Le note a sentenza
di
GIUSTIZIA INSIEME

Annuario

della giurisprudenza amministrativa annotata

2023
(secondo semestre)

Pacini Giuridica

Sezione "Diritto e processo amministrativo" della rivista Giustizia Insieme

Comitato di redazione
Flamina Aperio Bella; Maria Baldari; Antonio Barone; Antonio Bartolini; Vittoria Berlingò; Giacomo Biasutti; Domenico Bottega; Giovanni Botto; Vinicio Brigante; Marco Brocca; Stefania Caggegi; Marco Calabrò; Sonia Caldarelli; Michele Ricciardo Calderaro; Federica Campolo; Carolina Cappabianca; Enza Caracciolo; Edoardo Caruso; Silvia Casilli; Alice Cauduro; Paola Chirulli; Fabiola Cimbali; Alessandro Cioffi; Emanuela Concilio; Andrea Crismani; Filippo D'Angelo; Raffaella Dagostino; Maria Grazia Della Scala; Gianluigi Delle Cave; Luca De Lucia; Maximilian Denicolò; Daniele Diaco; Ruggiero Dipace; Carmine Filicetti; Stefania Florian; Pierpaolo Forte; Cristina Fragomeni; Fabio Francario; Simone Francario; Roberto Fusco; Fortunato Gambardella; Silia Gardini; Ilaria Genuessi; Nicola Gullo; Annarita Iacopino; Giovanna Iacovone; Giuseppe La Rosa; Roberto Leonardi; Tania Linardi; Marco Magri;Giuseppina Mari; Francesco Martines; Antonella Mirabile; Saul Monzani; Clara Napolitano; Angelo Giuseppe Orofino; Piergiuseppe Otranto; Rocco Parisi; Vera Parisio; Edoardo Pellegrino; Luca Perfetti; Sergio Perongini; Ippolito Piazza; Aristide Police; Pier Luigi Portaluri; Giuseppe Primerano; Marco Ragusa; Renato Rolli; Elisabetta Romani; Anna Romeo; Enrico Roveroni; Fabio Saitta; Maria Alessandra Sandulli; Martina Sforna; Clara Silvano; Nicolò Simeoni; Veronica Sordi; MarioSpasiano; Sveva Speranza; Alessandro Squazzoni; Giordana Strazza; Fabrizio Tigano; Matteo Timo; Giulia Torta; Sabrina Tranquilli; Michele Trimarchi; Maria Francesca Tropea; Giuseppe Tropea; Claudia Tubertini; Silvia Tuccillo; Stefano Vaccari; Stefano Villamena; Piera Vipiana; Flavio Valerio Virzì; Francesco Volpe.

Comitato dei referees
Annamaria Angiuli; Massimiliano Bellavista; Chiara Cacciavillani; Vincenzo Caputi Jambrenghi; Andrea Carbone; Francesco Cardarelli; Francesco De Leonardis; Loredana Giani; Margherita Interlandi; Paolo Lazzara; Francesco Manganaro; Remo Morzenti Pellegrini; Andreina Scognamiglio; Enrico Zampetti

Comitato editoriale dell'Annuario
Simone Francario; Ilaria Genuessi; Tania Linardi; Antonio Persico; Giordana Strazza

Il pdf raccoglie i contributi pubblicati nella sezione "Diritto e processo amministrativo" della rivista Giustizia Insieme nel secondo semestre 2023

© Copyright 2024 by Pacini Editore Srl

ISBN 978-88-3379-703-8

Realizzazione editoriale

Pacini Editore
Via A. Gherardesca
56121 Pisa

Tutti i diritti di copyright sono riservati. Ogni violazione potrà essere perseguita per legge.

Indice

I limiti dell'errore revocatorio: tra abbaglio dei sensi, giurisdizione domestica e denegata giustizia (nota a Cons. Stato, sez. V, 11 settembre 2023, n. 8265) ..... » 1
Giacomo Biasutti

L'orsa JJ4 e il giudice amministrativo. La tutela cautelare del benessere animale .... » 15
Vinicio Brigante

Le prime (dis)applicazioni del c.d. Decreto Cutro (nota a margine dei decreti del Tribunale di Catania, sez. specializzata dell'immigrazione, nn. 10459, 10460 e 10461 del 29 settembre 2023) ..... » 25
Carolina Cappabianca - Sveva Speranza

Dei comportamenti della P.A. che costituiscono inottemperanza al *dictum* giurisdizionale: l'effetto conformativo del giudicato e la sua elusione (nota a Consiglio di Stato, Sezione Seconda, 22 maggio 2023 n. 5072) ..... » 35
Silvia Casilli

Il Fondo di solidarietà comunale e la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni (nota a Corte cost., sentenza, 14 aprile 2023, n. 71) ..... » 46
Alice Cauduro

Il mobile confine tra legittimità e merito: rileggendo Eugenio Cannada-Bartoli ..... » 52
Paola Chirulli

Discrezionalità tecnica e rarità di un dipinto di Giorgio Morandi. Osservazioni sul sindacato di legittimità e sul problema dei concetti giuridici indeterminati (nota a Cons. St., sez. VI, 9 maggio 2023 n. 4686) ..... » 62
Alessandro Cioffi

Le scelte eticamente sensibili. Limiti e obblighi della pubblica amministrazione tra diritti e interessi legittimi fondamentali ..... » 70
Gianpiero Paolo Cirillo

La partecipazione alle procedure di gara dei consorzi stabili. Il "cumulo alla rinfusa" tra modifiche legislative e oscillazioni giurisprudenziali (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 28/03/2023, n. 3148) ..... » 88
Emanuela Concilio

L'eccesso di lunghezza degli atti processuali e l'accetta del Giudice (nota a CGARS, Sez. giur., 4 aprile 2023, n. 104) ..... » 102
Andrea Crismani

Note in tema di «concerto», «parere vincolante» e «cogestione» di funzioni amministrative ..... » 117
Filippo D'Angelo

Ancora sulla responsabilità della pubblica amministrazione da illegittimo esercizio della funzione pubblica e sull'autonomia dell'azione risarcitoria (nota a Cons. Stato, 27 marzo 2023 n. 3094) ..... » 121
Raffaella Dagostino

Brevi considerazioni sulla differenza tra responsabilità precontrattuale della P.A. e responsabilità da provvedimento illegittimo (nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5989) ..... » 134
Gianluigi Delle Cave

Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti del Gestore dei Servizi Energetici – GSE s.p.a. ..... » 150
Paola Anna Gemma Di Cesare

Brevi riflessioni sulla natura giuridica del software (a partire da TAR Lazio, sez. III-*bis*, n. 8384/2023) ..... » 160
Daniele Diaco

Sulla giurisdizione estesa al merito del giudice dell'ottemperanza in ordine all'ingiunzione di pagamento di somme già pagate (nota a Consiglio di Stato, sezione terza, 14 dicembre 2022, n. 10960) ..... » 178
Carmine Filicetti

Responsabilità dell'amministrazione tra affidamento legittimo od incolpevole (nota a Cassazione Civile, Sezioni Unite, 19 gennaio 2023, n. 1567) ..... » 184
Cristina Fragomeni

Il Collegio consultivo tecnico, organismo atipico di mediazione e di conciliazione in ambito pubblicistico ..... » 196
Fabio Francario

Il trattamento dei dati personali per finalità di pubblico interesse e l'auspicio di un mutamento d'indirizzo interpretativo ..... » 204
Fabio Francario

L'incerto confine tra giurisdizione di legittimità e di merito ..... » 214
Fabio Francario

L'impugnazione del bando da parte dell'impresa che non partecipa alla gara: dalla legittimazione al ricorso all'onere della prova. (nota a T.A.R. Campania – Salerno, sez. I, n. 1344 del 12 giugno 2023) ..... » 224
Fortunato Gambardella

Annullamento in autotutela del permesso di costruire, legittimo affidamento del privato e responsabilità dell'Ente comunale (nota a Cons. di Stato, 17 novembre 2023, n. 9879) ..... » 233
Silia Gardini

Inclusione scolastica dell'alunno con disabilità e organi competenti nella formazione del piano educativo individualizzato (nota a Cons. Stato, sez. VII, 3 maggio 2023, n. 4473) ..... » 242
Ilaria Genuessi

Il concetto di *full jurisdiction* e il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte Europea di giustizia. Recenti conferme e sviluppi ..... » 258
Francesco Goisis

L'indipendenza del giudice amministrativo tra falsi problemi e criticità reali ..... » 272
Raffaele Greco

L'applicazione del silenzio assenso orizzontale al parere della soprintendenza nel procedimento autorizzatorio paesaggistico come atto codecisorio di un procedimento pluristrutturato (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610) ..... » 308
Roberto Leonardi

La giurisdizione contabile e i confini del danno "da disservizio" (nota a Cass., Sez. Un., ord. n. 2370/2023) ..... » 328
Tania Linardi

L'espropriazione in Europa: esperienze di alcuni Paesi a confronto ..... » 345
Maria Laura Maddalena

La giustizia politico-amministrativa e le sue contraddizioni (in merito all'ultima sentenza del Consiglio di Stato sulla proroga delle concessioni demaniali marittime) .... » 371
Marco Magri

L'atto politico ..... » 384
Giancarlo Montedoro

Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice dei contratti pubblici tra logica del risultato e tutela della parità di trattamento (commento a Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870) ..... » 397
Saul Monzani

Lo sharing dei monopattini sul territorio comunale non è una concessione di servizio pubblico (nota a Cons. Stato, V, 2 maggio 2023, n. 4368) ..... » 408
Clara Napolitano

Quando *tempus non regit actum*. Ancora sulla c.d. "autotutela" in materia di s.c.i.a.: dichiarazioni non veritiere, interesse pubblico *in re ipsa* e termine ragionevole per l'esercizio del potere inibitorio postumo (nota a Cons. Stato, sez. IV, 30 giugno 2023, n. 6387) ..... » 421
Piergiuseppe Otranto

Concessioni balneari: interviene la Corte di giustizia, a conferma della posizione dell'Adunanza Plenaria (nota a Corte di giustizia, Sez. III, sentenza 20 aprile 2023, in causa C-348/22) ..... » 442
Antonio Persico

"PIAO" e miglioramento dell'attività amministrativa (a partire da una recente pronuncia del giudice contabile) ..... » 454
Chiara Polini

Ripartizione delle risorse e determinazione dei tetti di spesa in ambito sanitario (nota a Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 20 marzo 2023, n. 435) ..... » 460
Giuseppe Andrea Primerano

Interdittiva antimafia e 'occasionale occasionalità' della permeabilità mafiosa. Un concetto tutto da chiarire (nota a sentenza TAR sez. staccata di Reggio Calabria, 5 luglio 2023, n. 598) ..... » 470
Renato Rolli e Martina Maggiolini

Conclusioni delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa" svoltesi al Castello di Modanella il 16/17 giugno 2023 sul tema "Sindacato sulla discrezionalità amministrativa e ambito del giudizio di cognizione" ..... » 480
Maria Alessandra Sandulli

Il ruolo dei princìpi nel diritto amministrativo. Introduzione a *Princìpi e regole dell'azione amministrativa – Quarta edizione 2023* ..... » 493
Maria Alessandra Sandulli

Sull'ordinaria diligenza esigibile dal soggetto danneggiato ai sensi degli artt. 1227 c.c. e 30 c.p.a. (nota a Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 2023, n. 8149) ..... » 506
Clara Silvano

"Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico" ..... » 517
Michele Trimarchi intervista Giuseppe Tropea

Il ricorso incidentale per l'accesso ai documenti amministrativi *ex* art. 116, co. 2, c.p.a.: questioni perplesse sull'onere di notifica ai soggetti controinteressati (nota a Cons. Stato, sez. III, ord. 28 luglio 2023, n. 7399) ..... » 532
Stefano Vaccari

L'azione di rivalsa nel contenzioso in materia di evidenze pubbliche ..... » 542
Francesco Volpe

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2958 – 22 novembre 2023

I limiti dell'errore revocatorio: tra abbaglio dei sensi, giurisdizione domestica e denegata giustizia (nota a Cons. Stato, sez. V, 11 settembre 2023, n. 8265)

Giacomo Biasutti

Sommario: 1. La vicenda processuale e la questione sottoposta al Consiglio di Stato nel giudizio rescindente. – **2.** La decisione: i parametri di riferimento dell'errore di fatto revocatorio. – **3.** La decisione della fase rescissoria. – **4.** Sui limiti di rilevanza revocatoria dell'errore processuale. – **5.** Difetto di pronuncia e denegata giustizia: sulla possibile concorrenza dei mezzi di censura. – **6.** Interazione tra pregiudiziale sportiva, errore revocatorio e denegata giustizia. – **7.** Conclusioni

1. La vicenda processuale e la questione sottoposta al Consiglio di Stato nel giudizio rescindente.

La vicenda sottoposta al Consiglio di Stato trae origine dalla giustizia domestica sportiva[1], ove la società calcio Chievo Verona (poi sottoposta a procedura concorsuale e rappresentata dunque in giudizio dalla propria curatela fallimentare) aveva impugnato il provvedimento della Commissione di Vigilanza sulle Società di Calcio Professionistiche – COVISOC[2] che accertava il mancato rispet-

[1] Per un inquadramento generale delle diverse questioni attinenti all'esercizio della funzione giustiziale sportiva e del conseguente controllo successivo da parte del giudice amministrativo si veda F. Luiso, *Giustizia sportiva*, in *Digesto Discipline Privatistiche*, Torino, 1993, vol. IX, nonché, più recentemente, F. Goisis, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa e arbitrato*, Milano, 2007, P. Sandulli – M. Sferrazza, *Il giusto processo sportivo. Il sistema di giustizia sportiva della Federcalcio*, Milano, 2015, M. Sanino, *Diritto Sportivo*, Padova, 2002, come pure *Giustizia sportiva*, Milano, 2022, nonché L. Di Nella – E. Indraccolo – A. Lepore – P. Del Vecchio – S. Palazzi, *Manuale di diritto dello sport*, Napoli, 2021, S. Papa, *Il processo sportivo dopo il codice CONI*, Torino, 2018, P. Sandulli, *Argomenti e riflessioni in tema di giustizia sportiva*, Roma, 2021, P. Del Vecchio – L. Giacomardo – M. Sferrazza – R. Stincardini (a cura di), *La giustizia nello sport*, Napoli, 2022.

[2] Cfr. L. Zambelli, *La natura e il funzionamento dei controlli sulle società di calcio professionistiche in Italia*, in *Diritto dello sport*, III- IV, 2015, 301 ss., il quale, nell'illustrare le funzioni del Comitato, sottolinea in particolare come quest'ultimo operi essenzialmente un controllo di merito sulle gestioni finanziarie delle società sportive, verificando anzitutto il rispetto di parametri

to degli obblighi tributari cui le società calcistiche erano tenute sulla base del Manuale delle licenze redatto dalla F.I.G.C. Dapprima, la A.C. Chievo Verona s.r.l. presentava ricorso avverso detta decisione avanti al Consiglio Federale, il quale tuttavia nel respingere il gravame disponeva ulteriormente l'esclusione dal campionato di serie B della società[3]. A sua volta la decisione consiliare veniva censurata avanti al Collegio di garanzia[4] che tuttavia rigettava a sua volta le contestazioni elevate avverso i provvedimenti.

Indi, la società interponeva ricorso avanti al T.A.R. per il Lazio, censurando a seguire con motivi aggiunti l'ulteriore provvedimento federale di svincolo dei giocatori e contestando - per la prima volta avanti al giudice amministrativo- il c.d. Sistema delle licenze nazionali[5]. In via derivata, peraltro, la società censurava l'illegittimità dei provvedimenti perché basati su disposizioni di legge a loro volta ritenute incostituzionali dacché non avevano esteso la normativa emergenziale tributaria[6] ai mancati pagamenti delle rateazioni già disposte dall'agenzia delle entrate. Proprio questo profilo giunge ad interesse nella vicenda de qua, laddove il Tribunale capitolino ha ritenuto irrilevante la questione di legittimità costituzionale sul presupposto della omessa censura tempestiva[7] del sistema delle licenze avanti agli organi della giustizia. In particolare, in primae curae il Collegio ha rilevato come fosse ben noto alla ricorrente il contenuto del sistema delle licenze e, nello specifico, la relativa portata escludente rispetto alla propria situazione quanto all'iscrizione ai campionati professionistici[8]. Dunque, rilevata l'inoppugnabilità del Manuale per omessa contestazione avanti agli organi sportivi, difettava a dire del T.A.R. il presupposto della rilevanza della questione ai fini del decidere[9].

formali imposti *ope legis*, ma ancor più riferendosi al complesso dell'equilibrio economico finanziario e alla sostenibilità dei debiti di queste ultime secondo parametri di efficienza. Si tratta, insomma, sostanzialmente di un controllo gestionale di merito *ex post*.

[3] L'esclusione o ammissione delle squadre dai campionati professionistici, è una competenza esclusiva del Consiglio federale sulla base dell'art. 8 dello Statuto della F.I.G.C.

[4] Sul procedimento cfr. A. Tatafiore – P. Di Salvatore, *Diritto sportivo*, Milano, 2022, in particolare 79 ss.

[5] Si tratta, in sintesi, del sistema che prevede il rilascio delle licenze per la partecipazione ai diversi campionati professionistici, preordinata, in particolare, a garantire la sostenibilità economica del sistema verificando il rispetto delle regole di bilancio da parte delle società, come sottolinea S. Bastianon, *Dal Trattato di Lisbona al nuovo regolamento UEFA sulle licenze per club e sul fair-play finanziario*, in *Rivista di diritto sportivo*, I, 2012, 7 ss.

[6] Che, in sintesi, consentiva la dilazione dei pagamenti dei debiti di natura fiscale, cfr. d.l. 18/2020 e s.m.i.

[7] In ordine alla pregiudiziale sportiva, imposta a livello generale dal d.l. n. 220/2003, vedasi F. Valerini, *Quale giudice per gli sportivi? (a margine del d.l. 19 agosto 2003, n. 220)*, in *Rivista di diritto processuale*, IV, 2004, 1203 ss., nonché P. Sandulli, *La giurisdizione "esclusiva" in materia di diritto sportivo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, II, 2005, 395 ss. nonché, del medesimo Autore, *La legge 17 ottobre 2003, n. 280, ovvero una nuova giurisdizione esclusiva in materia di diritto sportivo*, in *Temi Romana – Rivista giuridica*, a cura dell'Ordine degli Avvocati di Roma, 2003.

[8] Sarebbe, infatti, stato chiaro che la mancata concessione della rateizzazione dei debiti tributari avrebbe portato *de plano* alla non ammissione al campionato professionistico, alla luce del tenore letterale del Manuale. Si ricorda, peraltro, come la giurisprudenza, in particolare ad esempio Consiglio di Stato, sez. V, 27 agosto 2014, n. 4382, affermi come *"il requisito della regolarità fiscale può dirsi sussistente qualora … l'istanza di rateizzazione sia stata accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo"*. Di qui, insomma, la sostanziale consapevolezza della irregolarità della propria posizione da parte della società calcistica. Irregolarità che non avrebbe che potuto portare all'esclusione dal campionato professionistico.

