontà, il nuovo titolare confermi il carattere attuale dell'interesse legittimo. La possibilità di prosecuzione del giudizio tra le parti originarie, quale effetto della successione a titolo particolare nel rapporto controverso, è stata conseguentemente esclusa in base al carattere personale e diretto dell'interesse legittimo, che ne determinerebbe l'intrasferibilità[5].

La decisione di primo grado è stata confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato oggetto della presente nota, che, come già accennato, ha precisato come il trasferimento di farmacia dia luogo ad una fattispecie complessa che si perfeziona non con il solo atto di cessione tra privati, ma richiede anche l'intervento dell'atto amministrativo di assenso; con conseguente esclusione della possibilità di ritenere che l'interesse legittimo transiti automaticamente unitamente alla titolarità del bene sottostante.

Nella pronuncia, il Consiglio di Stato dà atto che quello della trasferibilità dell'interesse legittimo e della conseguente configurabilità della successione a titolo particolare *ex* art 111 c.p.c. sono temi assai controversi in giurisprudenza[6] richiamandola[7].

In primis viene richiamata la sentenza del Consiglio di Stato n. 1403 del 2013, che considera regola generale la non trasferibilità dell'interesse legittimo, in quanto «*l'interesse è personale*» e «*si appunta solo in capo al soggetto che si rappresenta come titolare*»[8]. Tuttavia, questa regola ammetterebbe eccezioni in virtù delle quali è necessario distinguere «*tra casi in cui il "contatto" tra interessato e potere amministrativo è intervenuto in riferimento ad aspetti del suo patrimonio giuridico in cui sono possibili fenomeni di successione, da casi in cui tale contatto attiene a profili personali, e non trasmissibili, dello stesso patrimonio giuridico*»[9].

La pronunzia in commento riporta, poi, anche indirizzi giurisprudenziali che ammettono la "cessione a titolo particolare"

[5] TAR Campania, Napoli, sez. III, 12 marzo 2024, n. 3777.

[6] Decisioni conformi: Cons. Stato, sez. II, 20 novembre 2024, n. 9333; Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2024, n. 2606; Cons. Stato, sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1403. Decisioni difformi: Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2020, n. 7520 secondo cui l'interesse legittimo può essere normalmente, oggetto di trasferimento a titolo universale o particolare, con conseguente successione nel rapporto giuridico; Cons. Stato, sez. II, 26 aprile 2021, n. 3342; Cons. Stato, sez. III, 26 giugno 2020, n. 4103 che, ritenendo il disposto dell'art. 111 c.p.c. applicabile anche nel processo amministrativo, implicitamente risolve in senso favorevole la questione pregiudiziale dell'ammissibilità di una successione a titolo particolare anche nella titolarità, oltre che del diritto soggettivo, anche dell'interesse legittimo.

[7] Sono richiamate e necessariamente da citare per la tesi a sostegno dell'intrasferibilità dell'interesse legittimo anche Cons. Stato, sez. II, 5 novembre 2024, n. 9333 e Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2024, n. 2606.

[8] Cons. Stato, sez. IV, 15 novembre 2011, n. 1403, depositata 7 marzo 2013, punto 6.

[9] Cons. Stato, sez. IV, 15 novembre 2011, n. 1403, depositata 7 marzo 2013, punto 7.

dell'interesse legittimo, sia isolatamente che unitamente al trasferimento di un diritto soggettivo sottostante.

Vengono richiamate da una parte, la pronuncia Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 novembre 2020, n. 7520, la quale precisava che le fattispecie considerate non trasmissibili in base all'orientamento del 2013 si spiegano «*non nella logica del divieto di cessione quanto per la normale mancanza dell'interesse a ricorrere*»[10], e dall'altra, pronunce[11] che, ritenendo l'art. 111 c.p.c. applicabile anche nel processo amministrativo, implicitamente risolvono in senso favorevole la questione pregiudiziale dell'ammissibilità di una successione a titolo particolare anche nella titolarità dell'interesse legittimo.

Visto tutto ciò, il Consiglio ha ritenuto di condividere l'impostazione data in Cons. Stato, sez. IV, 15 novembre 2011, n. 1403, ritenendo che sono proprio i tratti caratteristici della fattispecie in questione che giustificano la soluzione come prospettata in primo grado, anche se in base ad un percorso motivazionale parzialmente differente da quello del TAR.