[9] E, pertanto, non si poteva dare accesso al giudizio di costituzionalità per via incidentale, posti i noti requisiti di rilevanza e non manifesta infondatezza, cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002, G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, *ex multis*, nonché, con specifico riferimento alle questioni poste avanti al giudice amministrativo, cfr. S. Pignatelli, *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase ascendente e discendente*, in *Federalismi.it*, VI, 2021, 97 ss. nonché T. Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, 1992, 559 ss. e P. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 2003, 172 ss. Il riferimento normativo

La sentenza era quindi impugnata avanti al Consiglio di Stato, che tuttavia confermava la pronuncia di primae curae[10]. In particolare, ed ai fini che interessano, i giudici di Palazzo Spada ritenevano, al pari del Tribunale, inammissibile la questione di costituzionalità per difetto del requisito di rilevanza[11], dal momento che la società calcistica aveva omesso di contestare il Manuale che prevedeva il requisito della regolarità contabile ai fini della iscrizione al campionato professionistico.

È proprio avverso tale pronuncia, invero, che il fallimento della società calcistica interponeva ricorso per revocazione, nel tentativo di censurare un errore di fatto ex art. 106, d.lgs. n. 104/2010 e art. 395, comma 1, n. 4, del Codice di procedura civile. In buona sostanza, il Consiglio di Stato avrebbe travisato la questione di legittimità sottoposta dalla ricorrente: la società non sosteneva che l'illegittimità costituzionale della norma tributaria avrebbe consentito di dichiarare illegittimo il Manuale delle licenze, invece non impugnato, bensì che la l'incostituzionalità della disposizione avrebbe consentito l'ammissione della società a prescindere da ogni ulteriore valutazione circa la legittimità del Manuale, che a quel punto sarebbe divenuta irrilevante ai fini del decidere. In altri termini, se la norma tributaria fosse stata dichiarata incostituzionale, A.C. Chievo Verona sarebbe stata ammessa a disputare il campionato perché avrebbe avuto i requisiti previsti dal Manuale[12].

Di qui, pertanto, a dire del ricorrente il concretarsi dell'errore di fatto richiesto dalle disposizioni precitate per ottenere la revocazione[13]: il Consiglio di Stato avrebbe positivamente affermato come esistente un fatto in realtà escluso – ossia la necessità di preventiva elisione del Manuale onde dare corso alla necessaria valutazione sulla legittimità costituzionale della disposizione tributaria dallo stesso applicata.

---

corre, di contro, all'art. 23 della l. 11 marzo 1953, n. 87.

[10] Con la sentenza sez. V, 10 novembre 2022, n. 9876. Ancora, si evidenzia che la dottrina ricorda come "*la rilevanza ricorre quando sussiste un nesso di pregiudizialità necessaria, di guisa che il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale*". Così P. Virga, *op. cit.*, 172.

[11] In particolare, tanto è dichiarato sulla base del combinato disposto dell'art. 3, d.l. 220/2003, ove si afferma che la pregiudiziale sportiva rispetto alle questioni di diritto sottoposte al T.A.R. sussiste ove sia previsto dagli statuti di autonomia delle federazioni uno strumento di tutela e degli art. 12-*bis* e 12*ter* dello Statuto della F.I.G.C. ove, per l'appunto, tale pregiudizialità è stata espressamente individuata.

[12] Poiché la questione di costituzionalità formulata dalla ricorrente atteneva essenzialmente alla circostanza per cui con la legislazione Covid si era disposta la proroga delle rateazioni esattoriali solamente quando era già stata emessa una cartella di pagamento, mentre la stessa facoltà non era stata riconosciuta alle rateazioni pre-esattoriali, cioè quelle relative a situazioni nelle quali non era ancora stata inviata la cartella esattoriale ma soltanto avviso bonario o di accertamento. La questione era dunque prospettata per violazione degli art. 3 e 53 Cost., cfr. G. de Luca, *Diritto Tributario*, Napoli, 2010, nonché con riferimento alla sistematica generale dei principi del diritto tributario, E. De Mita, *Principi di Diritto Tributario*, Milano, 2004.

[13] Si precisa, invero, che la giurisprudenza amministrativa ha chiarito come "*L'errore di fatto revocatorio consiste nel c.d. "abbaglio dei sensi" e, cioè, nel travisamento delle risultanze processuali dovuto a mera svista, che conduce a ritenere inesistenti circostanze pacificamente esistenti o viceversa*" (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 11 giugno 2001, n. 3). Ulteriormente, si è specificato che "*L'errore di fatto, insomma, consiste in una divergenza tra la realtà processuale e ciò che risulta espressamente dalla sentenza*" (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 22 gennaio 1997, n. 3).Questa ultima importante pronuncia è stata peraltro pubblicata con annotazione ad opera di A. Travi, in *Foro italiano*, III, 1997, 820 ss., ed è stata ulteriormente oggetto di commento ad opera di F. Francario, *Revocazione ordinaria e processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 1997, 830 ss. Cfr. inoltre G. Abbamonte – R. Laschena, *Giustizia amministrativa*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1997, 341 ss. e, più recentemente, V. Colesanti, *La revocazione è diventata un istituto inutile?*, in *Rivista di diritto processuale*, I, 2014, 26 ss. Con riferimento, invece, all'inquadramento generale sul tema dei profili revocatori delle sentenze il riferimento corre a C. Consolo, *La revocazione delle decisioni di Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova, 1989 e, con specifico riguardo al processo amministrativo F. Francario, *Commento all'art. 28 l. TAR* (e ss.), in A. Romano (a cura di), *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009, come pure, del medesimo Autore, *Giudicato e revocazione*, in *Il libro dell'Anno del Diritto 2018*, Roma, 2018, in specie 697 ss.

2. La decisione: i parametri di riferimento dell'errore di fatto revocatorio.

Nel prendere il passo quanto al giudizio rescindente, il Consiglio di Stato individua chiaramente i limiti della c.d. omissione di pronuncia[14] rispetto a quelli dell'errore di fatto revocatorio[15].

Anzitutto, vengono richiamate le due opposte correnti giurisprudenziali in merito. Da un lato, vi è quella più risalente[16], che rileva come l'omesso riscontro puntuale alle censure formulate dal ricorrente concreti a tutti gli effetti un error in procedendo, ponendosi in violazione dell'art. 112 c.p.c. In buona sostanza, in questi casi si nega che l'omessa pronuncia possa avere una rilevanza revocatoria, rimanendo confinata all'errore processuale censurabile in un ulteriore grado di giudizio, ove presente[17]. Di contro, vi è altra parte della giurisprudenza e della dottrina[18] che ritiene, invece, che l'omissione di pronuncia costituirebbe ipso facto un errore suscettibile di emenda revocatoria, poiché frutto di un abbaglio cartolare rispetto alle domande effettivamente presentate dal ricorrente. E questo, con l'ulteriore precisazione che, in ogni caso, non può costituire oggetto dell'azione revocatoria la contestazione delle valutazioni operate dal giudice, anche laddove portino ad assorbimento -dunque omessa pronuncia- di determinate domande[19]. Tra queste due visioni alternative, se ne inserisce una – concretamente seguita dal Consiglio di Stato nella pronuncia in commento – che

[14] Si ricorda, anzitutto, il principio generale di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, suggellato all'art. 112 c.p.c. La giurisprudenza amministrativa ritiene applicabile il principio in via del richiamo generale esterno di cui all'art. 39 c.p.a., sebbene con alcuni correttivi dacché "*il vizio di omessa pronuncia da parte del giudice di primo grado è configurabile e costituisce un tipico errore di diritto per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, deducibile in sede di appello sotto il profilo della violazione dell'art. 112 c.p.c., che è applicabile al processo amministrativo con il correttivo secondo cui l'omessa pronuncia su di un vizio del provvedimento impugnato deve essere accertata con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso, senza privilegiare gli aspetti formali, così che essa può ritenersi sussistente soltanto nell'ipotesi in cui risulti non essere stato esaminato il punto controverso e non quando, al contrario, la decisione sul motivo di impugnazione risulti implicitamente da un'affermazione decisoria di segno contrario ed incompatibile; in ogni caso, l'omessa pronuncia su una o più censure proposte con il ricorso giurisdizionale non configura un error in procedendo, tale da comportare l'annullamento della decisione, con contestuale rinvio della controversia al giudice di primo grado ex art. 105, comma 1, c.p.a., ma solo un vizio dell'impugnata sentenza che il giudice di appello è legittimato ad eliminare, integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo sul merito della causa. Non rientrando l'omessa pronuncia da parte del giudice di primo grado su di un motivo del ricorso nei casi tassativi di annullamento con rinvio, ne consegue che, in forza del principio devolutivo (di cui all'art. 101, comma 2, c.p.a.), il giudice di appello decide, nei limiti della domanda riproposta, anche sui motivi di ricorso non affrontati dal giudice di prime cure*" (così Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2020, n. 6973, poi richiamato espressamente dalla sez. II, 8 aprile 2022, 2635). In dottrina vedasi invece V. Violante, *Omessa pronuncia su questione puramente processuale da parte del giudice di appello*, in *Giustizia civile*, 2013, il quale peraltro sottolinea come l'omissione di pronuncia, per la struttura dell'art. 395 c.p.c., non potrebbe verificarsi laddove il giudice abbia errato la valutazione di una questione esclusivamente processuale.

[15] Solo quest'ultimo, per l'appunto, è rilevante ai fini di determinare la possibilità di buon esito del giudizio rescindente, come bene illustra A. Liberati, *Il processo innanzi al Consiglio di Stato*, Padova, 2006, 1310 ss.

[16] Per la quale il riferimento corre alle sentenze Cons. Stato, sez. V, n. 476/1990 e sez. VI, n. 904/1999.

[17] Restando, peraltro, per il momento in disparte le questioni circa la rilevabilità dell'errore in termini di denegata giustizia, sui quali cfr. *infra*.

[18] Vedasi in particolare sul punto Cons. Stato, sez. IV, 1° settembre 2015, n. 4099; sez. IV 28 ottobre 2013, n. 5187; sez. III 29 ottobre 2012, n. 5510; sez. VI, 2 febbraio 2012, n. 587. In dottrina, invece, il riferimento corre alla premessa svolta da S. Esposito, *L'omessa pronuncia sull'istanza di rinvio pregiudiziale non integra l'errore di fatto revocatorio, Nota a Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 28 gennaio 2021, n. 836*, in *AmbienteDiritto.it*, I, 2022, e giurisprudenza ivi citata, nonché ad inquadramento generale A. Lolli, *Revocazione*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 992 ss.

[19] Così, *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 4 agosto 2015, n. 3852; sez. V 12 maggio 2015, n. 2346; sez. III 18 settembre 2012, n. 4934.

concede espressa rilevanza al fatto che non sempre, e non necessariamente, l'omessa pronuncia integra un errore di fatto, ma ciò si verifica ove sia ictu oculi evidente dagli atti processuali[20] che vi sia stato un abbaglio sensoriale del giudicante. L'errore revocatorio, insomma, deve risultare particolarmente evidente quando si tratta di omissione di pronuncia[21].

Se dunque è necessario che si verifichi un falso presupposto fattuale[22] derivante da una svista dei sensi, è pure imprescindibile che questo si appunti su di un profilo non controverso ma decisivo della vicenda processuale. In questi termini, pertanto, l'errore non incide sul momento valutativo del giudicante, ma solo su quello percettivo della lettura degli atti[23]. Donde non si tratta di una anomalia del procedimento logico, ma solamente del suo presupposto sensoriale.

Di conseguenza è solo qualora si verifichi questo presupposto "abbaglio dei sensi" e, a valle, ciò porti ad una omissione di pronuncia, che può avere agio il rimedio revocatorio nell'eventuale violazione dell'art. 112 c.p.c.

Fissati questi assi cartesiani, pertanto, il Consiglio di Stato afferma sussistenti nel caso in esame i presupposti per disporre la revocazione della sentenza. Ritiene infatti il giudicante che la ricorrente in appello avesse graficamente articolato una diversa questione di legittimità costituzionale: non revocava in dubbio la legittimità del sistema delle licenze, ma sosteneva che la declaratoria di illegittimità costituzionale della disciplina tributaria avrebbe consentito alla società di iscriversi al campionato anche senza toccare i requisiti previsti dal Manuale delle licenze medesime. In questi termini, allora, il giudice d'appello, nel confermare la sentenza di primae curae con riguardo alla irrilevanza della questione per inoppugnabilità del sistema delle licenze, aveva omesso la pronuncia, non già errato una applicazione delle norme processuali[24].

---

[20] O, più precisamente, ove ciò sia immediatamente evidente alla lettura degli atti processuali, come evidenzia E. Grasso, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extra petizione*, in *Rivista di diritto processuale civile*, I, 1965. Cfr. anche, con specifico riferimento alla natura dell'errore revocatorie ed al possibile concorso del rimedio in analisi con altre forme di gravame C. Consolo, *La revocazione nel processo amministrativo, i suoi odierni limiti e le sue supposte peculiarità nel concorso con l'appello*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 1992, 835 ss., come pure F. Francario, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato. Prime considerazioni su Corte cost., 26 maggio 2017, n. 123*, in *Federalismi.it*, XIII, 2017, ove in particolare l'Autore esamina la vicenda relativa all'ammissibilità di una ipotesi di revocazione per contrarietà alla CEDU (peraltro escludendo che in tal caso si concreti una nuova ipotesi *ex* art. 395 c.p.c.) e la proponibilità di un ricorso per motivi di giurisdizione ove i termini ad impugnare non siano ancora spirati. In precedenza sul tema, del medesimo Autore, cfr. *Revocazione per contrasto con pronuncia di corte internazionale*, in *Il libro dell'Anno del Diritto 2016*, Roma, 2016, in specie 745 ss.

[21] Più nello specifico, la fase ove si viene a commettere l'errore percettivo nella pronuncia non è quello della scrittura, della sentenza ma quello, anteriore, della lettura degli atti da parte del giudicante, come chiarito tra gli altri da Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2021, n. 836, sez. IV, 14 aprile 2020, n. 2438 e sez. III, 3 giugno 2020, n. 3470).

[22] Costituito dalla risposta a una domanda non posta o dalla mancata risposta ad una domanda invece positivamente presentata.

[23] Resta escluso, insomma, dal novero dei casi di revocazione l'errore di giudizio, ossia quello attinente ai canoni ermeneutici di risoluzione della controversia, ovvero il caso in cui si erri nel rispondere alla domanda presente nel ricorso o le si risponda in maniera inesatta e, dunque, parziale. Così, ulteriormente, Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2017, n. 1610 e 21 gennaio 2020, n. 477.

[24] Pertanto, sotto tale profilo, la pronuncia in esame conferma la giurisprudenza oramai consolidata sulla questione dell'errore percettivo del giudicante. Come correntemente affermato dai giudici di Palazzo Spada, infatti, "*l'errore revocatorio è configurabile in ipotesi di omessa pronuncia su una censura sollevata dal ricorrente, purché risulti evidente dalla lettura della sentenza che in nessun modo il giudice ha preso in esame la censura medesima: si deve trattare, in altri termini, di una totale mancanza di esame e/o valutazione del motivo e non di un difetto di motivazione della decisione* (così Cons. Stato, sez. IV, 1° settembre 2015, n. 4099 ed, in termini, sez. V, 6 aprile 2017, n. 1610).

3. La decisione della fase rescissoria.

Esaurito in questi termini l'esame della questione processuale in ordine all'ammissibilità del mezzo di impugnazione, il Consiglio di Stato passa quindi alla fase rescissoria del giudizio[25].

Anzitutto, la sentenza qualifica il Manuale delle licenze quale atto presupposto[26] dei successivi provvedimenti di ammissione o esclusione dai campionati professionistici. Nondimeno, i Giudici chiariscono che quest'ultimo atto richiama un elemento normativo estrinseco, ossia la regolarità fiscale delle squadre partecipanti. E tale elemento non deriva dalle disposizioni del Manuale o del plesso disciplinare sportivo, bensì dalla applicazione di norme tributarie. Nondimeno il provvedimento, a quella fattispecie normativa estranea al diritto sportivo, assegna – con valenza costitutiva – un preciso significato nell'ambito del procedimento valutativo circa l'ammissione ai campionati[27]. Ma si tratta, a dire della sentenza, di una situazione di fatto che deve meramente essere verificata: gli organi sportivi debbono solo verificare il fatto della regolarità contabile, non già apprezzare i provvedimenti fiscali. Questo porta il Consiglio di Stato a concludere per l'irrilevanza della questione di legittimità costituzionale sulla base di un diverso ragionamento.

Invero, la regolarità fiscale della società rileva come mero oggetto di una verifica, mentre in sé, tale posizione, riguarda un rapporto tra la società calcistica e l'agenzia delle entrate. Rapporto la cui legittimità non può essere oggetto di apprezzamento, nemmeno in via incidentale, ad opera del giudice amministrativo. Diversamente opinando -ossia se la posizione fiscale non fosse una circostanza fattuale da verificare, ma una species acti che può essere valutata dal giudice- si dovrebbe ogni volta mettere in discussione la legittimità di provvedimenti tributari anche non tempestivamente impugnati e per di più ad opera di una giurisdizione non competente a conoscerli. Di qui, allora, l'anticipata irrilevanza, per altra via, della questione proposta dalla società calcistica: la declaratoria di incostituzionalità non gioverebbe alla ricorrente, poiché i provvedimenti di accertamento, non tempestivamente impugnati, rimarrebbero in vita, facendo permanere quella condizione ostativa alla ammissione al campionato prevista dal Manuale. Di più, in ogni caso il giudice amministrativo non potrebbe sollevare una questione rispetto a provvedimenti tributari che non sono stati contestati nel proprio giudizio.

Per tali ragioni, quindi, revocata la sentenza, il Consiglio di Stato ha nondimeno

[25] Che, come noto, ha la funzione di sostituire con una nuova decisione di merito la sentenza annullata, come illustrato da C. Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, nonché, relativamente al procedimento di revocazione dei lodi arbitrali ma con spunti di riflessioni generalmente validi, M. Giorgetti, *La consecutio rescindente-rescissorio nell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Giustizia civile*, V, 2001, 1601 ss.

[26] La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire come possa essere ritenuto avvinto da nesso di presupposizione l'atto rispetto al quale i provvedimenti successivi sono da considerarsi applicazione diretta e necessaria. Così Cons. Stato, sez. III, 10 novembre 2020, n. 6922. In senso analogo, peraltro, E. Sticchi Damiani, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 2003, 633 ss., laddove peraltro l'Autore individua il nesso di presupposizione come causa automatica di caducazione dell'atto conseguente laddove venga meno l'atto presupposto, proprio in ragione della particolare intensità del legame che li collega.

[27] In altri termini, insomma, il Manuale ha un effetto costitutivo quanto al significato e alla rilevanza giuridica del requisito della regolarità fiscale. Regolarità fiscale che rimane un elemento di fatto pur estraneo al procedimento sportivo, ma che assume rilevanza solo in ragione del sistema delle licenze.

respinto l'appello, ritenendo irrilevante la questione di legittimità costituzionale proposta.