Il primo giudice aveva basato la propria decisione partendo dall'assunto secondo cui è necessario distinguere l'interesse legittimo quale situazione giuridica sostanziale che legittima l'iniziativa processuale, dalla posizione sottostante cui esso inerisce e che può essere costituita anche da una situazione di diritto soggettivo: negli esempi riportati nella sentenza n. 1403 del 2013 nei quali si ammette la trasmissibilità dell'interesse legittimo, come la successione nella proprietà di un'area interessata da un esproprio, ciò che viene trasmesso è in realtà detta posizione sottostante, cioè il diritto soggettivo sul bene immobile interessato dalla procedura espropriativa. Dunque, la traslazione in capo al cessionario dell'interesse legittimo è soltanto una conseguenza del fatto che, per effetto della successione, è mutato il soggetto che sarà interessato e coinvolto dall'esercizio del potere amministrativo.

Allo stesso modo, il Consiglio prendeva in analisi il caso trattato in Cons. Stato, sez. VI, 15 ottobre 2020, n. 7520, il cui oggetto era un'impugnativa di diniego di autorizzazione paesaggistica alla recinzione del fondo, dove si verificava analoga successione nell'interesse legittimo pretensivo unitamente e come conseguenza del trasferimento del diritto soggettivo avente ad oggetto il bene interessato dall'intervento di recinzione.

Considerato tutto questo, ciò che rileva secondo la pronunzia in commento è che, ai fini di detta *translatio,* ci sia una stretta inerenza tra l'interesse legittimo e la posizione giuridica sottostante, poiché è solo questa stretta inerenza al bene/diritto trasferito che determina la veicolazione in via immediata e diretta della titolarità della medesima situazione di interesse legittimo già esistente nel patrimonio del soggetto coinvolto dall'esercizio del potere amministrativo.

Per quanto attiene alla fattispecie in analisi, il giudice ritiene di non concordare con la parte appellante, che sostiene come l'interesse legittimo dovrebbe intendersi trasferito per effetto del trasferimento del "bene farmacia", e che, dunque, andrebbe applicato l'art. 111 c.p.c., avendo così la prosecuzione del giudizio nei confronti dell'originario ricorrente.

Questo perché, *in primis*, oggetto della cessione è l'autorizzazione all'esercizio

[10] Cons. Stato, sez. VI, 15 ottobre 2020, n. 7520, punto 4.

[11] Cons. Stato, sez. VI, 24 marzo 2015, n. 3727 e Cons. Stato, sez. III, 11 giugno 2020, n. 4103 e, infine, Cons. Stato, sez. II, 27 ottobre 2020, n. 3342, pubblicata 26 aprile 2021.

dell'attività farmaceutica[12] e non la sola azienda farmaceutica[13]. Inoltre, ai fini del valido trasferimento della titolarità della farmacia, occorrono *ex lege* sia il contestuale trasferimento dell'azienda ovvero della sede farmaceutica sia l'autorizzazione al trasferimento da parte dell'Amministrazione, rilasciabile all'esito della verifica di idoneità del farmacista subentrante.

Dunque, il trasferimento del bene aziendale costituisce una mera vicenda negoziale privata, rilevante quale presupposto per l'esercizio del potere amministrativo, ma è solo per effetto di quest'ultimo impulso pubblicistico che un soggetto diverso da quello originario può subentrare nella titolarità dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività farmaceutica. Il Consiglio definisce le fattispecie come questa miste o complesse, in quanto si perfezionano al ricorrere di un atto di cessione privata e di un atto amministrativo, che riguarda la qualità soggettiva del subentrante.

Ciò porta ad escludere che l'interesse legittimo transiti unitamente o simultaneamente alla titolarità del bene o diritto soggettivo sottostante (la proprietà dell'azienda farmaceutica), in quanto esso si estingue in capo al soggetto cedente e si ricostituisce in una consistenza nuova e diversa in capo al cessionario per effetto delle verifiche di idoneità soggettiva che l'Amministrazione compirà prima di concedere il trasferimento dell'autorizzazione.

L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. consegue, quindi, al fatto che nel corso del giudizio non c'è stato il trasferimento del medesimo interesse legittimo in origine sussistente in capo al ricorrente, ma quell'interesse si è estinto ed è venuto ad esistenza un interesse nuovo in capo al suo avente causa.

Tutto ciò, peraltro, non porta a negare la presenza di strumenti di tutela in capo a quest'ultimo, poiché proprio l'effetto novativo di questa vicenda traslativa abilita il subentrante a far valere la sua posizione soggettiva, originaria e non derivata, attraverso la proposizione di una autonoma istanza di trasferimento e successivi eventuali strumenti di tutela giudiziale, senza che le sue ragioni siano pregiudicate dalle iniziative precedentemente assunte dal suo dante causa.