4. Sui limiti di rilevanza revocatoria dell'errore processuale.

Il profilo che suscita maggiore interesse la pronuncia sul piano del diritto processuale è sicuramente l'individuazione del perimetro di rilevanza dell'errore revocatorio.

La sentenza ha infatti il pregio di chiarire il momento dell'errore ed il suo oggetto, quali elementi intrinsecamente connessi e che nella loro combinazione consentono di stabilire quando l'omissione di pronuncia possa trovare sanzione nell'ambito di una impugnazione ex art. 106 c.p.a. Invero, è da tempo chiaro al plesso giurisdizionale ordinario[28] che onde avere rilevanza ai fini impugnatori, l'errore deve essere immediatamente percepibile. Nondimeno, il Consiglio di Stato mette in luce come sia altrettanto essenziale che né l'oggetto dell'errore né eventuali norme applicate nella sentenza revocanda possono essere contestati quali frutto di una attività valutativa. Infatti, la sentenza chiarisce che per quanto il giudicante possa commettere errores in procedendo, questi rilevano solo se la norma processuale violata è l'art. 112 c.p.c.[29]. E, a sua volta, la violazione del precetto giusprocessuale deve derivare da un abbaglio dei sensi emergente dagli atti.

Queste premesse consentono di sviluppare due ulteriori predicati.

Il primo, è che nella valutazione dell'errore revocatorio l'attività del giudice dell'impugnazione è meramente di accertamento fenomenico[30]. Esso si limita, infatti, a prendere atto della discrasia tra gli atti di causa e la risposta resa dal giudice, non potendo interpolare valutazioni di sorta: si tratta di un'attività di riscontro meccanico tra domanda e sentenza[31].

Il secondo predicato che si deriva da questa premessa di ordine generale riguarda invece l'assorbimento delle domande. Infatti, dalla natura meccanica del rilevamento dell'errore processuale deriva l'impossibilità che, implicitamente, il giudice della sentenza impugnata abbia inteso assorbire il motivo non esaminato[32]. È invero prassi che

[28] Cfr. *ex multis* Corte di Cassazione, sez. VI, ordinanza 21 giugno – 31 agosto 2017, n. 20635.

[29] Ossia, in altri termini, l'unico errore processuale rilevante nel giudizio revocatorio è quello inerente all'obbligo di emanare una pronuncia che risulti corrispondente a quanto le parti hanno richiesto essere pronunciato. Vedasi in punto L.P. Comoglio, *Azione e domanda giudiziale*, in L.P. Comoglio – C. Ferri – M. Taruffo (a cura di), *Lezioni sul processo civile*, I, Bologna, 2007.

[30] È questo il senso proprio, infatti, della revocazione come strumento di impugnazione a critica vincolata: esso non dà mai adito ad una seconda valutazione sul merito che sia derivante dalla mera opinabilità nell'applicazione delle norme processuali o sostanziali, come chiarito da C. Mandrioli – A. Caratta, *Diritto processuale civile. Processo ordinario di cognizione*, Torino, 2022, 501 ss.

[31] Di qui, pertanto, la qualifica in termini di *error in procedendo* specifico dell'art. 112 c.p.c., come adombrato nello specifico da C. Valle, *sub artt. 112-120 c.p.c.*, in *Commentario al Codice di procedura civile*, a cura di G. Verde – R. Vaccarella, Torino, 2001.

[32] La giurisprudenza ha infatti chiarito che "*La figura dell'assorbimento in senso proprio ricorre quando la decisione sulla domanda assorbita diviene superflua, per sopravvenuto difetto di interesse della parte, la quale con la pronuncia sulla domanda assorbente ha conseguito la tutela richiesta nel modo più pieno, mentre è in senso improprio quando la decisione assorbente esclude la necessità o la possibilità di provvedere sulle altre questioni, ovvero comporta un implicito rigetto di altre domande", cosicché "l'assorbimento non comporta un'omissione di pronuncia (se non in senso formale) in quanto, in realtà, la decisione assorbente permette di ravvisare la decisione implicita (di rigetto oppure di accoglimento) anche sulle questioni assorbite, la cui motivazione è proprio quella dell'assorbimento, per cui, ove si escluda, rispetto ad una certa questione proposta, la correttezza della valutazione di assorbimento, avendo questa costituito l'unica motivazione della decisione assunta, ne risulta il vizio di motivazione del tutto omessa*" (Cass. civ. sez. I, 27

il giudicante, ritenendo risolutivo un punto controverso tra le parti, abbia a statuire su di esso assorbendo – eventualmente appunto in maniera implicita – la risposta alle ulteriori questioni delle quali è causa[33]. Se però questa prassi assume diversi connotati a seconda che il giudice accolga il ricorso o lo rigetti – poiché nel secondo caso si dovrebbe esplicitare le ragioni dell'assorbimento mentre nel primo, soddisfando la pretesa di chi fa la domanda[34] questo onere può dirsi affievolito – nel caso di dell'omissione di pronuncia non deve invece potersi dedurre nemmeno implicitamente una operazione logica del genere. In altri termini, per avere omissione di pronuncia revocatoria, non deve potersi dedurre nemmeno indirettamente l'intenzione di assorbimento dei motivi ulteriori.

Tuttavia, ove una tale decisione venga censurata per revocazione, pare allora che una operazione valutativa debba essere operata da parte del giudice dell'impugnazione: è inevitabile dover apprezzare il senso logico della pronuncia per avere conferma che si sia trattato di una svista omissiva rispetto ad uno o alcuni dei motivi di diritto invece che l'assorbimento implicito delle questioni operato per ragioni di liquidità e -dunque- di economicità processuale. Tale valutazione, peraltro, appare avere a sua volta diversa consistenza a seconda della tipologia di pronuncia esaminata, laddove nel caso di una sentenza semplificata[35] giocoforza la motivazione si riferisce ad un solo punto controverso ovvero si riduce al richiamo ad un precedente conforme ritenuto risolutivo per la questione. In tali casi, allora, è più semplice individuare una volontà di assorbimento che non fa luogo a errore omissivo.

Occorre però anche in questo caso operare una attenta distinzione.

Infatti, ove la sentenza semplificata venga emessa in esito all'udienza cautelare[36],

---

dicembre 2013, n. 28663, cit. e in senso conforme 12 dicembre 2018, n 2899).

[33] Sulla nozione e limiti dell'assorbimento delle domande, il riferimento corre alla nota sentenza Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 27 aprile 2015, n. 5. Vedasi anche Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 13 aprile 2015, n. 4, con nota di G. Ferrari – L. Tarantino, *Il principio della domanda tra annullamento e risarcimento*, in *Urbanistica e appalti*, VI, 2015, 733 ss. La dottrina, peraltro, ha notato come il principio di assorbimento possa anche andare in contrasto con il generale potere di graduazione dei motivi e l'esercizio dello *ius actionis* da parte del ricorrente, cfr. A. Romano Tassone, *Sulla disponibilità dell'orine di esame dei motivi di ricorso*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 2012, pag. 803 e ss. In ordine alla corrente interpretazione dello strumento processuale dell'assorbimento, per tutti, vedasi il contributo di M.R. Spasiano nel volume collettaneo F. Francario – M.A. Sandulli, *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, Napoli, 2019.

[34] In altri termini, una pronuncia di accoglimento del ricorso o dell'appello che rilevi un unico motivo di fondatezza e quindi, assorbiti tutti gli altri secondo il principio della questione più liquida, annulli provvedimenti gravati, non lede certo il diritto di difesa delle parti, poiché soddisfa la situazione giuridica soggettiva meritevole di protezione decidendo su di un profilo che è stato sottoposto al contraddittorio tra le parti. Con riguardo al principio della questione più liquida, nei termini ora riferiti, utile il richiamo a Cass. civ., sez. lav., 20 maggio 2020, n. 9309, ove si ricorda che "*La causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione, anche se logicamente subordinata, senza necessità di esaminare previamente le altre, imponendosi, a tutela di esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, un approccio interpretativo che comporti la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo piuttosto che su quello della coerenza logico sistematica e sostituisca il profilo dell'evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare ai sensi dell'art. 276 c.p.c.*". In dottrina il riferimento corre, *ex multis*, a F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, II, 2017, Milano, 67 ss., nonché R. Vaccarella, *Economia di giudizio e ordine delle questioni*, in *Giusti processo civile*, III, 2009, 643 ss.

[35] Art. 74, d.lgs. n. 104/2010, cfr. A. Police, *Le decisioni in forma semplificata (cosiddetto giudizio immediato)*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Milano, 2014, 541 ss., in cui l'Autore chiarisce come in caso di sentenza in forma semplificata si realizza una simmetria tra immediata percepibilità della situazione di torto o ragione delle parti e la – conseguente – limitatezza dell'apparato decisorio. L'Autore medesimo, peraltro, si rifà in questa conclusione a quanto sostenuto da A. Romano – R. Villata, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009, 885 ss.

[36] In ossequio all'art. 60 c.p.a., cfr. N. Paolantonio, *Il rito immediato*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 477 ss., nonché, con riguardo alla disciplina previgente, A.

è chiaro che si ritiene risolutivo un profilo sottoposto al giudice dalle parti, dunque che si voglia operare in assorbimento degli ulteriori motivi non espressamente esaminati. Viceversa, ove, invece, la forma semplificata sia imposta dal codice di rito sulla base della tipologia della controversia[37], la forma non individua di per sé ragioni di particolare semplicità decisoria della res litigiosa e, pertanto, questa sorta di "presunzione di assorbimento" dei motivi non specificamente esaminati viene meno. Con la conseguenza che, in questi casi, l'esame della pronuncia ai fini di determinare la sussistenza di eventuali omissioni suscettibili di revocazione si atteggerà in buona sostanza tale e quale a quanto avviene per le sentenze non semplificate[38].

In questi termini, insomma, l'esame dell'errore revocatorio, pur irregimentato nei binari indicati dalla giurisprudenza, si arricchisce di ulteriore complessità. Resta sempre uno strumento impugnatorio a critica vincolata[39], ma si declina diversamente, nella omissione di pronuncia da parte del giudice amministrativo, a seconda della tipologia di sentenza impugnata, poiché si deve apprezzare prudentemente la possibilità che si siano assorbiti motivi di censura.

5. Difetto di pronuncia e denegata giustizia: sulla possibile concorrenza dei mezzi di censura.

Un ulteriore elemento che stimola alla riflessione nella pronuncia in commento è il possibile concorso dello strumento revocatorio con il ricorso per Cassazione per c.d. denegata giustizia[40]. Con questa espressione ci si suole riferire alle impugnazioni proposte avanti al giudice di legittimità[41] invocando l'eccesso di potere giurisdizionale[42]

Bertoldini, *I riti immediati ed abbreviati previsti dalla legge 21 luglio 2000, n. 205: la mediazione giurisprudenziale tra certezza ed effettività di tutela*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 2003, 1290 ss., laddove l'Autore sottolineava come il sistema del c.d. giudizio immediato trovava il giusto medio tra le esigenze di effettività della tutela ed economicità processuale con il principio generale della pienezza del contraddittorio.

[37] E, dunque, nel rito in materia di accesso agli atti amministrativi (art. 116 c.p.a.), nel giudizio avverso silenzio (art. 117 c.p.a.), nel giudizio di ottemperanza (art. 112 e ss. c.p.a.), nel c.d. rito appalti (art. 120 ss. c.p.a.) e nei giudizi elettorali riferentisi all'esclusione dalla competizione (art. 129 c.p.a.).

[38] Seppur si può dire, infatti, che la sentenza semplificata sarà più stringata, cionondimeno l'evidenza dell'intenzione implicita di voler operare un assorbimento dei motivi, pare dover emergere con ragionevole grado di sicurezza anche in questi casi.

[39] Cfr. in punto C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2023, 609 ss.

[40] Per una introduzione generale sui temi delle pronunce della Corte di Cassazione sulle ipotesi di c.d. denegata giustizia si veda *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021 - causa C-497/20, Randstad Italia?*, interviste di Roberto Conti a Renato Rordorf, Paolo Biavati, Giancarlo Montedoro e Fabio Francario, in questa Rivista. Con specifico riferimento, invece, ai limiti di rilevabilità e i mezzi di tutela in caso di omesso rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea il riferimento corre a M.A. Sandulli, *Rinvio pregiudiziale e giustizia amministrativa: i più recenti sviluppi*, in questa Rivista, 20 ottobre 2022, in uno con i referenti giurisprudenziali ivi richiamati, che sottolinea in particolare l'affanno dei giudici interni nel ricercare strumenti di tutela adeguati nel permanente silenzio del legislatore, oltre a F. Francario, *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia spa*, in, *Federalismi.it*, IX, 2022, oltre a M. Magri, *Rifiuto di rinvio pregiudiziale per travisamento dell'istanza di parte: revocazione della sentenza o "semplice" obbligo del giudice amministrativo di risarcire il danno? (Consiglio di stato, ordinanza 3 ottobre 2022, n. 8436, rimessione all'adunanza plen*, in questa Rivista, 15 dicembre 2022, e 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*, 14 dicembre 2021.

[41] Sulla base del combinato disposto dell'art. 111, comma 8, della Costituzione, dell'art. 362 del Codice di procedura civile e 110 del Codice del processo amministrativo.

[42] Cfr. Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6, interpretativa di rigetto nell'affermare, tuttavia, la legittimità costituzionale della inammissibilità del mezzo per fare valere l'erronea applicazione delle regole processuali. In termini Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2018, n. 32622, 19 dicembre 2018, n. 32773, 11 novembre 2019,

concretatosi nella interpretazione delle norme processuali tale da limitare in maniera sproporzionata ed irragionevole l'accesso alla tutela giurisdizionale[43].

Pare invero una via percorribile, in parallelo alla contestazione dell'errore revocatorio[44], l'ipotesi di proporre innanzi alla Corte di Cassazione la questione della denegata giustizia provocata dall'omissione della pronuncia ad opera del giudice speciale. D'altro canto, laddove si ricordi che l'errore revocatorio deve essere -in quanto tale- del tutto palese ed immediatamente percepibile alla semplice lettura degli atti di causa, sorge spontaneo il parallelo con quella giurisprudenza che afferma come "alla regola della non estensione agli errori in iudicando o in procedendo del sindacato della Corte di Cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo, può derogarsi nei casi eccezionali o estremi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in manifesta denegata giustizia"[45].

Dunque, pare potersi – quantomeno in astratto – ipotizzare la proponibilità di ricorso per Cassazione nel caso in cui vi sia una manifesta omissione di pronuncia sui motivi del ricorso e, quindi, sostenendo che il giudice amministrativo abbia in buona sostanza abdicato alla propria funzione giurisdizionale di tutela del cittadino[46].

La tesi, per quanto suggestiva, deve essere raffrontata però con l'interpretazione notevolmente restrittiva dei margini operativi del mezzo impugnatorio in parola che ne dà la corrente giurisprudenza. Invero, secondo gli Ermellini, il ricorso per denegata giustizia avverso le pronunce del giudice amministrativo è ammesso solamente "quando il giudice speciale affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento) ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); ovvero nelle ipotesi di difetto relativo di giurisdizione, che si ha quando il giudice amministrativo

n. 29085 e 6 marzo 2020, n. 6460, *ex multis*. Cfr. F. Francario, *Diniego di giurisdizione*, in *Il libro dell'Anno del Diritto 2019*, Roma, 2019.

[43] In particolare, ci si riferisce a quell'"*orientamento consolidato delle Sezioni Unite (sino alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018)* ... (che riteneva) *che, in sede di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo dei limiti esterni della giurisdizione – che l'art. 111 Cost., comma 8, affida alla vigilanza della Corte di cassazione – non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare meri errori 'in iudicando" o 'in procedendo', 'salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in denegata giustizia , ed in particolare, salvo il caso, tra questi, di errore 'in procedendo' costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione Europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia*' (Cass., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19598, e le ivi richiamate pronunce 29 dicembre 2017, n. 31226, 18 dicembre 2017, n. 30301, 17 gennaio 2017, n. 953, 8 luglio 2016, n. 14042, 29 febbraio 2016, n. 3915 e 6 febbraio 2015, n. 2242). Sul tema, in dottrina, cfr. F. Francario, *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Libro dell'Anno del Diritto 2017*, Roma, 2017.

[44] O, successivamente alla decisione sullo stesso da parte del giudice amministrativo.

[45] Cass. Sez. Un., 27 dicembre 2017, n. 31226, cit. Vedasi anche B. Nascimbene – P. Piva, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in questa Rivista, 24 novembre 2020, oltre a G. Tropea, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, parimenti in questa Rivista, 7 ottobre 2020.

[46] Il richiamo in questo caso corre ai principi di effettività della tutela che derivano nel nostro ordinamento anche dalle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, come sottolinea G.P. Cirillo, *I princpi generali del processo amministrativo*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Milano, 2014, 15 ss., nonché B. Sassani, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza ammnistrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997, nonché *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto Contributo allo studio della tutela dichiarativa del processo civile e amministrativo*, Padova, 1989.

affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici (Cass., Sez. Un., 12 marzo 2021, n. 7031)"[47]. Di converso, l'eventualità in cui vi sia una effettiva abdicazione della funzione giudiziale da parte del giudice speciale, si rinverrebbe solamente ove questo neghi in via generale la tutelabilità di una determinata posizione giuridica soggettiva[48]. Nell'eventualità di un errore singolare di applicazione della norma processuale[49], pertanto, resta solamente le possibilità di impugnazione all'interno del plesso giurisdizionale amministrativo, non potendo venire in rilevo l'error in procedendo quale motivo di giurisdizione.

Le maglie attraverso le quali giungere ad una pronuncia ad opera della Corte di Cassazione, al di là di assonanze lessicali circa la patente evidenza dell'errore, insomma, sono molto strette[50]. Tanto strette, da far ritenere che lo strumento impugnatorio innanzi agli Ermellini possa essere utilizzato solo in caso di infruttuoso esperimento della revocazione presso il Consiglio di Stato, a guisa di extrema ratio[51]. Con la conseguenza che, in effetti, non pare potersi parlare di una concorrenza in senso proprio dei due strumenti di tutela.

6. Interazione tra pregiudiziale sportiva, errore revocatorio e denegata giustizia.

Un ulteriore profilo sul quale si intrattiene la pronuncia in esame riguarda la c.d. pregiudizialità sportiva[52]. In particolare, nei

[47] Così Cass., Sez. Un., ordinanza 29 aprile 2021, n. 11297, cit. La dottrina ha peraltro chiarito di conseguenza che l'errore commesso dal giudice amministrativo nel pronunciare solo su parte della domanda non potrebbe essere coltivato avanti alla Corte di Cassazione, cfr. In difetto si avrebbe un errore che non può essere fatto valere A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 342.