3. Posizioni della dottrina.

La diversità di orientamenti sul tema della trasferibilità dell'interesse legittimo non è un problema soltanto della giurisprudenza, ma contraddistingue anche la teorizzazione dottrinale.

Una delle principali ragioni per cui parte della dottrina e della giurisprudenza ha sostenuto l'indisponibilità e, dunque, l'intrasferibilità dell'interesse legittimo è la contrapposizione dei caratteri dell'interesse legittimo rispetto a quelli del diritto soggettivo[14]. Ciò, nonostante il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo[15],

[12] Ai sensi dell'art. 12 della legge 2 aprile 1968, n. 475.

[13] Intesa come complesso di beni organizzato all'esercizio dell'impresa, coincidente con i locali adibiti all'esercizio farmaceutico e con le dotazioni ad essa afferenti.

[14] Capacità o attitudine del diritto soggettivo ad essere trasferito da una sfera giuridica per essere imputato ad un'altra sfera giuridica. Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2024, 139 ss.

[15] Cass., Sez. Unite, sent. 500 del 1999. Per approfondire: A. Orsi Battaglini - C. Marzuoli, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999; R. Caroccia, *Risarcimento dell'interesse legittimo - Chance, tutela dell'affidamento e regole di validità e responsabilità*, Torino, 2022.

che ha attenuato le differenze tra le due situazioni giuridiche soggettive.

Tra le tesi che negano la trasferibilità dell'interesse legittimo si possono distinguere almeno due orientamenti che sottolineano la presenza di differenze tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

In primis, l'indisponibilità dell'interesse legittimo viene ricondotta alla sua qualificazione come posizione giuridica soggettiva di natura strumentale[16], finalizzata alla tutela dell'interesse pubblico e caratterizzata da una dimensione essenzialmente processuale, piuttosto che sostanziale[17]. Tale impostazione – invero datata – si allinea alle teorie che descrivono l'interesse legittimo come una situazione giuridica protetta in maniera indiretta o meramente occasionale[18]. Da questa concezione discende la conseguenza che la protezione dell'interesse legittimo sia subordinata alla realizzazione dell'interesse pubblico perseguito dal potere amministrativo.

L'idea di una correlazione tra gli interessi tutelati dall'amministrazione e l'interesse legittimo appare coerente con il principio della non transigibilità dei rapporti giuridici amministrativi nei quali il potere amministrativo e l'interesse legittimo risultano inscindibilmente connessi[19]. Questa prospettiva interpreta il rapporto tra interesse legittimo e potere amministrativo come due aspetti complementari di un medesimo fenomeno, entrambi orientati alla salvaguardia dell'interesse pubblico e alla legittimità dell'azione amministrativa. Di conseguenza, l'indisponibilità dell'interesse legittimo si fonda sulla stessa logica che caratterizza l'indisponibilità del potere amministrativo[20]: poiché quest'ultimo è vincolato al perseguimento dell'interesse pubblico, anche l'interesse legittimo non può essere considerato disponibile, essendo tutelato solo in maniera riflessa attraverso il rispetto dei principi di legalità e buon andamento dell'azione amministrativa.

A questo orientamento se ne contrappone un altro che, invece, si basa sulla natura personale e/o diretta della posizione giuridica soggettiva, impostazione seguita da chi sostiene il carattere infungibile del rapporto cittadino-amministrazione[21]. In base a ciò, una parte della dottrina, pur senza negare espressamente la trasferibilità dell'interesse legittimo in capo a un terzo, evidenzia tuttavia come, quando mutano le parti di un procedimento amministrativo, mutano anche gli interessi privati coinvolti in esso. Dunque, tranne che al momento della cessione, l'interesse legittimo in capo al terzo non sarebbe lo stesso, ma «*si conformerebbe autonomamente, proprio in quanto il momento di confronto con il potere non può essere indifferente se rapportato alla sfera*

[16] Per approfondire: R. Alessi, *Interesse sostanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa,* in *Arch. giur.,* 1943, 132 ss.

[17] E. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale,* Padova, 1986, 249.

[18] V. Spagnuolo Vigorita, *Principio individualistico nel processo amministrativo e difesa dell'interesse pubblico,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 635.

[19] E. Guicciardi, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl. 1936*, 71/134, secondo cui «*la connessione esistente tra l'interesse delle parti e l'interesse pubblico (...) rende inammissibile in tali casi una composizione transattiva*».