[48] Cosi Cass., Sez. Un., ordinanza 23 dicembre 2008, n. 30254, laddove ha affermato che "*proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento*". Cfr. M.M. Fracanzani, *Per un giudice amministrativo veramente speciale*, in *Questione giustizia*, I, 2021, il quale sostiene che la ragione della specialità della giurisdizione amministrativa risiede nella differenziazione delle situazioni giuridiche soggettive presenti nel nostro ordinamento, poiché T.A.R. e Consiglio di Stato garantiscono una tutela piena ed effettiva agli interessi legittimi. È quindi evidente che dove questa garanzia di tutela venga meno perché negata in via generalizzata, viene meno anche la ragione della specialità.

[49] Nel caso di specie sarebbe l'art. 112 c.p.c.

[50] Ancor più, lo sono in esito al *revirément* operato dalla giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018, già citata. La Corte di Cassazione, infatti, ha di recente ulteriormente chiarito che "*la Corte costituzionale n. 6 del 2018 che, dichiarando inammissibile una questione di costituzionalità proposta dalle stesse Sezioni Unite per difetto di rilevanza, aveva ritenuto ingiustificato il controllo cassatorio sulle sentenze del Consiglio di Stato, nei casi di violazione di norme dell'Unione, come interpretate dalla Corte di Giustizia. Come si è detto, tale più recente interpretazione – superando quella precedente che attribuiva alla nozione di eccesso di potere giurisdizionale la più estesa accezione di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, nazionali o unionali, quale causa di denegata giustizia (in tal senso cfr. SU n. 2242 del 6 febbraio 2015 e n. 31226 del 29 dicembre 2017) – è stata fatta propria dalle Sezioni Unite che, con atteggiamento di self restraint, hanno scelto di conformarvisi (cfr. la già citata SU n. 13243 del 2019 in fattispecie similare)*" (Sez. Un., 30 agosto 2022, n. 25503, vedasi, però, anche la pronuncia 18 gennaio 2022, n. 1454).

[51] Non sempre, però, evidentemente questa soluzione porta ad esiti soddisfacenti sul piano della pienezza della tutela, come sottolinea E. Zampetti, *Lesione del diritto di difesa e principio del doppio grado nel processo amministrativo. Studio sugli esiti del giudizio di appello*, Napoli, 2020, il quale riconduce ad una lesione del diritto di difesa rilevante *ex* art. 111 Cost. le ipotesi di erronea chiusura in rito del giudizio e, ai fini che interessano, di omessa pronuncia: in particolare cfr. 183 ss.

[52] Vedasi per un inquadramento generale C. Vaccà, *Giustizia sportiva e arbitrato*, Milano, 2006 come pure M. Sanino – F. Verde, *Il diritto sportivo*, Padova, 2008, oltre a G. Manfredi, *Ordinamento*

diversi gradi di giudizio, il giudice amministrativo si concentra sulla circostanza che il Manuale delle licenze[53], quale di atto presupposto al provvedimento in iudicio deducto, dovesse essere contestato seguendo la trafila impugnatoria che trova scaturigine nel plesso giustiziale sportivo. La validità del Manuale, in altre parole, doveva essere contestata ab origine innanzi la giustizia sportiva per poter essere successivamente dedotta in contestazione avanti al giudice amministrativo. Non avendo proceduto il ricorrente in tal senso, il Consiglio di Stato non ha potuto che limitarsi a valutare se vi fosse possibilità per il giudice amministrativo di sindacare l'atto di accertamento tributario presupposto a guisa di motivo di esclusione dal campionato ad opera del Manuale stesso. E, non ravvisando tale possibilità, dichiarare per altra via irrilevante la dedotta questione di costituzionalità.

Vi è tuttavia da chiedersi, alla luce dei referenti utilizzati dalla pronuncia in commento per delimitare il perimetro di rilevanza dell'errore revocatorio, quale possa essere l'interazione dei due diversi plessi giurisdizionali. È invero cosa nota, infatti, che la giustizia amministrativa arrivi a guisa di valutazione impugnatoria devolutiva delle questioni delibate dalla giustizia domestica sportiva. Nondimeno, laddove la giustizia sportiva ometta di pronunciarsi su di una questione, si concreta un errore revocatorio in termini sostanzialmente analoghi a quelli analizzati nella pronuncia in commento. Errore che, a sua volta è passibile di revocazione all'interno del plesso sportivo ai sensi dell'art. 63 del Codice di giustizia sportiva[54] in termini sostanzialmente analoghi – quantomeno sul piano fenomenico della nozione di errore – a quelli applicabili avanti alla giurisdizione ordinaria e amministrativa.

La domanda che si pone, a questo punto, è se l'errore revocatorio nel quale può essere incorso il giudice sportivo debba essere giocoforza coltivato in via esclusiva avanti allo stesso ovvero se possa essere validamente delato alla cognizione del T.A.R. per il Lazio. Ebbene, alla luce del principio di pregiudizialità della decisione sportiva affetta da vizio revocatorio "ordinario", dovrebbe dirsi che la decisione affetta da tale vizio sia impugnabile esclusivamente innanzi al plesso sportivo, poiché l'errore percettivo è immediatamente riscontrabile e, altresì, poiché il sistema di giustizia sportiva prevede un rimedio interno apposito[55]. Sarà quindi poi l'eventuale – ulteriore – pronuncia emessa in esito al procedimento di revoca-

Statale e ordinamento sportivo tra pluralismo giuridico e diritto globale, in *Diritto amministrativo*, III, 2012, 299 ss.

[53] Che la sentenza peraltro qualifica come atto plurimo inscindibile, cfr. R. Caranta, *Atto collettivo, atto plurimo e limiti soggettivi del giudicato amministrativo di annullamento*, in *Giustizia civile*, IV, 1989, 916 ss. e A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 365 ss. Sugli effetti, invece, dell'annullamento giurisdizionale di questa tipologia di provvedimenti, il riferimento corre, *ex multis*, a Cons. Stato, Sez. VII, 16 novembre 2022, n. 10089.

[54] A mente del quale è passibile di revocazione innanzi alla Corte federale d'appello la pronuncia "*se è stato omesso l'esame di un fatto decisivo che non si è potuto conoscere nel precedente procedimento, oppure sono sopravvenuti, dopo che la decisione è divenuta inappellabile, fatti nuovi la cui conoscenza avrebbe comportato una diversa pronuncia*". Tale mezzo impugnatorio è applicabile, nondimeno, nel termine di trenta giorni dalla pronuncia.

[55] Sul punto vedasi A. Gragnani, *I "punti di contatto" fra autonomia dell'ordinamento sportivo e diritti costituzionali come "rapporti multipolari di diritto costituzionale" (sindacato "complessivo di" di proporzionalità e "regola generale di preferenza" in funzione di monito preventivo al legislatore nella sentenza n. 160/2019 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, I, 2020, 84 ss., oltre a G. Clemente di San Luca, *Dei limiti all'autonomia dell'ordinamento sportivo. Riflessioni intorno a calcio e diritto*, in *Rivista di diritto pubblico*, I, 2007, 33 ss. ed A.E. Basilico, *L'autonomia dell'ordinamento sportivo e il diritto ad agire in giudizio: una tutela "dimezzata"?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, II, 2011, 734 ss.

zione a poter essere oggetto di attenzione avanti al giudice amministrativo. Tuttavia, in relazione agli esiti di questa ricostruzione, non è inutile richiamare l'attenzione sulla posizione di altri giudici degli ordinamenti europei. In alcuni rilevanti casi, infatti, questi ultimi hanno dimostrato anche in tempi recenti un certo disfavore per i sistemi di giustizia domestica che escludano o rendano difficoltoso l'accesso ad un giudizio avanti alle magistrature dello Stato[56]. Queste riflessioni, in certi casi estemporanee, sono comunque occasione per ribadire che l'articolazione del sistema di tutele in ambito sportivo non può avere l'effetto di menomare l'effettività della tutela per il sovrapporsi dei diversi limiti che ciascuna plesso di giustizia fa propri.

Ciò detto, nondimeno, però, si deve chiarire che il caso in esame – ossia quello di un errore revocatorio intercorso nella declaratoria di inammissibilità per irrilevanza di una questione di legittimità costituzionale proposta dal ricorrente – ha delle caratteristiche specifiche che non consentivano al giudice sportivo una decisione. Invero, i referenti normativi, come noto, ascrivono il potere di sollevare questione di costituzionalità solamente alle autorità giurisdizionali[57] a fronte della paventata illegittimità di una legge o di un atto avente forza di legge. Ebbene, gli organi di giustizia sportiva e le disposizioni dagli stessi applicate, paiono difettare di quei requisiti. Invero, la Corte d'Appello Federale della F.I.G.C.[58], con pronuncia nomofilattica delle proprie sezioni unite, ha recentemente chiarito che non può né ritenersi che la giustizia sportiva si caratterizzi per i requisiti di una autorità giurisdizionale[59] né che gli atti regolatori interni del sistema sportivo possono essere qualificati come "aventi forza di legge"[60], e, per conseguenza, essere delati avanti alla Cort costituzionale.

7. Conclusioni.

Volendo trarre alcune conclusioni da quanto sin qui illustrato, si può sicuramente dire che la pronuncia in esame ha il pregio di definire i caratteri della natura percettiva

[56] Sul punto vedasi A. Gragnani, *I "punti di contatto" fra autonomia dell'ordinamento sportivo e diritti costituzionali come "rapporti multipolari di diritto costituzionale" (sindacato "complessivo di" di proporzionalità e "regola generale di preferenza" in funzione di monito preventivo al legislatore nella sentenza n. 160/2019 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, I, 2020, 84 ss., oltre a G. Clemente di San Luca, *Dei limiti all'autonomia dell'ordinamento sportivo. Riflessioni intorno a calcio e diritto*, in *Rivista di diritto pubblico*, I, 2007, 33 ss. ed A.E. Basilico, *L'autonomia dell'ordinamento sportivo e il diritto ad agire in giudizio: una tutela "dimezzata"?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, II, 2011, 734 ss.

[57] Nello specifico, si fa riferimento a all'articolo 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 (Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte costituzionale), secondo il quale "*La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione*" e all'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 il quale, a sua volta, prevede che "*Nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il pubblico ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza, indicando: a) le disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, viziate da illegittimità costituzionale; b) le disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali, che si assumono violate*".

[58] Con la decisione n. 62 del 28 dicembre 2020.

[59] Vedasi Corte cost, 11 febbraio 2011, n. 49.

[60] La pronuncia, peraltro, ha il pregio di chiarire la non irragionevolezza della disposizione di rito sportiva che preclude la possibilità di adire in sede revocatoria gli organi di giustizia domestica nel caso in cui sia stato presentato ricorso avverso la decisione presso il giudice amministrativo. In tale caso la decisione n. 62 del 28 dicembre 2020, ritiene ancora che eventuali nuovi documenti potrebbero essere fatti valere innanzi al giudice. La pronuncia, nondimeno, non risolve il caso in cui si sia trattato di un errore costituito dal disassamento tra chiesto e pronunciato.

dell'errore revocatorio. Ad essere reso ben evidente, infatti, è come il giudice della revocazione, in fase rescindente, non debba intrattenersi sul procedimento valutativo operato nella sentenza revocanda né, per parte propria, deve sovrapporvi una valutazione sulla applicazione delle norme rispetto a quella del giudice a quo. L'individuazione dell'errore è semplice frutto della meccanica comparazione del testo di ricorso e del testo della sentenza: in ciò si concreta l'omissione di pronuncia revocatoria.

La pronuncia consente però lo sviluppo di ulteriori riflessioni, che interrogano sulla interazione di diverse forme di tutela presenti tra giudice amministrativo e giudice ordinario. Si è visto che l'omissione revocatoria è certo denegata giustizia, ma altresì che lo strumento garantito dall'art. 106 c.p.a. è ben più efficace dell'invocare questioni di mancato esercizio del potere giurisdizionale rispetto a ipotetici ricorsi avanti alla Corte di Cassazione, alla luce dell'attuale interpretazione che la stessa fa propria circa l'ipotesi di c.d. denegata giustizia.

Inoltre, l'addentellarsi del giudizio sportivo rispetto alla impugnazione avanti al T.A.R. sollecita il lettore ad interrogarsi pure sulla tenuta complessiva di un sistema di tutela ove l'errore revocatorio trova sanzione anche nella giustizia domestica, la quale però in esercizio di self restraint non ritiene di poter sollevare questioni di legittimità costituzionale[61].

Nel complesso, le soluzioni giuridiche operate dalla pronuncia sono sicuramente coerenti dal punto di vista sistematico. Tuttavia, resta aperta la domanda su quale sarebbe stato l'esito del giudizio nel caso in cui la società avesse impugnato gli atti dell'amministrazione tributaria e, in quella sede, fosse stata sollevata la questione di legittimità avanti al Giudice delle Leggi. Una declaratoria incompatibilità costituzionale del sistema tributario, infatti, avrebbe certo propagato i propri effetti anche presso la giustizia domestica sportiva e, in esito, presso il giudice amministrativo. Ma questo solo in esito a defatiganti impugnazioni avanti a diverse autorità giurisdizionali; forse a detrimento di quel principio di effettività della tutela giurisdizionale che dovrebbe essere punto di partenza e di arrivo del sistema processuale nel suo complesso[62].

[61] Cfr. M. Luciani, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica, Relazione al Convegno «Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo»,* Modanella, 24-25 maggio 2019, in *Questione giustizia*, III, 2019, il quale sottolinea la complessità dell'atto interpretativo del giudicante e i limiti all'interno dei quali un eventuale errore può essere fatto rilevare nel sistema processuale.

[62] In punto, ancora, E. Zampetti, *op. cit.*

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2874 – 7 settembre 2023

L'orsa JJ4 e il giudice amministrativo. La tutela cautelare del benessere animale

Vinicio Brigante

Sommario: 1. L'articolato *iter* amministrativo-cautelare della vicenda dell'orsa JJ4. – **2.** L'inefficace attività di monitoraggio e l'ennesimo ricorso alla cultura dell'emergenza. – **3.** Il precedente, T.A.R. Trentino Alto-Adige, Trento, 29 ottobre 2020, n. 184. Revoca dell'ordinanza e difficile articolazione dell'interesse alla tutela del benessere animale. – **4.** Amministrazione e giudice. Confini incerti e indebite supplenze. – **5.** Riflessioni di sintesi.

1. L'articolato *iter* amministrativo-cautelare della vicenda dell'orsa JJ4.

Con decreto monocratico, il T.R.G.A. del Trentino Alto-Adige[1], ha sospeso l'efficacia dell'ordinanza di abbattimento dell'orsa "JJ4", (ordinanza 8 aprile 2023, n. 1) adottata dal presidente della Provincia autonoma di Trento, avente ad oggetto, nel dettaglio "Provvedimento contingibile ed urgente. Intervento di rimozione di un orso pericoloso per l'incolumità e la sicurezza pubblica". Decreto sospensivo adottato all'esito di un ricorso presentato da diverse associazioni animaliste[2].

[1] Per un commento a prima lettura, cfr. A. Gasparre, *Runner ucciso dall'orsa: interviene il TAR che sospende l'esecuzione e chiede un supplemento di documentazione*, in *Diritto & Giustizia*, 2023, 7 ss.

[2] Sotto il profilo legato alla legittimazione ad agire e agli interessi alla stessa sottesi, osserva in maniera condivisibile M. Delsignore, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 735 ss., attraverso il richiamo a una sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, che gli interessi a tutela degli animali, non sono individuali, ma al contrario sono riferibili indistintamente alla popolazione, posto che chiunque avrebbe interesse alla preservazione delle specie animali o ad osservare animali in via di estinzione; sempre sul tema della legittimazione delle associazioni animaliste, ma in un'ottica diversa, che riguarda la tutela degli animali da sostanze tossiche, cfr. G. Ligugnana, *I procedimenti giustiziali nei confronti delle decisioni dell'ECHA*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 311 ss.; alle stesse conclusioni in termini protettivi per gli animali perviene, pur partendo da una questione differente, cfr. M. Lottini, *Benessere degli animali v. usi tradizionali. Ancora la Corte di giustizia a sostegno di una interpretazione delle norme in chiave 'animalista'*, in *Federalismi*, 2021, l'esigenza nazionale di mantenere in vita usi tradizionali a scopo ricreativo, non può giustificare di per sé, l'utilizzo di un metodo di caccia particolarmente crudele, ricordando che la tutela del benessere degli animali (oltre che

L'ordinanza del presidente della Provincia autonoma di Trento rinviene le proprie ragioni di necessità, e in parte la propria legittimazione fattuale, nel presupposto del decesso di un residente, la cui morte è riconducibile alle ferite riportate da questi, attribuibili ad un orso bruno, come emerso delle operazioni peritali. Tale circostanza ha generato la reazione dell'amministrazione, formalizzato nell'ordinanza menzionata, a tutela della sicurezza e dell'incolumità degli abitanti e dei frequentatori delle aree prossime alla zona in cui è accaduto l'incidente.

Nello specifico, il provvedimento impugnato ha disposto la prosecuzione del monitoraggio intensivo dell'area interessata, anche al fine di procedere nel più breve tempo possibile all'identificazione genetica dell'esemplare che si è reso protagonista dell'incidente in oggetto e, di conseguenza, a procedere all'abbattimento dell'esemplare identificato in base all'istruttoria svolta. Inoltre, nel provvedimento, è intimato di custodire momentaneamente gli esemplati catturati – indiziati di essere quello ricercato – in attesa della conferma genetica della relativa identità.

Si deve, a tal proposito, osservare, come emerge anche nel testo del decreto, proprio rispetto all'identificazione condotta su base genetica, la *medio tempore* intervenuta conclusione dell'indagine genetica diretta a stabilire l'identità nell'orsa JJ4, notizia desunta anche da note ufficiali pubblicate della stessa amministrazione provinciale.

Come emerge dalle agenzie di stampa, in data 18 aprile 2023 l'orsa è catturata in una zona prossima a quella in cui era avvenuto l'incidente.

L'aspetto che lascia maggiormente perplessi, e sul quale si tornerà nel corso dell'indagine, riguarda una paventata e quantomai irragionevole accusa di recidiva, operata dall'amministrazione in capo all'animale, come se lo stesso possa essere titolare di una vera e propria capacità di intendere e di volere, trasposta, indebitamente e senza il necessario adattamento, su un animale appunto.

Si deve, inoltre, osservare, proprio rispetto a tale circostanza che le precedenti ordinanze contingibili e urgenti di captivazione, emesse nei confronti della medesima orsa, erano state cautelativamente sospese e, in seguito, annullate per difetto di istruttoria, dal medesimo T.A.R. Trento, aspetto del quale si darà brevemente conto nel corso dell'indagine.

La vicenda processuale prosegue e il 25 maggio, in seguito ad altro ricorso presentato in seguito ad altra e ulteriore determinazione dell'amministrazione, il T.A.R. ha provveduto, con ordinanza collegiale, 25 maggio 2023, n. 35[3], ad ulteriore sospensione del provvedimento (decreto n.10 del 2023) fissando l'udienza di merito in data 14 dicembre 2023.

Le singole determinazioni delle amministrazioni e i contestuali provvedimenti sospensivi del T.A.R. richiedono riflessioni di carattere generale, che ruotano intorno al rapporto che intercorre tra causalità e tempo delle decisioni, temi da cui derivano gli ambiti analizzati nelle sintetiche riflessioni che seguono.

naturalmente la tutela ambientale e della biodiversità) possono essere compromessi solo ove ciò strettamente necessario e nel rispetto di rigide condizioni.

[3] "Stante la peculiarità della fattispecie – caratterizzata dalla circostanza che non è ancora decorso il termine per impugnare le Linee guida del 2021 e il rapporto ISPRA-MUSE (...) nonché la possibilità che a un'eventuale reiezione della domanda cautelare in esame consegua immediatamente l'abbattimento dell'orsa, così vanificando la possibilità di un appello cautelare".

2. L'inefficace attività di monitoraggio e l'ennesimo ricorso alla cultura dell'emergenza.

L'equivoco di fondo che ha imposto il ricorso a strumenti emergenziali da parte dell'amministrazione – appare infatti evidente una lacuna correlata alla corretta gestione ordinaria della vicenda – risiede, a monte, nella inadeguata gestione dei provvedimenti attuativi della legge che, nel 1992[4], provvedeva all'importazione di plantigradi dalla Slovenia, con il contributo dell'Unione Europea, finalizzati al ripopolamento della zona di interesse.

Si tratta di un'attività finalizzata, in termini generali, a garantire e promuovere la biodiversità[5], da intendersi quale valore che sintetizza funzionamento globale dell'ambiente e diversità biologica.

La complessità del tema era, ed è, correlato, alla circostanza che l'attività di importazione comporti l'intrecciarsi di diversi procedimenti, particolarmente articolati da un punto di vista tecnico, con il relativo coinvolgimento di diversi attori, istituzionali e non.

A tutela della biodiversità è previsto, inoltre, un correlato potere di controllo e monitoraggio, la cui elevata componente tecnica e scientifica e l'evolvere costante delle relative conoscenze impone di delegare l'esercizio di determinati compiti a soggetti specializzati.

Tale attività di controllo e monitoraggio, che coinvolge un potere *latu sensu* pianificatorio, nell'ambito della complessiva operazione di importazione della specie, non è stata adeguatamente condotta, rispetto al numero minimo di ispezioni da effettuare, alle forme di coordinamento tra le amministrazioni competenti e ai criteri di aggiornamento dell'attività.

Inoltre, la complessiva attività di importazione si caratterizza per la presenza di aspetti, e pertanto di atti, spiccatamente politici, con la contestuale non sindacabilità degli stessi.

La compresenza di tali circostanze, in parte strutturali e in parte patologiche, ha imposto il ricorso a quella logica rimediale della quale l'amministrazione sovente abusa, anche per far fronte a precedenti – come in questo caso – colpevoli lacune delle quali la stessa è responsabile. Si è vestita da emergenza – che ha legittimato l'adozione di ordinanza contingibili – l'urgenza procurata, la colpevole inazione del potere, connessa ai diversi fattori summenzionati.

Appare evidente, infatti, che una situazione ampiamente programmata si è trasformata in una circostanza imprevista, un ossimoro che palesa l'inadeguatezza della gestione ordinaria, soprattutto nella fase di raccordo tra pianificazione e monitoraggio, sintesi della continuità procedurale che dovrebbe intercorrere tra programmato e raggiunto in termini di risultato finale dell'attività.

Non si tratta solo della conseguenza pura e semplice di diverse devianze, di una molteplicità di infrazioni, più o meno palesi, dell'ordinamento ma si tratta di un'ormai radicata cultura istituzionale dell'emer-

[4] Si tratta di l. 11 febbraio 1992, n. 157, recante '*Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio*'.

[5] Ampiamente sul punto, cfr. A.M. Chiariello, *La funzione amministrativa di tutela della biodiversità nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Napoli, 2022; L. Del Corona, *La tutela della biodiversità: dal diritto internazionale alla Costituzione*, in *Federalismi* (Focus - Human Rights), 2023, 198 ss.

genza[6], che tende a investire – come noto – l'intero processo decisionale, con un evidente ampliamento oggettivo del perimetro del potere di deroga, genericamente inteso.

In altri termini, un'attività appropriata ed adeguata del monitoraggio, inteso quale aspetto anche di carattere organizzativo e di coordinamento, deve essere valutata sul piano dell'efficacia ed effettività dei singoli atti nel quadro di un più ampio contesto decisionale, come quello relativo alla gestione razionale dell'importazione di una specie animale in un territorio.

Proprio in quest'ottica emerge l'importanza che deve avere l'acquisizione corretta e consapevole del dato fattuale, al fine di garantire l'utilità funzionale del processo decisionale in una prospettiva molteplice e multifattoriale, che consideri non solo l'analisi del rischio in sé, ma anche i profili attinenti alla sua valutazione e gestione, rispetto a un esame da effettuarsi con ciclicità, proprio al fine di ridurre all'essenziale il ricorso all'emergenza e, di converso, ridurre l'arbitrio nelle scelte.

L'amministrazione precauzionale – formula adottata, seppur in altro ambito, dal Consiglio di Stato[7] – è divenuta, infatti, ormai un modello di amministrazione autonomo e permanente, che si impone allorquando, e le ipotesi sono in costante incremento, o non si disponga di tutti i dati completi per valutare compiutamente e consapevolmente il rapporto tra esercizio del potere e rischio, o, come nell'ipotesi indagata, si fronteggi un evento nel suo complesso prevedibile, con provvedimenti emergenziali.

Nel modello tradizionale domina una netta distinzione tra ricerca disinteressata della verità e sua eventuale utilizzazione a fini pratici, da un lato ci sono le istituzioni scientifiche, dotate del grado massimo di autonomia, dall'altro quelle dello Stato, cui consegue una incomunicabilità che impedisce una compresenza appropriata per le singole e correlate tra loro determinazioni.

3. Il precedente T.A.R. Trentino Alto-Adige, Trento, 29 ottobre 2020, n. 184. Revoca dell'ordinanza e difficile articolazione dell'interesse alla tutela del benessere animale.

Non è la prima volta che l'orsa JJ4 diviene oggetto dell'attenzione del giudice amministrativo.

Nel 2020, in occasione di un analogo, seppur meno grave incidente avente come protagonista il medesimo animale, il presidente della Provincia ne ordinava e disponeva la cattura - eseguita poi dal Corpo Forestale - con ordinanza 24 giugno, n. 362277.

Si deve, preliminarmente, osservare che il Piano d'azione interregionale per la conservazione dell'Orso bruno nelle Alpi centro-orientali[8] (PACOBACE) opera una

[6] Ne discorreva già diffusamente F. Salvia, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 763 ss. (spec. par. 7); di recente, nei medesimi termini, cfr. L. Giani, *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, in L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, 15 ss., 19.

[7] Cons. St., sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045.

[8] Si tratta di un documento tecnico per la gestione della specie faunistica e contiene indicazioni dettagliate circa le misure da adottare per prevenire e risarcire i danni causati dagli orsi, le più opportune misure di intervento; per una lettura sistemica, cfr. E. Frediani, *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Dir. amm.*, 2017, 447 ss.

distinzione delle misure, attraverso la previsione di ipotesi nelle quali l'attacco è determinato da necessità di difesa dalle ipotesi, più gravi, e di ipotesi nelle quali l'attacco è valutato come non necessario, e opera un'ulteriore distinzione rispetto alle zone, se abitate o meno, nelle quali avviene il fatto, con relativa graduazione delle azioni da intraprendere.

Il capitolo 3 del PACOBACE ribadisce che restano in ogni caso ferme le competenze delle amministrazioni competenti a fronte di rischi immediati per la sicurezza e l'incolumità pubblica.

Dalla motivazione del provvedimento adottato nel 2020 si evince che la valutazione comportamento dell'animale compiuta dall'amministrazione, ascrivibile ai massimi livelli della scala di pericolosità, si spieghi e legittimi in base a due presupposti fattuali, nello specifico, alla circostanza che l'attacco abbia avuto luogo in orario diurno e in zona abitata e non sia dipeso da ragioni di necessità[9].

Per tale ragione, il provvedimento stabilisce che l'abbattimento dell'animale rappresenti "la misura tecnicamente più idonea a garantire le tempistiche più celeri possibili" considerato che i "dati pregressi relativi al Trentino e bibliografici evidenziano la possibilità che determinati soggetti di orso possano arrivare a reiterare attacchi all'uomo".

In seguito, dopo la cattura dell'animale e la conferma fornita dall'analisi dei campioni di tessuto da parte della Provincia – e del Corpo forestale nello specifico – il Ministero dell'Ambiente intimava gli enti menzionati a non procedere all'abbattimento dell'animale, sulla base dell'assunto secondo il quale la fauna selvatica è da considerarsi, a tutti gli effetti, patrimonio indisponibile dello Stato[10] e di conseguenza che la Provincia fosse sprovvista di legittimazione formale ad agire.

Si deve, tuttavia, osservare che la l. della Provincia autonoma di Trento 11 luglio 2018, n. 9[11], attuativa della direttiva 92/43/CEE del 21 maggio 1992 – la c.d. direttiva Habitat[12] – attribuisce al presidente della Provincia la competenza ad autorizzare il prelievo, la cattura e l'uccisione di alcuni animali, al verificarsi di specifiche condizioni, previo parere emanato dall' Istituto Superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) e nel rispetto del principio di proporzionalità, e, nello specifico, qualora non sussistano soluzioni alternative, adeguate e valide, e non sia messa a rischio la conservazione della specie.

Sempre a livello provinciale l'art. 52, comma 2, dello Statuto speciale della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol attribuisce al presidente della Provincia il potere di adottare i provvedimenti contingibili e urgenti che rinvengono il presupposto in una situazione di pericolo effettivo,

[9] Cfr. M. Lottini, *La tutela del benessere animale come interesse da tutelare*, in *Foro amm.*, 2021, 1712 ss.

[10] Cons. St., sez. VI, 7 giugno 2011, n. 3419, in *Foro amm. CdS*, 2011, 2023, "Ai sensi dell'art. 1, l. n. 157 del 1992, la fauna selvatica costituisce patrimonio indisponibile dello Stato da tutelare nell'interesse della comunità nazionale e sopranazionale, onde i piani di abbattimento devono essere disposti nel rigoroso rispetto delle regole procedurali e sostanziali previste"; sul tema, si v. l'argomentazione offerta da Corte Cost., 15 marzo 2022, n. 69, in *Giur. cost.*, 2022, 827.

[11] Si osserva, rispetto ad eventuali conflitti di competenza, che Corte Cost., 27 settembre 2019, n. 215, in *Foro it.*, 2019, I, 3806, ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale degli art. 1 l. prov. Trento 11 luglio 2018 n. 9 e 1 l. prov. Bolzano 16 luglio 2018 n. 11, nella parte in cui attribuiscono ai presidenti delle province autonome di Trento e di Bolzano il potere di autorizzare la cattura e l'uccisione dell'orso e del lupo, in riferimento agli art. 117, commi 1 e 2, lett. s), e 118, commi 1 e 2 Cost. e 4, 8 e 107 dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige.

[12] Sulla relazione direttiva-territorio, necessario è in rinvio a G. Greco, *La direttiva habitat nel sistema delle aree protette*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1207 ss.

la cui sussistenza, come noto, deve essere suffragata da un'istruttoria adeguata e motivazione congrua.

L'ordinanza di abbattimento adottata nel 2020 è impugnata da diverse associazioni per la protezione ambientale e la difesa degli animali e dal Ministero dell'ambiente, con un ricorso che lamentava illegittimità per violazione dell'art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241, difetto di motivazione e eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria.

A parere delle ricorrenti il potere di ordinanza è stato quindi esercitato in assenza della sussistenza dei presupposti di pericolo per l'incolumità pubblica, da intendersi come non fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva, che ne legittimano per l'appunto l'adozione. Inoltre, l'omessa acquisizione del parere dell'ISPRA corrisponde ad un'autonoma violazione della normativa provinciale vigente in materia e, d'altra parte, neppure è ammissibile che la Provincia integri in via postuma la motivazione del provvedimento.

Si lamenta, inoltre, una carenza di motivazione e un connesso *deficit* istruttorio, poiché non è condotta la necessaria verifica sulla pericolosità dell'animale e, di conseguenza, sull'urgenza della misura, circostanza contraddetta, peraltro, dalle previste misure di monitoraggio ed identificazione prodromiche alla cattura[13].

L'amministrazione, *id est* la Provincia, costituitasi in giudizio, ha osservato che la decisione di intervenire mediante il potere di ordinanza è legittima perché trova fondamento nell'interesse a tutelare l'incolumità e la sicurezza pubblica in quanto l'esemplare di orso, aggredendo l'uomo, ha chiaramente manifestato la sua pericolosità. La Provincia ha, altresì, evidenziato che la misura dell'abbattimento è prevista dal PACOBACE, unitamente alla captivazione, in quanto ritenuta a quest'ultima equivalente, e che non è prescritta dal PACOBACE una gradualità di tali misure, che dal punto di vista della conservazione della specie producono i medesimi effetti.

Il tribunale ha accolto le domande cautelari proposte dalle parti ricorrenti, poiché il Piano (PACOBACE), se da un lato riconosce il potere di adottare ordinanze a fronte di situazioni che comportino rischi immediati per la sicurezza, dall'altro impone di graduare gli interventi, in base ai canoni di ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza[14].

A tal proposito, le precedenti ordinanze adottate in occasione di comportamenti che comportavano rischi per l'incolumità pubblica, subordinavano l'adozione del

[13] T.A.R. Trentino Alto-Adige, Trento, 29 ottobre 2020, n. 184, a parere delle ricorrenti, infatti, l'abbattimento dell'animale è una misura drastica e irreversibile, che avrebbe dovuto trovare adeguata motivazione anche con riferimento all'insussistenza di soluzioni alternative, espressamente previste dal PACOBACE, quali la captivazione permanente o il radiocollaraggio. La relazione tecnica redatta dal personale del Servizio foreste e fauna della Provincia e i referti sanitari richiamati nel provvedimento in quanto non allegati né disponibili non sono idonei a motivare neppure *per relationem* la scelta della Provincia. Quindi, nella fattispecie in esame, la misura dell'abbattimento risulta anche sproporzionata. Inoltre, la previsione, precedentemente all'abbattimento, di azioni di monitoraggio ed identificazione dell'animale, che comportano tempi non brevi, conferma la contraddittorietà del provvedimento.

[14] Cfr. M. Bevilacqua, *I problemi aperti dalla stabilizzazione del paradigma commissariale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1167, «Giova richiamare un recente caso in tema dell'emergenza da plantigradi diffusasi nella Provincia di Trento, in merito alla quale il Consiglio di Stato si è pronunciato sul contenuto di un'ordinanza contingibile e urgente tramite la quale il presidente della Provincia aveva disposto la captivazione permanente dell'orso M57. I giudici di Palazzo Spada, richiamando una pronuncia della Consulta, hanno chiarito che in ogni caso valgono i limiti propri del potere amministrativo, compreso il principio di proporzionalità affinché le misure adottate siano correttamente graduate al fine di garantire un consono contemperamento degli interessi in gioco ed evitare di violare i canoni non solo di proporzionalità ma anche di ragionevolezza e adeguatezza».

provvedimento di abbattimento – previsto, peraltro, come misura alternativa al provvedimento di cattura per captivazione – proprio al ricorrere di situazioni che avrebbero potuto determinare ulteriori pericoli.

In seguito, la Provincia provvedeva alla revoca della precedente ordinanza e, contestualmente, ordinava di dare continuità al monitoraggio al fine di assicurare la massima prevenzione possibile e di procedere, nel più breve tempo possibile, alla cattura ai fini della captivazione permanente[15].

Le associazioni ambientaliste, ritenendo lesiva del benessere anche la misura prevista nel secondo provvedimento urgente dell'amministrazione, hanno proposto motivi aggiunti su cui si pronunciava, sempre il via cautelare il tribunale, sospendendo anche la seconda ordinanza urgente, «ritenendo sussistente il paventato danno grave e irreparabile perché la cattura con captivazione "interessa un esemplare che si occupa tuttora dei propri cuccioli, non ancora completamente in grado di sopravvivere da soli ove venissero privati della madre" che verrebbe captivato altresì "in un periodo in cui è fortemente diminuita la presenza di turisti e in cui gli orsi si avvicinano al letargo", e perché la misura della cattura con rilascio allo scopo di spostamento e/o radiomarcaggio "si è sin qui dimostrata sufficiente per garantire la tutela della pubblica incolumità e sicurezza non essendosi più verificati episodi di pericolo ascrivibili a tale animale"».

Tuttavia, la revoca, da parte della Provincia autonoma di Trento dell'ordinanza che disponeva l'abbattimento dell'orsa JJ4 aveva determinato un assetto di interessi integralmente sostitutivo del precedente e dunque determinava, come conseguenza di carattere logico- processuale, anche il venir meno dell'interesse ad una decisione di merito da parte del giudice amministrativo.

Dalla complessiva vicenda processuale, brevemente riportata, emergono almeno due questioni che necessitano di apposito approfondimento, la prima relativa al principio di precauzione[16] e alla relativa applicazione dello stesso da parte dell'amministrazione nell'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti e, il secondo – pur nella condivisione del contenuto del provvedimento cautelare – relativo alla ormai nota sovrapposizione di funzioni tra giudice e amministrazione, che riflette, in termini generali la complessità della società che ha reso indispensabile l'assunzione del momento giurisprudenziale nel processo di formazione della regola giuridica, anche da parte dell'amministrazione.

[15] Ordinanza 11 agosto 2020, n. 491102 del Presidente della Provincia autonoma di Trento, la misura della cattura per captivazione permanente sembrava essere, al momento di adozione del provvedimento, quella che, in alternativa all'abbattimento, consentiva la necessaria rimozione dell'esemplare di cui si tratta, non essendo ipotizzabile, anche in relazione all'interlocuzione aperta con il competente Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, alcuna soluzione alternativa che prevedesse la traslocazione dell'esemplare in altro territorio idoneo.

[16] Cfr. S. Foà, *Il nuovo diritto della scienza incerta: dall'ignoto irriducibile come noumenoo al mutamento di paradigma*, in *Dir. amm.*, 2022, 813 ss., osserva che il principio di precauzione dovrebbe essere il crocevia dell'incontro tra scienza e tecnica, da un lato, e decisione pubblica, politica e amministrativa, dall'altro. Si riprendono due possibili rappresentazioni antitetiche della costruzione di tale rapporto: la norma precauzionale come segno della regolazione giuridica della scienza e della tecnica o, viceversa, la norma precauzionale come sintomo del dominio della scienza e della tecnica sulla normatività giuridica.

4. Amministrazione e giudice. Confini incerti e indebite supplenze.

L'inadeguata gestione, attraverso gli strumenti ordinari, dell'attività di importazione e di progressivo inserimento sul territorio dei plantigradi ha imposto, come osservato, il ricorso a strumenti e a dinamiche istituzionali emergenziali, circostanza che conduce alla seconda questione che deve essere indagata, che attiene, in termini ampi, alla sovrapposizione, si potrebbe discorrere di indebita interferenza, di funzioni tra giudice amministrativo e amministrazione; nel caso di specie la stessa emerge nella valutazione di pericolo – che dovrebbe rientrare nella sfera di discrezionalità dell'amministrazione – e che invece è adottata in concreto dal potere giudiziario.