[20] M. D'Arienzo, *Trasferibilità dell'interesse legittimo*, Napoli, 2017, 90.

[21] A. Nicolussi, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale fra diritto privato e diritto pubblico*, in *Colloquio sull'interesse legittimo - Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschng* (Milano, 19 aprile 2013), Napoli, 2014, 76, secondo cui «*L'interesse legittimo si inserisce in modo infungibile e indisponibile nel rapporto amministrativo tra p.a. e soggetto privato coinvolto, in quanto l'interesse tutelato del soggetto privato è quello e soltanto quello su cui insiste l'atto amministrativo*».

soggettiva di un soggetto piuttosto che di un altro»[22].

Ciò, di fatto, significa sostenere che l'interesse legittimo non sia davvero trasmissibile, in quanto personale, posto che il terzo diverrebbe titolare di una posizione giuridica autonoma rispetto a quella originaria. Alla luce di questo, nell'ambito di un procedimento amministrativo in corso, il potere amministrativo dovrebbe confrontarsi con un soggetto diverso dall'iniziale destinatario dei suoi effetti[23].

A questi orientamenti se ne contrappongono altri favorevoli alla trasferibilità dell'interesse legittimo.

Un filone della dottrina, se da una parte afferma che le posizioni giuridiche di vantaggio degli amministrati non si trasferiscono, dall'altra accetta che se vi è consenso dell'amministrazione e se il "sottraente" ha i requisiti per la posizione giuridica in questione, sia possibile il passaggio ad un terzo delle posizioni di vantaggio "a fondo patrimoniale". Chi afferma ciò ritiene pure che esistano delle posizioni di vantaggio *ob rem*, connesse alla titolarità di un diritto su una cosa, rispetto alle quali la circolazione si compie insieme al trasferimento della cosa stessa[24].

La miglior dottrina accetta la trasferibilità dell'interesse legittimo[25] in modo indipendente rispetto alla cessione del rapporto giuridico sostanziale sottostante[26]. Dunque, il fatto che non sia possibile disporre dell'interesse legittimo non ne esclude la sua trasferibilità[27].

Sempre secondo questo orientamento, il trasferimento dell'interesse legittimo, insieme all'interesse di fondo al quale è finalisticamente legato, è cosa ovvia che dipende dalla natura strumentale dell'interesse legittimo e dal suo essere una situazione dinamica, che si colloca nello spazio dell'esercizio del potere unilaterale altrui, allorché questo "intercetta" l'interesse sostanziale del suo titolare[28].

Secondo l'indirizzo in esame l'interesse legittimo è sì "personale", ma non più di qualsiasi diversa situazione giuridica soggettiva, cioè in quanto collegata ad un soggetto che ne è il titolare. Da tale carattere "personale" della situazione soggettiva non può, dunque, farsi derivare alcuna intrasferibilità[29].

L'ammissione di eccezioni da parte di chi sostiene l'intrasmissibilità dell'interesse legittimo finisce per attenuare la portata della tesi stessa, trasformandola in una teoria dell'intrasmissibilità relativa. In quest'ottica, si ammette l'esistenza sia di interessi legittimi trasmissibili sia di interessi legittimi intrasmissibili, e il criterio distintivo risiederebbe nella consistenza dell'interesse che sta alla base dell'interesse legittimo.

---

[22] M. Delsignore, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007, 191-192.

[23] A. Di Cagno, *Riflessioni sul problema della trasmissibilità dell'interesse legittimo: profili ricostruttivi e prospettive di analisi*, in *Federalismi.it*, 26/2023, 51 ss.

[24] A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1980, 158.

[25] F.G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 37.

[26] F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 468.

[27] F.G. Scoca, *Contributo,* cit., 37. La circolazione dell'interesse legittimo separatamente dal trasferimento delle «*condizioni sostanziali che lo avevano generato*» è stata interpretata, sul piano teorico, come trasformazione dell'interesse legittimo in una situazione soggettiva «*astratta, quasi cartolare*», che possa circolare «*a prescindere dalla circolazione del rapporto sottostante*» (C. Russo, *Trasmissibilità a terzi del risarcimento del danno*, in *www.treccani.it*, 2014, 6).

[28] La trasferibilità dell'interesse legittimo è ipotizzabile, chiaramente, ove esso sia presente; quindi, quando viene esercitato il potere dell'amministrazione, cioè dal momento in cui si apre il procedimento a quando si chiude.

[29] F.G. Scoca, *L'interesse legittimo,* cit., 470.

Tale dottrina sottolinea, comunque, che l'interesse legittimo, in quanto situazione dinamica, è altresì strumentale rispetto a situazioni aventi ad oggetto beni della vita; pertanto, la sua trasferibilità sarà possibile solamente quando tale situazione è in corso, ossia nei limiti dell'esercizio del potere unilaterale altrui[30].

In breve, secondo la dottrina esaminata, il fatto che l'interesse legittimo sia finalisticamente legato all'interesse di fondo sotteso giustifica l'appartenenza della situazione giuridica soggettiva al patrimonio del singolo[31] e la sua trasmissibilità[32].

Tale orientamento si appoggia sulla teoria "strumentale" dell'interesse legittimo che si contrappone alla teoria "finale". Partendo da quest'ultima, altra parte della dottrina ha invece ritenuto ammissibile la trasmissibilità dell'interesse legittimo, a condizione che risultino cedibili sia la posizione legittimante sia, se è in questione un interesse pretensivo, il bene della vita da acquisire[33].

Questo indirizzo parte dal presupposto che il fine dell'interesse legittimo è il bene della vita, che in caso di interessi oppositivi inquadra anche la posizione legittimante e, dunque, «*se si reputa trasferibile tale posizione perché di carattere non strettamente personale […] risulterà per ciò solo trasferibile anche l'interesse legittimo*»; invece, in caso di interessi pretensivi il bene della vita «*non è ancora acquisito al patrimonio di chi lo richieda e non costituisce parte della posizione legittimante. Sicché non basta la trasferibilità di tale posizione legittimante, ma è necessario che il test sul carattere strettamente personale o meno vada esteso anche alla relazione con detto bene*»[34].

Un'ulteriore corrente dottrinale ammette in modo implicito la trasferibilità degli interessi legittimi basandosi sul riconoscimento *ex lege* della circolazione dei diritti edificatori[35] in modo autonomo rispetto al diritto di proprietà sottostante[36]. Ciò in base all'art. 2643, n. 2 c.c.[37] che prevede la trascrizione dei relativi atti di cessione[38].

4. Considerazioni finali.

Dall'adesione o meno alla teoria della successione a titolo particolare dell'interesse legittimo derivano significative conseguenze sia in ambito procedimentale, che processuale[39].

Per quanto riguarda il procedimento, se si muove dalla considerazione che ciò che viene ceduto è il medesimo interesse legittimo, si compirà il subentro nella stessa posizione dell'originario titolare della situazione giuridica ed anche il potere amministrativo, che ha già iniziato ad essere eser-

[30] *Op. cit.*, 471-475.

[31] F.G. Scoca, *Attualità dell'interesse legittimo?,* in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 379 ss.

[32] F.G. Scoca, *Contributo*, cit., 37.

[33] G. Greco, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino,* in *Foro amm.,* 2014, 585 ss.

[34] G. Greco, *Il rapporto amministrativo e le vicende*, cit., 619.

[35] A. Bartolini, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria,* in *Riv. giur. urb.*, 2007, 305.

[36] M.C. D'Arienzo, *Trasmissibilità dell'interesse legittimo e circolazione dei diritti edificatori tra previsioni codicistiche e suggestioni giurisprudenziali*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2016, 965 ss.

[37] Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: […] 2) i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano il diritto di usufrutto su beni immobili, il diritto di superficie, i diritti del concedente e dell'enfiteuta.

[38] G.P. Cirillo, *La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi,* in *Riv. notariato*, 2013, 3, 601 ss.

[39] F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 459, ove l'interesse legittimo appare come «*l'interesse all'esito favorevole dell'esercizio del potere precettivo altrui, tutelato mediante facoltà di collaborazione dialettica, dirette ad influire sul merito della decisione (precetto) finale, esperibili lungo tutto il corso dell'esercizio del potere*».

citato, rimarrà lo stesso. Per questo, tutti gli atti endoprocedimentali già posti in essere continueranno ad avere effetto anche nei confronti del nuovo titolare[40]. Se, invece, si rifiuta la possibilità di un "acquisto a titolo derivativo" dell'interesse legittimo, ma si prospetta, al massimo, un acquisto "a titolo originario", si escluderà una successione nella stessa posizione giuridica e si potrà, al limite, accettare l'assunzione di titolarità di un nuovo ed autonomo interesse legittimo. In quest'ultimo caso, tuttavia, l'originario potere non potrà continuare ad essere esercitato e il procedimento già iniziato non proseguirà, ma dovrà essere ripetuto dall'inizio.