Il potere giurisdizionale tende ad assumere un ruolo particolarmente ampio nella risposta istituzionale alle domande sociali[17], dato che pone questioni che devono essere indagate con estrema attenzione.

Il riconoscimento del ruolo del giudice quale interprete deve presupporre vincoli e limiti rispetto agli esiti contenutistici dei provvedimenti adottati, per evitare di incorrere in situazioni di relativismo giuridico, pur nella consapevolezza che l'intera operazione interpretativa è influenzata, come ovvio, dalla realtà esterna[18]. Si tratta, in altri termini, di legittimare un ulteriore controllo di correttezza dell'interpretazione, una ricerca delle condizioni di validità del processo interpretativo.

Per quanto si condivida il merito della scelta, e quindi la ragione di fondo che ha indotto il T.A.R. a sospendere la discutibile scelta dell'amministrazione nel caso in esame, il tema deve essere letto nella sua potenziale veste di fattore genetico di conflitti interistituzionali, che mina i canoni di certezza del diritto e dei rapporti che allo stesso si ispirano. In altri termini, non è in discussione il contenuto del provvedimento, ma la legittimazione formale del soggetto titolare che ne ha curato l'adozione.

La questione, ormai nota[19], non può essere affrontata nella sua intera portata problematica e rispetto alle innumerevoli implicazioni che dalla stessa derivano, ma appare utile, prendendo le mosse dalla vicenda indagata, analizzare alcuni aspetti e alcune tendenze.

La sostituzione del bilanciamento tra interessi o dell'apprezzamento discrezionale di cui sarebbe titolare una pubblica amministrazione da parte del potere giurisdizionale può considerarsi come una tracimazione che infirma il principio di specializzazione per il quale l'ordinamento distingue e settorializza le funzioni e le assegna ad organi che appartengono all'amministrazione o alla magistratura.

La situazione di pericolo, anche qualora sia correlata a una circostanza persistente[20], come quella del caso in esame, è il presupposto che legittima l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione, presidiato dall'autorità istituzionale del giudicante, il quale però dovrebbe appunto limitarsi a giudicarne la legittimità e non dovrebbe so-

[17] V. Onida, *Politica e giustizia: problemi veri e risposte sbagliate*, in *Il Mulino*, 2010.

[18] Ampiamente, su questi temi, cfr. F. Saitta, *Interprete senza spartito?. Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, 91.

[19] Di recente, con un approccio legato ad alcune emblematiche vicende recenti, L. Saltari, *Giudici amministratori*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 293 ss.

[20] Sul punto, si v. T.A.R. Veneto, Venezia, sez. II, 7 ottobre 2022, n. 1515.

stituirsi all'amministrazione[21], seppur limitatamente alla fase cautelare.

Si tratta di una tendenza tesa a garantire le ragioni della legalità sostanziale, prevalenti rispetto alla contrapposta esigenza di preservare l'autonomia dell'amministrazione, relegata e limitata in termini di ampiezza oggettiva delle scelte.

Appare evidente che il prisma assiologico della decisione sia spostato in favore del potere giurisdizionale che la stessa decisione non sia più la soluzione al problema amministrativo[22] ma diventi la sintesi di un problema condiviso da amministrazione e organo giurisdizionale.

Il pericolo correlato alla presenza del plantigrado in zone abitate risponde a una determinazione discrezionale che è correlata a una domanda di diritto che non appare più legata alla tradizionale delega da parte del potere normativo ma a un'ulteriore delega, poiché l'assetto di interessi è, concretamente, stabilito dal giudice.

La volontà imperativa dell'amministrazione è doppiata da un'ulteriore determinazione che non si limita a sindacare la prima, ma che diviene una sorta di supplenza tecnica, formalmente non giustificabile, ma che talvolta si impone per necessità.

Il criterio di soluzione del problema – è opportuno precisarlo, che incide su una decisione che deve porsi quale bilanciamento tra la vita dell'animale e il correlato pericolo che lo stesso animale potrebbe apportare alle zone abitate – sul piano del diritto dovrebbe assumere rilevanza tanto per le modalità del suo svolgimento, quanto per i suoi risvolti sostanziali.

5. Riflessioni di sintesi.

La complessiva vicenda coinvolge problemi di ordine generale, in certa misura collegati e interdipendenti fra loro, che per essere risolti richiedono il chiaro possesso e la retta applicazione degli stessi principi informatori del sistema, posto che, come chiarito in apertura, si saluta con estremo favore la provvisoria sospensione del provvedimento di abbattimento di un'animale, circostanza che può variare in base alla sensibilità del singolo.

Il bilanciamento tra diversi interessi dovrebbe rifuggire, per quanto possibile, da contesti emergenziali e tendenzialmente derogatori per poter accedere a un grado adeguato di razionalità, da intendersi quale canone che consente all'amministrazione di valutare, tra le alternative di comportamento, in base a un sistema di valori, le possibili conseguenze che potrebbero derivare proprio dalle potenziali soluzioni.

Emergono, in una veste peculiare, due delle questioni più delicate che riguardano l'attività amministrativa contemporanea, e in fin dei conti che intercettano profili organizzativi, da cui discendono carenze e insufficienze dovute, talvolta, a fattori occasionali, ma più spesso a strutturali e decennali lacune.

Nello specifico, il benessere degli animali deve essere riconosciuto – come è ovvio che sia – come autonomo valore da tutelare in termini di interesse pubblico proprio, sulla base della premessa, altrettanto ovvia, che si tratta di esseri viventi e come tali senzienti, elemento che deve rientrare come elemento principale nella valutazione.

[21] Sul tema, in termini difformi, ma legati a una prospettiva di partenza diversa, P. Grossi, *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 831, per il quale il pluralismo giuridico implica il pluralismo delle fonti e quindi ammettere letture estensive della magistratura, anche al di là del dato positivo, anche di carattere processuale.

[22] Evidente, anche dal punto di vista semantico il riferimento, genericamente inteso, agli scritti di F. Ledda, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, 2002.

Da un certo punto di vista parrebbe addirittura possibile trarre ulteriori conferme al suesposto ordine di argomentazioni dal combinato disposto degli art. 13 e 36 del TFUE che impongono di tenere in considerazione il benessere degli animali quale canone autonomo che deve orientare le condotte, anche del decisore pubblico, in quanto si tratta di facoltà e attribuzioni inalienabili degli animali che devono ricevere considerazione e tutela[23].

Riservare a tale articolato assetto di interessi una gestione normalmente emergenziale appare quanto mai inopportuno, dovendo la singola valutazione porsi in un ambito esteso derivante dal più ampio contesto decisionale possibile, quale, proprio per il caso in esame, quello relativo alla gestione di un determinato territorio.

Per ciò che riguarda la questione delle continue e indebite interferenze tra amministrazione e giudice amministrativo, è evidente che si tratta di temi rilevantissimi che, come tali, riguardano la stessa tenuta dello stato di diritto, ma in questa sede ci si limita ad apprezzare la sensibilità dimostrata dall'organo giurisdizionale a surrogare una sproporzionata e irragionevole – in attesa della sentenza – decisione dell'autorità provinciale.

[23] In questi termini già R. Ferrara, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 509 ss.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
In corso di pubblicazione nella sezione "Diritto e processo amministrativo" della Rivista

Le prime (dis)applicazioni del c.d. Decreto Cutro

(nota a margine dei decreti del Tribunale di Catania, sez. specializzata dell'immigrazione, nn. 10459, 10460 e 10461 del 29 settembre 2023)

Carolina Cappabianca - Sveva Speranza*

Sommario: **1.** L'inquadramento della vicenda. – **2.** Le novità introdotte dal d.l. 10 marzo 2023, n. 20. – **3.** Le motivazioni del Tribunale di Catania sulla disapplicazione del "decreto Cutro". – **4.** Riflessioni conclusive.

1. L'inquadramento della vicenda.

La sezione specializzata dell'immigrazione del Tribunale di Catania con i decreti nn. 10459, 10460 e 10461 del 29 settembre 2023 non ha convalidato i provvedimenti emanati dal Questore della Provincia di Ragusa con cui venivano trattenuti presso i Centri di permanenza per il rimpatrio (CPR)[1] di Pozzallo tre immigrati provenienti dalla Tunisia, ritenendo le disposizioni del c.d. Decreto Cutro (d.l. 10 marzo 2023, n. 20) non conformi a quelle di rango sovranazionale che regolano il fenomeno immigratorio.

Nel caso di specie, infatti, il Questore in applicazione del nuovo articolo 6-*bis* del d.lgs. 142/2015, aveva disposto il trattenimento di tre immigrati richiedenti protezione internazionale, in quanto sprovvisti

---

* Seppur frutto di un lavoro unitario è possibile attribuire i primi due paragrafi a Sveva Speranza e i paragrafi 3 e 4 a Carolina Cappabianca.

[1] I Centri Permanenza e Rimpatrio sono luoghi di trattenimento del cittadino straniero in attesa di esecuzione di provvedimenti di espulsione (d.lgs. n. 286/1998 e art. 11 del d.lgs. n. 142/2015), rispetto ai quali pure è intervenuto il d.l. 20 del 2023, che all'art. 10 ne dispone il potenziamento e l'ampliamento. Al riguardo, *ex multis*, v. C. Celone, *La "detenzione amministrativa" degli stranieri irregolari nell'ordinamento italiano e dell'Unione europea ed il diritto fondamentale di ogni persona alla libertà ed alla tutela giurisdizionale*, in *Nuove Autonomie*, 2013, 299 ss.; C. Leone, *La disciplina negli hotspot nel nuovo art. 10-ter d.lgs. n. 286/98: un'occasione mancata*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2017.

di documento di riconoscimento e privi di garanzia finanziaria.

La motivazione con cui il Tribunale di Catania ha disposto i provvedimenti in esame si fonda – tendenzialmente – sul contrasto delle norme di cui al c.d. Decreto Cutro con le direttive europee n.n. 32 e 33 del 2013, ritenendo nello specifico che il trattenimento del richiedente asilo in frontiera possa essere adottato solo come *extrema ratio* e con un provvedimento debitamente motivato sul punto, dovendosi ad esso preferire la previsione di effettive e realistiche misure alternative.

Le recenti pronunce consentono di analizzare le prime applicazioni delle disposizioni del c.d. Decreto Cutro relative, in particolare, al trattenimento del richiedente protezione internazionale soggetto alla procedura accelerata di frontiera, indagandone le implicazioni sul piano della tutela delle libertà fondamentali della persona. Nonché di porre al centro della riflessione il non facile compito del giudice nazionale come garante del diritto europeo e della costituzione italiana in una materia, come quella dei flussi migratori, caratterizzata da una pluralità di fonti interne e sovranazionali.

2. Le novità introdotte dal d.l. 10 marzo 2023, n. 20

La legge n. 50/2023 (di conversione del d.l. 20/2023) ha operato l'ennesima riforma del sistema di accoglienza per i richiedenti asilo e rifugiati[2]. Si tratta, infatti – come da più parti evidenziato – del terzo provvedimento adottato nell'arco di sei anni che interviene sul d.lgs. n. 142/2015 che, a sua volta, ha recepito nel nostro ordinamento la disciplina europea dettata dalle direttive n.n. 32 e 33 del 2013.

In particolare, la legge n. 50/2023 interviene su più aspetti della disciplina dell'accoglienza, anzitutto ripristinando il c.d. sistema binario (previsto con il d.l. 113/2018 e venuto meno con il d.lgs. 130/2020), che si fonda su una distinzione tra i richiedenti asilo e i titolari di protezione internazionale, riservando soltanto a quest'ultimi l'accesso ai servizi prestati dagli enti locali per favorirne l'integrazione (c.d. Sai, ovverosia l'ex Sprar)[3]. Per i primi, invece, continuano

[2] Le principali modifiche sono contenute, in parte nel d.l. 13/2017, seguito dalla l. 47/2017, che ha rafforzato i diritti e le tutele dei minori nelle varie fasi dell'accoglienza, e in parte, nel d.lgs. 220/2017, che ha introdotto procedure accelerate per l'esame delle domande di protezione internazionale, risolvendo, al contempo, alcune criticità sollevate dalla l. 47/2017. Successivamente, è intervenuto il d.l. n. 113/2018 e poi il d.l. n. 130/2020 che hanno introdotto ulteriori significative modifiche, tra le quali anche la possibilità di disporre il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale in due nuove ipotesi, rispetto a quelle previste dall'art. 6, comma 2, del d.lgs. 142/2015, motivate dalla necessità di determinare o verificare l'identità o la cittadinanza dello straniero richiedente protezione internazionale in luoghi determinati e per tempi definiti (art. 6, co. 3-*bis*, d.lgs. 142/2015). In dottrina, al riguardo, fra tutti v.; A. Marchesi, *La protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, 2021; N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2018; S. Celentano, *Lo status di rifugiato e l'identità politica dell'accoglienza*, in *Questiono Giustizia* 2/2018; R. Russo, *Le tormentate vicende delle norme di chiusura del diritto di asilo: Neverending story,* su *Giustizia insieme*, 18 gennaio 2021.

[3] Il sistema di accoglienza e integrazione, diversamente nominato nel corso degli anni, è stato istituzionalizzato con la legge n.189/2002, che ha modificato il d.l. n. 416/1989, e si fonda su una condivisione di responsabilità tra Ministro dell'interno ed enti locali. In relazione alle conseguenze evidenti dell'approccio securitario al problema della gestione dei flussi immigratori sul sistema di accoglienza, sulla cui inadeguatezza si è più volte pronunciata anche la Corte EDU, v. M. Interlandi, *La dimensione organizzativa dell'accoglienza degli immigrati nella prospettiva del diritto ad una "buona amministrazione": il ruolo degli enti locali nel bilanciamento degli interessi della persona immigrata e delle comunità "ospitanti"*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n.1/2020. L'a., nell'analizzare i profili organizzativi dell'accoglienza umanitaria e dei processi di integrazione sociale, si sofferma sulla necessità di tener conto, accanto al diritto ad una accoglienza dignitosa dell'immigrato, anche il diritto delle comunità "ospitanti" «ad una amministrazione efficiente,

ad essere assicurate soltanto le prestazioni concernenti l'assistenza sanitaria, la mediazione linguistico-culturale e l'assistenza sociale.

La riforma, invero, ha coinvolto vari istituti del diritto d'asilo e dell'immigrazione, intervenendo sia su aspetti sostanziali che processuali della disciplina.

Più precisamente, con riguardo al caso di cui ci si occupa viene in rilievo il nuovo articolo 6-*bis* del d.lgs. 142/2017 – introdotto dal comma 1 dell'art. 7-*bis* del c.d. Decreto Cutro – che ha previsto una nuova ipotesi di procedura accelerata di esame delle domande di protezione internazionale presentate direttamente alla frontiera, o in zone di transito[4], da un richiedente asilo proveniente da un Paese di origine sicuro[5], insieme alla quale è stata prevista una nuova ipotesi di trattenimento[6], direttamente collegata allo svolgimento della procedura.

La norma stabilisce infatti che il soggetto «(…) può essere trattenuto durante lo svolgimento della procedura in frontiera di cui all'articolo 28-*bis*, comma 2, lettere b) e b-*bis*), del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, (…), al solo scopo di accertare il diritto ad entrare nel territorio dello Stato. (…) qualora il richiedente non abbia consegnato il passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, ovvero non presti idonea garanzia finanziaria (…)».

Viene dunque stabilito che il trattenimento può svolgersi direttamente alla frontiera e, trovando applicazione la c.d. procedura accelerata, che la Commissione territoriale, deputata all'esame della domanda, sia tenuta a decidere nel termine di sette giorni dalla sua ricezione, fermo restando che l'intera procedura non può protrarsi oltre quattro settimane.

Quanto alle caratteristiche di tale procedura, tre sono gli aspetti principali da evidenziare in generale: in primo luogo, la previsione di tempi strettissimi della procedura stessa, nonché per la proposizione del ricorso avverso il provvedimento adottato dalla Commissione territoriale (artt. 33 e s.s. del d.lgs. 25/2008)[7]; un onere motivazionale attenuato, considerando che l'amministrazione, nel rigettare la domanda è tenuta

---

in grado di gestire i problemi derivanti dalla presa in carico dei bisogni di un flusso consistente di stranieri», garantendo quindi contestualmente la sicurezza, l'ordine pubblico e il benessere sociale. Al riguardo, inoltre v. M. Giovannetti, *Il prisma dell'accoglienza: la disciplina del sistema alla luce della legge n. 50/2023*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2020.

[4] Quanto alle zone di transito e di frontiera, queste sono stata istituite con decreto del Ministero dell'interno del 5 agosto 2019, rubricato «Individuazione delle zone di frontiera o di transito ai fini dell'attuazione della procedura accelerata di esame della richiesta di protezione internazionale», il cui art. 2 le individua nei seguenti luoghi: Trieste, Gorizia, Crotone, Cosenza, Matera, Taranto, Lecce, Brindisi, Caltanisetta, Ragusa, Siracusa, Catania, Messina, Trapani, Agrigento, Cagliari e Sud Sardegna. Sulle criticità di immediata evidenza della disciplina v. A. Brambilla, *Le nuove procedure accelerate di frontiera. Quali prospettive in un'ottica di genere?*, in *Questione giustizia*, 3/2023, pag.134, ove l'a. le individua nella «incerta estensione territoriale o delimitazione delle zone di frontiera e di transito e l'individuazione di alcuni territori, quali quelli di Trieste e Gorizia, situati in prossimità non di confini esterni bensì di confini interni», aspetto quest'ultimo che secondo l'a. pone non pochi dubbi di compatibilità con le disposizioni del diritto dell'Unione europea, in particolare con il regolamento 2016/399/UE del 9 marzo 2016 (c.d. codice frontiere Schengen) e con il regolamento 2013/604/UE del 26 giugno 2013.

[5] Quanto alla nozione di Paese di origine sicura, si tratta di un concetto introdotto nel nostro ordinamento con la l. n. 132/2018 che ha disposto l'introduzione del nuovo art. 2-*bis* nel d.lgs. 25/2008, in attuazione degli artt. 36 e 37 della direttiva 2013/32/UE. In riferimento alle novità introdotte al riguardo dal c.d. Decreto Cutro, v. M. Flamini, *La protezione dei cittadini stranieri provenienti da c.d. «Paesi sicuri» in seguito alle modifiche introdotte dal d.l. n. 20 del 2023*, in *Questione Giustizia*, n.3/2023.

[6] Ci si riferisce chiaramente a quella prevista dall'art. 6-*bis* del d.lgs. 142/2015, introdotto dalla l. n. 50/2023.