Dal punto di vista del processo, invece, è solo nel caso in cui si accetti la trasferibilità dell'interesse legittimo che si potrà ammettere l'applicabilità degli artt. 110 e 111 c.p.c. anche nel giudizio amministrativo[41], con le annesse conseguenze processuali, e dunque, ad esempio, la possibilità per il successore di intervenire o di essere chiamato in giudizio e di estromettere l'alienante, l'estensione anche al successore a titolo particolare della legittimazione ad agire, la decorrenza dalla stessa data del termine decadenziale per l'impugnazione del provvedimento e degli effetti della sentenza definitiva del giudizio già pendente.

La risoluzione della questione in analisi è meritevole di attenzione in quanto utile a molteplici finalità. In base alla soluzione data, sarà possibile stabilire se, in caso di successione, il nuovo titolare può subentrare automaticamente nel processo amministrativo o se sia necessaria una nuova impugnazione dell'atto amministrativo lesivo; valutare come la successione influenzi il rapporto tra il nuovo titolare dell'interesse legittimo e la Pubblica Amministrazione, soprattutto in materia di concessioni, autorizzazioni o appalti pubblici, ma anche approfondire se la successione dell'interesse legittimo sia coerente con i principi di effettività della tutela giurisdizionale e buona amministrazione[42].

Ammettere la trasferibilità dell'interesse legittimo ha indubbi vantaggi ai fini del buon funzionamento del processo e del procedimento, se solo si considerano la speditezza e i vantaggi in termini di economicità di tempo e mezzi che ne deriverebbero. La soluzione appare anche coerente con l'essenza dell'interesse legittimo, intesa come posizione giuridica di vantaggio condizionata dall'esercizio del potere amministrativo attraverso la quale il privato può far valere il principio di legalità ottenendo la tutela giurisdizionale o risarcitoria nei confronti della Pubblica Amministrazione[43]. Se è vero, infatti, che l'interesse legittimo è una situazione giuridica soggettiva personale e diretta, ciò non ne impedisce la disponibilità e, di conseguenza, la cedibilità a titolo particolare ai sensi dell'art. 111 c.p.c., anche qualora non ci sia stretta inerenza tra il

[40] La dottrina che pare ammettere la successione nel rapporto procedimentale ritiene che «*tutte le situazioni che si formano dialetticamente e progressivamente nel procedimento […] diventano (immediatamente) riferibili anche al successore (come, ad es., il possesso di determinati requisiti per l'ottenimento di un determinato bene della vita)*»; cfr. F. Gaspari, *Successione a titolo particolare nel diritto controverso nel processo amministrativo,* Napoli, 2020, 67.

[41] Come sembrerebbe riconoscere la giurisprudenza, tra cui Cons. Stato, Sez. VI, 28 luglio 2015, n. 3727; Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 2010, n. 1842.

[42] Artt. 24 e 97 Cost., art. 6 CEDU.

[43] *Ex multiis* E. Casetta, *L'interesse legittimo: una situazione giuridica a "progressivo rafforzamento"*, in *Dir. Ec.*, 2008, 1, 7-16; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022, 132-135.

suddetto interesse e la posizione giuridica sottostante. Tutto ciò richiamando la teoria "finale" dell'interesse legittimo[44], che porta ad accettare la possibilità della sua trasmissibilità in tutti i casi in cui risultino cedibili la posizione legittimante e, qualora sia in questione un interesse pretensivo, il bene della vita da acquisire[45].

Clotilde Angela Caforio

[44] Teoria che pare ormai accolta pacificamente dalla giurisprudenza civile (*ex multiis*: Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, punto 5, Cass., Sez. Un., 4 settembre 2015, n. 17586), amministrativa (*ex multiis*, Cons. Stato, ad. plen. 29 luglio 2011, n. 15, punto 6.4.1; Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011, n. 3, punto 3.1.) e persino della Corte costituzionale. Infatti, è stato da ultimo riconosciuto, anche dalla Corte costituzionale, che «*gli artt. 24, 103 e 113 Cost., in linea con le acquisizioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato, hanno posto al centro della giurisdizione amministrativa l'interesse sostanziale al bene della vita*» (Corte cost. 13 dicembre 2019, n. 271, punto 11.2). Cfr. G. Greco, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, pubblicato il 14 gennaio 2020 in sito giustizia amministrativa - dottrina.

[45] G. Greco, *Il rapporto*, cit., 585 ss.