[7] In particolare, ci si riferisce al nuovo articolo 35-*ter* del d.lgs. 25/2008, introdotto dall'art. 7-*bis*, l. e) del d.l. 20/2023 e che prevede che, per le ipotesi in cui il trattenimento sia disposto ai sensi dell'art. 6-*bis* del d.lgs. 142/2015, i termini per presentare ricorso avverso la decisione della Commissione territoriale siano ridotti della metà.

semplicemente a dare atto del fatto che il richiedente non ha dimostrato l'esistenza di condizioni soggettive che rendano quel Paese non sicuro per lui (art. 9, comma 2-*bis*, d.lgs. 25/2008); e, infine, nell'eccezione, rispetto alla regola generale di cui all'art. 35-*bis*, comma 3, d.lgs. 25/2008, all'effetto sospensivo automatico del provvedimento eventualmente impugnato.

Ciò premesso, per comprendere le ragioni del Tribunale di Catania – meglio specificate nel paragrafo successivo – è necessario sin d'ora precisare che la disciplina generale in materia di trattenimento, dettata dalla direttiva 2013/33/UE e dall'art. 6 del d.lgs. 142/2015, lo vieta nei confronti di un soggetto per il solo fatto di essere un richiedente asilo. Questa regola generale conosce delle deroghe, tra le quali, per quanto di nostro interesse, la possibilità di disporre il trattenimento «per decidere, nel contesto di una procedura, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio» (art. 8, par. 3, l. *c)*, direttiva 2013/33/UE), fermo restando l'obbligo per gli Stati membri di assicurare il rispetto di garanzie minime per i trattenuti e di prevedere delle procedure alternative al trattenimento (artt. 8, par. 4, e 9 della medesima direttiva).

3. Le motivazioni del Tribunale di Catania sulla disapplicazione del "decreto Cutro".

Il Tribunale di Catania si è trovato dunque ad affrontare per la prima volta la nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell'ambito della procedura accelerata prevista dal d.l. n. 20 del 2023 e, come anticipato, ha finito per accertarne la non conformità alle disposizioni di rango costituzionale e sovranazionale che regolano il fenomeno immigratorio e che, ancor più in generale, tutelano i diritti fondamentali di ogni persona. Ragion per cui la Giudice, più volte investita della questione, non ha convalidato i provvedimenti di trattenimento disposti dal Questore della Provincia di Ragusa di tre migranti tunisini in base alla nuova disciplina della procedura di frontiera[8], già in precedenza illustrata.

Le motivazioni, tendenzialmente identiche in tutti i casi esaminati, che hanno portato a tale conclusione sono molteplici e di vario genere, tanto che per chiarezza è possibile suddividerle in due categorie: nella prima vi rientrano le argomentazioni di carattere generale e sistemico, riguardando l'incompatibilità della nuova normativa interna con il quadro dei principi di matrice euro unitaria e costituzionale; nella seconda, invece, possiamo ricomprendere le conseguenziali criticità individuate e sollevate dal Tribunale sulla legittimità dei provvedimenti del Questore sotto il profilo motivazionale.

Quanto a tale ultimo aspetto, infatti, è sin da ora possibile anticipare che viene evidenziato come il provvedimento di trattenimento del Questore dovrebbe essere corredato da idonea motivazione[9] mentre

[8] Per un primo approccio alla disciplina si suggerisce di confrontare A. Praticò, *Le procedure accelerate in frontiera introdotte dall'articolo 7-bis del decreto-legge n. 20 del 2023 convertito con legge n. 50 del 2023*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2023.

[9] Sul tema della motivazione dei provvedimenti amministrativi – il cui obbligo rinviene il suo fondamento normativo, a livello sovranazionale, nell'art. 41 CFDUE e, sul piano nazionale, negli artt. 97 Cost. e 3 l. 241/90 – ci si limita a rinviare a F. Cammeo, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, *in Giur. it.*, III/1908, 253 ss.; C. Mortati, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, III/1943, 2 ss.; A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano,1987; B.G. Mattarella, *Il declino della motivazione*, in *Gior. dir. amm.*,

nel caso di specie «difetta ogni valutazione su base individuale delle esigenze di protezione manifestate, nonché della necessità e proporzionalità della misura in relazione alla possibilità di applicare misure meno coercitive»[10]. Infatti, la circostanza che il trattenimento sia codificato non ne fa venir meno il carattere di eccezione alla regola, di misura alla quale può farsi ricorso soltanto qualora sia necessario[11].

In particolare a tale conclusione si perviene richiamando l'interpretazione della Corte di Giustizia UE, secondo cui gli artt. 8 e 9 della direttiva 2013/33/ UE «devono essere interpretati nel senso che ostano, in primo luogo, a che un richiedente protezione internazionale sia trattenuto per il solo fatto che non può sovvenire alle proprie necessità, in secondo luogo, a che tale trattenimento abbia luogo senza la previa adozione di una decisione motivata che disponga il trattenimento e senza che siano state esaminate la necessità e la proporzionalità di una siffatta misura»[12]. Più precisamente, l'art. 9, paragrafo 2, della direttiva pone un obbligo di motivazione chiarissimo quando afferma che «Il trattenimento dei richiedenti è disposto per iscritto dall'autorità giurisdizionale o amministrativa. Il provvedimento di trattenimento precisa le motivazioni di fatto e di diritto sulle quali si basa». Ed è proprio seguendo tale ragionamento e considerando che il provvedimento questorile – come già anticipato – non appare corredato da idonea motivazione circa la sussistenza di ulteriori ragioni che potessero giustificare il trattenimento del richiedente protezione internazionale, che il Tribunale non ne ha disposto la convalida.

2007; A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013; F. Cardarelli, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 374 ss.; G. Cocozza, *Contributo a uno studio della motivazione del provvedimento come essenza della funzione amministrativa*, Napoli, 2020; G. Cocozza, *Il difetto di motivazione del provvedimento giurisdizionale e amministrativo. Simmetrie e spunti nei percorsi giurisprudenziali*, in *Il processo*, n. 1/2023, 111 ss.

[10] In materia di immigrazione, ove il problema della protezione delle libertà personali si scontra con l'interesse primario dello Stato di assicurare un controllo effettivo dei confini nazionali, il principio di proporzionalità, quale canone normativo dell'esercizio del potere pubblico, assume infatti un ruolo particolarmente rilevante. Al riguardo, v. M. Interlandi, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018, ove l'a. evidenzia come tra i principi generali dell'attività amministrativa «che potrebbero risultare funzionali a salvaguardare i diritti e gli interessi dello straniero dinanzi al potere pubblico, allorché esso si traduca in decisioni arbitrarie o ingiuste (…) il principio di proporzionalità è, sicuramente, quello che meglio sembra esprimere l'esigenza di tutelare i diritti e le libertà delle persone dinanzi ad interessi pubblici, che possono implicare l'adozione di provvedimenti limitativi della sfera soggettiva individuale, in quanto volto ad "imporre" all'amministrazione di contenere il sacrificio solo nella misura in cui risulti indispensabile per il raggiungimento dello scopo, che la stessa autorità è tenuta a realizzare.». Per ulteriori approfondimenti sul principio di proporzionalità in generale nel diritto amministrativo si rinvia, *ex multis*, a A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; F. Fanti, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012.

[11] Al riguardo, infatti l'orientamento della giurisprudenza sovranazionale appare rigido: Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 15 febbraio 2016, n. 84 secondo cui «(…) gli altri paragrafi dell'articolo 8 della direttiva 2013/33 apportano, come espongono i considerando 15 e 20 della direttiva in parola, limitazioni importanti al potere attribuito agli Stati membri di disporre il trattenimento. Dall'articolo 8, paragrafo 1, della citata direttiva, infatti, risulta che gli Stati membri non possono trattenere una persona per il solo fatto che questa ha presentato una domanda di protezione internazionale. Inoltre, l'articolo 8, paragrafo 2, della medesima direttiva, impone che il trattenimento possa essere disposto soltanto ove necessario e sulla base di una valutazione caso per caso, salvo che non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive. L'articolo 8, paragrafo 4, della direttiva 2013/33, prevede che gli Stati membri provvedono affinché il diritto nazionale contempli le disposizioni alternative al trattenimento, come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria o l'obbligo di dimorare in un luogo assegnato».

[12] Corte di giustizia dell'Unione europea 14.5.2020 (cause riunite C-924/19 e C-925/19).

Detto altrimenti, una volta rilevata tale incompatibilità sotto un duplice profilo, vale a dire la disposizione di un provvedimento limitativo della libertà personale in assenza di apposita motivazione – che sia peraltro idonea a sostenere l'inesistenza di alternative altrettanto adeguate – nonché la configurazione di una garanzia finanziaria in termini anch'essi contrastanti con la normativa comunitaria[13], il giudice ha deciso di disapplicare[14] il nuovo articolo 6-*bis* del d.lgs. 142/2015, applicando in luogo della disciplina nazionale le direttive europee n.n. 32 e 33 del 2013.

Infatti, la circostanza che i richiedenti protezione internazionale, oltre a non aver consegnato il passaporto o ltro documento equipollente in corso di validità, non abbiano prestato idonea garanzia finanziaria – configurata a livello comunitario come misura alternativa al trattenimento e non come requisito amministrativo di cui il richiedente protezione internazionale deve essere in possesso affinché gli vengano riconosciuti i diritti sanciti dalla direttiva 2013/33/UE – non è stata ritenuta sufficiente dal Tribunale per giustificare l'adozione di un provvedimento di trattenimento, in quanto tale fortemente restrittivo della loro libertà personale[15]. Più precisamente, ad essere ritenuto inammissibile non è di per sé il trattenimento di un richiedente protezio-

[13] La garanzia finanziaria, che il DM del 14 settembre 2023 ha stabilito ad un importo fisso di euro 4.938, suscettibile di aggiornamento biennale, non è infatti prevista dal legislatore italiano come misura alternativa al trattenimento che andrebbe applicata dopo aver constatato la necessità del trattenimento stesso ma, al contrario, come requisito amministrativo imposto al richiedente prima di riconoscere i diritti allo stesso conferiti dalla direttiva 2013/33. Pertanto in chiaro contrasto con quanto previsto dagli artt. 8 e 9 della medesima direttiva che, tra le garanzie previste affinché il trattenimento si possa considerare legittimo in base all'art. 43 prevedono, tra più alternative, anche la possibilità di costituire una garanzia finanziaria. Peraltro, anche sotto questo profilo sorgono dubbi circa il rispetto del principio di proporzionalità, data la predeterminazione di un importo in misura fissa, non parametrata alla situazione specifica dei singoli soggetti richiedenti protezione internazionale.

[14] In argomento, fra tutti, v. C. Pagotto, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008; R. Rolli e M. Maggioli, *La disapplicazione della norma nazionale contrastante con il diritto dell'Unione (nota a TAR Puglia-Lecce, sez. I, del 18 novembre 2020 n. 1321)*, in *Giustizia insieme*, 22 dicembre 2020, ove gli a. si soffermano sull'evoluzione del rapporto tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno, la cui comprensione è necessaria per avere una visione completa della disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con le disposizioni comunitarie; D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018. Per completezza, quanto alla disapplicazione del provvedimento amministrativo, invece, v. A. Romano, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. Amm.*, 1993; G. De Giorgi Cezzi, *Perseo e Medusa: il giudice ordinario al cospetto del potere amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4/1999, 1023 ss.; S. Cassarino, *Problemi della disapplicazione degli atti amministrativi nel giudizio civile*, 1993; F. Cintoli, Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo, in Dir. Amm., n.1/2003. Nonché, sullo specifico tema del rapporto tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di immigrazione, cfr.: M. Interlandi, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018, che si sofferma in particolare sulle criticità del sistema di tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti di espulsione prefettizia ex art. 18, d.lgs. n. 150/2011.

[15] Al riguardo, invero, particolarmente interessante è la riflessione critica di M. Savino, *Ancora su procedura di frontiera e misura alternativa della garanzia finanziaria: i limiti dell'approccio del Tribunale di Catania*, *ADiM Blog*, Editoriale, ottobre 2023, che tende in parte a ridimensionare questo argomento, affermando che «Il fondamento di tale affermazione, tanto perentoria quanto oscura, risiederebbe nell'insanabile contrasto con gli art. 8 e 9 della direttiva accoglienza (2013/33/UE), interpretati alla luce dell'affermazione della Corte di giustizia secondo cui un richiedente asilo non può essere «trattenuto *per il solo motivo* che egli non può sovvenire alle proprie necessità (…)» (…), questa versione "radicale" della tesi della contrarietà al diritto UE incontra due limiti: è difficilmente armonizzabile con il dettato dell'art. 8 (4) della direttiva accoglienza, che ammette espressamente le "cauzioni", e si fonda su una lettura incauta del *dictum* della Corte di giustizia appena richiamato. (…) nel caso italiano la mancata costituzione della garanzia finanziaria non può essere intesa come «*il solo motivo*» del trattenimento.» In base alle norme vigenti, infatti, il trattenimento può essere disposto soltanto se ricorrono altri due motivi o presupposti: il primo è la provenienza da un Paese terzo sicuro, condizione necessaria per applicare la procedura di esame accelerata e/o alla frontiera; la seconda è il mancato possesso del passaporto, operando la consegna del passaporto come misura alternativa "prioritaria", sufficiente a escludere il trattenimento prim'ancora che venga in rilievo l'opzione della garanzia finanziaria».

ne internazionale nell'ambito della procedura di frontiera – trattandosi di una misura consentita pacificamente dalla normativa comunitaria in presenza di determinati presupposti, requisiti e garanzie – ma che tale provvedimento, nei fatti all'origine delle pronunce commentate, sia stato adottato in assenza di quest'ultimi.

Oltre al profilo di illegittimità esaminato, peraltro, il Tribunale di Catania ne ha evidenziato altri due, la cui comprensione richiede di procedere gradualmente.

Anzitutto, sotto un primo profilo, nel provvedimento si evidenzia il mancato rispetto della disciplina della procedura di frontiera stabilita dall'art. 43 della direttiva 2013/32/UE, nella parte in cui quest'ultima ammette l'applicazione della procedura in esame – presupposto del trattenimento – in una zona diversa da quella dell'ingresso, ove il richiedente sia stato condotto coattivamente, soltanto nelle ipotesi indicate al co. 3 della medesima norma, che fa riferimento alla circostanza in cui siano arrivati contestualmente un gran numero di cittadini di paesi terzi o di apolidi e che tutti presentino domanda di protezione internazionale, in tal modo rendendo impossibile l'applicazione della regola generale disposta dal considerando n. 38 e dal paragrafo 1 dello stesso art. 43.

In dettaglio, guardando a queste disposizioni, la regola sarebbe che per l'esame dell'ammissibilità e/o merito delle domande di protezione internazionale, presentate alla frontiera o nelle zone di transito, gli Stati membri dovrebbero prevedere delle procedure che consentano di decidere sul posto ovvero che gli consentano di decidere alla frontiera o nelle zone di transito «(…) a) sull'ammissibilità di una domanda, ai sensi dell'art. 33, ivi presentata; b) sul merito di una domanda nell'ambito di una procedura a norma dell'art. 31, paragrafo 8»[16]. Ragion per cui, un eventuale trattenimento, fondato sull'art. 8, paragrafo 3, comma 1, lettera c), della direttiva 2013/33/UE, secondo cui questo può essere disposto, tra le altre ragioni espressamente elencate, soltanto «per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio», sarebbe stato compatibile con quanto stabilito dal suesposto art. 43 (direttiva 2013/32/UE) se – come non avvenuto nei casi esaminati – il Presidente della Commissione Territoriale avesse assunto una decisione sulla procedura da seguire per la valutazione dell'ammissibilità o fondatezza della domanda di protezione internazionale, propedeutica al riconoscimento del diritto di entrare nel territorio nazionale, e il trattenimento risultasse funzionale alla sua conclusione.

Da ultimo, nel provvedimento di non convalida viene evidenziato come, in ogni caso, la disciplina di cui all'art. 8 lett. c) della direttiva 2013/33/UE non può trovare applicazione nelle ipotesi di soccorso in mare – in cui rientrano le vicende oggetto di giudizio – nelle quali il diritto di ingresso nel territorio è disciplinato altrove (art. 10 *ter* del d.lgs. 268/1998 e Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso in mare del 1979) e che il suddetto articolo va applicato alla luce dell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità nazionale[17] del principio sancito dall'art. 10, co. 3, Cost., in base alla quale «deve escludersi che la mera provenienza del richiedente asilo da Paese di origine sicuro possa automaticamente privare il suddetto richiedente del diritto a fare ingresso nel territorio italiano per ri-

[16] Art. 43, paragrafo 1, direttiva 2013/32/UE.
[17] Cass., Sez. Un., 26 maggio 1997, n. 4674.

chiedere protezione internazionale»[18], dovendosi invece procedere necessariamente anche da tale punto di vista ad una valutazione caso per caso[19].

4. Riflessioni conclusive.

Sono possibili alcune brevi osservazioni in chiave conclusiva.

Negli ultimi mesi, com'è noto, la questione immigratoria è stata ancor di più al centro del dibattito europeo ed italiano e la causa di ciò non è soltanto attribuibile all'approccio restrittivo delle recenti riforme[20], ma anche all'oggettivo incremento del bisogno di protezione e di arrivi irregolari nel territorio italiano[21]. Ciononostante, invece di individuare ed attivare un meccanismo in grado di ampliare i canali regolari di accesso – la cui previsione si sarebbe quantomeno avvicinata ad un approccio maggiormente sistematico al problema – il legislatore, in linea con l'approccio securitario delle precedenti riforme, si è posto l'obiettivo principale di contrastare il flusso immigratorio, anche attraverso l'accelerazione dei tempi di conclusione dei procedimenti volti al riconoscimento della protezione internazionale.

È chiaro dunque che le novità introdotte dal d.l. n. 20/2023 non fanno altro che confermare quanto sostenuto da più parti[22], secondo cui in materia si sono susseguiti, a partire dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. Bossi-Fini), più provvedimenti che mi-

[18] Trib. Catania, sez. immigrazione, n. 1046/2023.

[19] In relazione all'esigenza di valutare di volta in volta le peculiarità del caso concreto per il riconoscimento, più in generale, del diritto fondamentale alla protezione internazionale, anche se il richiedente proviene da un Paese considerato di origine sicuro, particolarmente interessanti sono le riflessioni di M. Interlandi, *Protezione internazionale e prospettiva di genere nella tutela giurisdizionale delle donne migranti*, in O.M. Pallotta(a cura di), *Crisi climatica, migrazioni e questioni di genere,* Napoli, 2022, 125 ss. L'a. evidenzia, infatti, la rilevanza anche della prospettiva di genere nell'accertamento delle condizioni per il riconoscimento della protezione internazionale, ritenendo che «la specifica protezione giuridica riconosciuta alle donne migranti richieda, sia in ambito procedimentale che in ambito processuale, una valutazione del caso concreto, volta ad indagare la specifica condizione soggettiva della donna (…)»; nonché, nel medesimo senso, P.F. Pompeo, *Protezione internazionale e vittime di tratta. Valutazione di credibilità, dovere di cooperazione istruttoria e forme di protezione*, in *Questione Giustizia*, 12 maggio 2022.

[20] È noto infatti che le politiche pubbliche sull'immigrazione non sono espressione di un orientamento definitivo, essendo soggette anche all'indirizzo politico e all'influenza dell'opinione pubblica, in argomento v. A. Contieri, *Cittadinanza amministrativa e diritto di voto: dall'uguaglianza nei diritti sociali alla difficile affermazione di un modello condiviso di accoglienza*, in *Studi in onore di Giuseppe Abbamonte*, ESI-Tomo I, Napoli, 2019, 414, ove l'a., dopo aver premesso che i «principi ispiratori dell'azione dei pubblici poteri sono quelli del rispetto della persona umana e dei valori della solidarietà, allorché è addirittura messa in pericolo la vita dei migranti come avviene oramai quotidianamente nei salvataggi in mare», chiarisce che invece «nelle politiche di accoglienza non può individuarsi un definito motivo ispiratore, poiché l'indirizzo politico si mostra incerto e mutevole, influenzato dai cambiamenti, spesso quotidiani degli orientamenti di un'opinione pubblica che appare altrettanto incerta e mutevole e comunque spaccata tra solidarietà e paura del diverso».

[21] Per consultare qualche dato sul punto, cfr.: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Annual_asylum_statistics; Agenzia dell'Unione europea per l'asilo (EUAA), *Relazione sull'asilo 2022*, in https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/2022-07/2022_Asylum_Report_Executive_Summary_IT_0.pdf; https://integrazionemigranti.gov.it/it-it/Ricerca-news/Dettaglio-news/id/2996/Frontiere-esterne-UE-nel-2022-oltre-300.mi-la-gli-attraversamenti-irregolari-di-migranti-e-rifugiati; Frontex, *EU's external borders in 2022: Number of irregular border crossings highest since 2016*, 13 gennaio 2023, in https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/eu-s-external-borders-in-2022-number-of-irregular-border-crossings-highest-since-2016-YsAZ29.

[22] M. Savino, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2021; F. Astone, *Riflessioni in tema di urgenza, emergenza e protezione delle situazioni giuridiche soggettive (nell'ottica del pubblico diritto e avuto riguardo ai fenomeni immigratori ed alla cosiddetta amministrazione dell'emergenza)*, in *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Tomo I, Napoli, 2019, 95 ss., secondo cui la questione immigratoria rientrerebbe in quella categoria di situazioni che «si lasciano strutturalmente non fronteggiate e non risolte in modo da intervenire con continui provvedimenti in deroga, i cui effetti sono connotati da contorni giuridici inediti e da orizzonti temporali estesi, se non addirittura del tutto ignoti. In questi casi si potrebbe parlare infatti per ossimori di una «emergenza strutturale» di alcune situazioni e di una «straordinarietà normale» delle relative discipline giuridiche».

rano essenzialmente a limitare l'ingresso nel nostro territorio piuttosto che a disciplinare il fenomeno in modo sistematico e coerente con i diritti e le libertà fondamentali della persona che vengono in rilievo in queste dinamiche.

Insomma se è vero che si tratta di un fenomeno di difficile gestione è altrettanto vero che vi è una tendenza a farlo restare tale, anzitutto con l'implementazione della decretazione d'urgenza, giustificata dall'esigenza di assicurare protezione alla comunità che si sente minacciata, non più soltanto dal migrante irregolare ma anche da colui che richiede protezione[23]. Al punto che, oramai, alcuni autori[24] hanno iniziato a parlare, riferendosi alla disciplina "speciale" dei diritti dei migranti, di "diritto amministrativo del nemico", caratterizzato dal ricorso continuo ad interventi emergenziali e derogatori per rispondere ad un bisogno di protezione contro un potenziale "nemico" comune.

Quanto poi allo specifico approccio alla questione del Tribunale di Catania, dall'analisi svolta è evidente che gli argomenti adoperati si fondando soprattutto sul contrasto tra la normativa nazionale, anche alla luce della sua interpretazione e conseguente applicazione, e il diritto comunitario.

Pertanto, a questo punto della riflessione, nasce spontaneo il dubbio sul se sarebbe stato o meno più opportuno che il Tribunale si rivolgesse alla Corte di Giustizia UE ai sensi dell'art. 267 TFUE, per risolvere il conflitto sorto ovvero sollevasse una questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 11, 13 e 117, primo comma, Cost, così da scongiurare anche il rischio che si generasse nei consociati uno stato di incertezza sulle regole di diritto effettivamente applicabili ai casi di specie, pregiudicando uno dei valori fondanti dello Stato di diritto, vale a dire quello della certezza del diritto.

Come noto, infatti, in caso di contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria, i possibili strumenti riconosciuti al giudice nazionale per la risoluzione del conflitto sono vari, questi deve anzitutto verificare se vi sia la possibilità di salvare la norma nazionale ricorrendo ad un'interpretazione della stessa in modo conforme alla disciplina dell'Unione europea, soltanto ove ciò non fosse possibile[25] e dopo aver accertato l'idoneità di quest'ultima a produrre effetti diretti (in quanto chiara, precisa e incondizionata) nel nostro ordinamento, è tenuto a disapplicare la norma interna e ad applicare quella comunitaria. In questo scenario sommariamente descritto, non essendo questa la sede opportuna per approfondire un tema così complesso[26], si inseriscono il rinvio pregiudiziale e l'incidente di costituzionalità che hanno un impatto maggio-

[23] Il rapporto tra sicurezza e libertà non è chiaramente un tema nuovo, nello specifico contesto dell'immigrazione si rinvia a M. Interlandi, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018; più in generale, invece, cfr.: G. Corso, *Ordine pubblico*, Bologna, 1979; G. Tropea, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti fra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, ESI, 2010; V. Baldini, *Sicurezza e libertà nello Stato di diritto in trasformazione. Problematiche costituzionali delle discipline di lotta al terrorismo internazionale*, Torino, 2005.

[24] *Ex multis*, v. M.C. Cavallaro, *Gestione dei migranti, emergenza sanitaria, e sicurezza pubblica: verso un diritto amministrativo del nemico?,* in *PA Persona e amministrazione*, n. 1/2022, 286 ss.

[25] CGUE, 24 gennaio 2012, C-282/10, Dominguez, punto 23, ove la Corte stessa chiarisce che la disapplicazione della norma interna si pone come successiva alla verifica della sua possibile interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea, o meglio «si pone solo se non risulta possibile alcuna interpretazione conforme di tale disposizione».

[26] La difficile opera di armonizzazione tra ordinamento giuridico italiano e ordinamento dell'Unione europea, considerando anche che pure quest'ultimo è dotato di organi giurisdizionali, richiederebbe già di per sé un lavoro monografico per essere affrontato in tutti i suoi aspetti essenziali. Pertanto, per un primo approccio al tema si suggerisce di v. Aa.Vv., *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, Milano, 2023. Il volume da ottobre 2023 è reperibile anche sul sito www.scuolamagistratura.it.

re sul sistema giuridico nazionale rispetto all'obbligo di interpretazione conforme e allo strumento della disapplicazione. Infatti, soltanto i primi due hanno efficacia generale, incidendo proprio sulla stessa esistenza nell'ordinamento interno della norma ritenuta anti comunitaria o incostituzionale, hanno insomma efficacia "*erga omnes*".

La disapplicazione alla quale è invece ricorsa il Tribunale di Catania, da un lato, senza dubbio, consente di riconoscere al soggetto coinvolto nella singola vicenda, sottoposta alla cognizione del giudice, una tutela immediata ma, al contempo, non può impedire alla norma disapplicata di continuare a produrre i suoi effetti nei confronti dei soggetti dell'ordinamento, fintanto che non intervenga il legislatore abrogandola.

Pertanto, soprattutto considerando che successivamente il Tribunale di Catania ha continuato ad adottare decisioni simili[27] – ragionando in un'ottica di effettività della tutela giurisdizionale e di certezza del diritto, da intendersi in senso ampio e non soltanto come certezza di premesse legislative – si sarebbe potuto propendere per una scelta più incisiva, dal momento che i dubbi sollevati attengono chiaramente alle scelte legislative nazionali e alla loro compatibilità con il diritto dell'Unione europea.

Sono considerazioni che meriterebbero un più ampio e approfondito sviluppo che non può per il momento essere svolto in questa sede e che comunque richiederà ulteriori riflessioni, per le quali probabilmente vi sarà a breve occasione, considerando che l'Avvocatura dello Stato ha già presentato ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Tribunale di Catania.

[27] Cfr.: Tribunale di Catania, decreto n. 10798 dell'8/10/2023; Tribunale di Catania, decreto n. 10885 del 10/10/2023; Tribunale di Catania, decreto n. 10887 del 11/10/2023. Tra questi è poi possibile ricomprendere, quanto alle conclusioni, anche la decisione del Tribunale di Firenze n. 9787 del 20/09/2023.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2970– 29 novembre 2023

Dei comportamenti della P.A. che costituiscono inottemperanza al *dictum* giurisdizionale: l'effetto conformativo del giudicato e la sua elusione

(nota a Consiglio di Stato, Sezione Seconda, 22 maggio 2023 n. 5072)

Silvia Casilli

Sommario: 1. Premessa: i fatti di causa e il ricorso al Consiglio di Stato. – **2.** Sulla natura e sul margine di cognizione del giudizio di ottemperanza. – **3.** Comportamenti della PA che costituiscono inottemperanza al giudicato e silenzio assenso. – **4.** Il *decisum* della Sezione Seconda: l'elusione del giudicato.

1. Premessa: i fatti di causa e il ricorso al Consiglio di Stato.

Con la sentenza n. 5072/2023, la Seconda Sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata sul duplice aspetto della formazione del silenzio assenso nonché sui comportamenti della Pubblica Amministrazione che costituiscono inottemperanza al giudicato e, di conseguenza, sul margine di cognizione nel giudizio di ottemperanza.

Se quanto al primo profilo la Sezione ha sposato la teoria, già sostenuta da parte della giurisprudenza[1], che ammette il silenzio significativo anche laddove l'attività oggetto del provvedimento (tacito) sia priva dei requisiti di validità, non sono ravvisabili invece precedenti nei medesimi esatti termini quanto alla perimetrazione, che effettua il Collegio, del concetto di inottemperanza al giudicato rispetto al caso di specie; si legge, infatti che "*deve ritenersi inottemperante il comune che, dopo essere rimasto inerte*

[1] In tal senso si erano già espressi Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746 nonché TAR Campania, Salerno, Sez. II, 20 febbraio 2023, n. 406.

per anni, riavvia da capo l'istruttoria di un procedimento, senza tenere conto né delle precedenti produzioni documentali, né delle risultanze processuali", confermando così la sentenza in commento l'indissolubile legame tra comportamenti parzialmente esecutivi del giudicato, che ne costituiscono sostanzialmente un'elusione, e inottemperanza.

La vicenda contenziosa trae origine dal ricorso al Tar Lazio con il quale il ricorrente impugnava, oltre alla disposizione dirigenziale con la quale il comune di Roma rigettava l'istanza di condono in relazione al parziale cambio di destinazione d'uso (da magazzino a negozio) di un locale, anche l'ingiunzione a demolire, nonché l'intimazione a non proseguire le attività commerciali esercitate *in loco*.

Avendo il Tar respinto[2] il ricorso ed essendo stata appellata la decisione, il Consiglio di Stato[3] accoglieva l'appello e annullava gli atti avversati, sancendo la convenienza, piuttosto che la doverosità, dell'applicabilità del regime delle sanatorie alla modifica di destinazione d'uso senza opere, ben potendo l'interessato adibire l'immobile ad esercizio commerciale vista la sua insistenza in una zona omogenea che ammetteva la presenza tanto di negozi quanto di magazzini. In particolare, la sentenza affermava che il ricorrente, al fine di ottenere la legittimazione postuma del proprio intervento, avrebbe potuto attingere, oltre che alla invocata disciplina del condono di cui all'art. 32 d.l. n. 326/2003 (scelta giustificata in via presuntiva in quanto più vantaggiosa economicamente), anche al paradigma dell'accertamento di conformità[4] di cui agli artt. 7 l.r. n. 36/1987 e 36 d.P.R. n. 380/2001[5].

Il ricorrente, pertanto, a fronte dell'inerzia degli uffici, diffidava reiteratamente il Comune ad avviare e concludere il procedimento di rilascio del condono, promuovendo poi, in data 8 novembre 2022, ricorso per l'ottemperanza della pronuncia del Consiglio di Stato chiedendone l'esecuzione, se del caso, mediante la nomina di un commissario *ad acta*.

Il Comune di Roma si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso e, in ogni caso, eccepiva la prescrizione di quanto eventualmente preteso a titolo indennitario, risarcitorio e/o di ristoro di qualsiasi natura. Successivamente veniva prodotta relazione dell'ufficio competente in materia di condoni nella quale, a giustificazione del ritardo nell'avvio della riedizione del potere, si invocavano le problematiche organizzative connesse alla pandemia da COVID 19, nonché, più di recente, l'impossibilità di accedere ai locali-archivio delle pratiche protrattasi dal 22 aprile 2021 al 5 aprile 2022. Veniva poi versata in atti ulteriore nota con la quale si dava finalmente notizia del "riavvio" dell'iter istruttorio, ribadendo tuttavia l'incertezza degli esiti, sull'assunto che la sentenza ottemperanda non avrebbe

[2] La sentenza si fondava sull'assunto che non sarebbe stata provata l'avvenuta realizzazione dell'intervento in epoca antecedente al 31 marzo 2003 (termine ultimo per la fruizione dell'invocato "terzo condono edilizio" di cui alla legge n. 326/2003).

[3] Cons. Stato, Sez. II, 9 giugno 2020, n. 3667.

[4] L'accertamento di conformità, o "sanatoria ordinaria" consiste nella regolarizzazione di abusi "formali", laddove l'opera sia stata sì effettuata senza il preventivo titolo o in difformità dello stesso, ma senza violare la disciplina urbanistica vigente sia al momento della sua realizzazione che a quello di presentazione della domanda. Modalità di acquisizione del titolo, questa, diversamente da quella invocata, non sottoposta al regime del silenzio assenso.

[5] La riconosciuta sussistenza dei requisiti per avanzare sia un'istanza di sanatoria ordinaria che di condono, implica allora l'affermazione che nel caso di specie sussiste anche il requisito della doppia conformità.

attinto al contenuto della propria futura valutazione.

Infine, in data 22 marzo 2023, a riprova del preannunciato riavvio della pratica, veniva prodotta la comunicazione inoltrata al ricorrente via PEC il 20 gennaio 2023 di richiesta di copiosa documentazione integrativa, atta anche a dimostrare l'epoca di realizzazione e la consistenza dell'abuso, significando la necessità della sua produzione esclusivamente tramite il sistema informatico dedicato accessibile dall'apposita piattaforma.

La Sezione Seconda del Consiglio di Stato, adita per l'ottemperanza, ha ritenuto, con la sentenza in commento, fondata la domanda del ricorrente.

Nell'accogliere il ricorso, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto opportuno soffermarsi su due aspetti principali, che costituiscono i punti nevralgici della pronuncia: l'obbligo di eseguire il giudicato e la relativa discrezionalità in capo all'amministrazione (aspetto questo che implica la necessità di volgere lo sguardo al margine di cognizione presente nel giudizio di ottemperanza); il rapporto tra l'obbligo di dare ottemperanza alla sentenza ed il tardivo avvio di un procedimento sottoposto al regime del silenzio assenso al fine di appurare se l'avvio tardivo possa essere equiparato alla doverosa ottemperanza o se, invece, concretizzi un'elusione del giudicato.

Si rende pertanto necessario, al fine di comprendere pienamente la portata del *decisum*, inquadrare dapprima tali aspetti.

2. Sulla natura e sul margine di cognizione del giudizio di ottemperanza.

Il Collegio esordisce con una premessa ben chiara: l'Amministrazione è sempre tenuta ad eseguire il giudicato, obbligo cui non può venir meno per nessuna ragione di opportunità amministrativa o di difficoltà pratica[6].

Il giudizio di ottemperanza, infatti, rappresenta un rimedio, espressione dei principi di effettività e concentrazione della tutela giurisdizionale, posto a disposizione del privato che voglia ottenere da parte dell'amministrazione soccombente l'attuazione del favorevole giudicato di cognizione. Il sistema di esecuzione delle sentenze e dei titoli esecutivi contemplati dall'art. 112 c.p.a. è ispirato ad un duplice modello, surrogatorio e compulsorio, volto a consentire la piena attuazione di quelle sentenze[7] di cui non venga data spontanea esecuzione *ex* art. 33 comma 2 c.p.a.

Si tratta di uno dei pochi casi in cui la giurisdizione è estesa al merito[8], potendosi il giudice dell'ottemperanza, nel caso di perdurante inerzia della PA, sostituire a questa, adottando il provvedimento anche nei casi di massima discrezionalità.

L'art. 112 c.p.a. prevede, infatti, che l'azione di ottemperanza possa essere proposta per conseguire l'attuazione tanto delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato, quanto delle sentenze esecuti-

---

[6] Punto 10 della pronuncia in commento.

[7] Per una trattazione sistematica su come si concretizza il principio di effettività in relazione alle diverse tipologie di sentenze si rinvia a F. Francario, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 4, 2016, 1025 ss. che evidenzia come tra sentenza del giudice amministrativo e ottemperanza vi sia una correlazione necessaria, quasi naturale: qualsivoglia giudice viene adito per emettere una sentenza che assicuri certezza per risolvere un conflitto tra le parti; se la sentenza, una volta resa, non venga osservata spontaneamente dal soccombente, si rende necessario un ulteriore processo volto a realizzarne gli effetti, potendo solo in questo modo garantire il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

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

ve e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo.

L'art. 114, poi, precisa i poteri che il giudice può esercitare in tale sede – pur potendosi desumere questi già implicitamente dall'art. 134 comma 1 lett. a) che attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione con cognizione estesa al merito – statuendo che "*il giudice, in caso di accoglimento del ricorso: a) ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione; b) dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato; c) nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, determina le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano; d) nomina, ove occorra, un commissario ad acta; e) salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo*".

L'Amministrazione è dunque sempre tenuta ad eseguire il giudicato ed ha al riguardo discrezionalità solo in odine al *quomodo*; la pronuncia chiarisce[9] infatti che nessuna discrezionalità sussiste in relazione all'*an* e al *quantum*. Ed è proprio la discrezionalità quanto al *quomodo* che esige di prendere in considerazione la natura (anche) di cognizione del giudizio di ottemperanza: l'esecuzione del giudicato si scontra, sì, con il limite invalicabile dello stesso – che rende ontologicamente estraneo all'alveo dei giudizi *de quibus* il riesame di questioni già definite in maniera compiuta – ma al contempo non può prescindere dal contenuto concreto della sentenza da ottemperare, implicando necessariamente un margine di cognizione intrinseco condizionato dallo sviluppo motivazionale della pronuncia ottemperanda.

La natura del giudizio di ottemperanza è stata a lungo ritenuta controversa, soprattutto quanto alla possibilità che esso serva anche a completare l'accertamento giudiziale che ha avuto il suo esito nel giudizio di cognizione[10].

L'opinione prevalente, che trova conferma nell'opera di codificazione legislativa del 2010, riconosce un profilo anche di cognizione e non di sola mera esecuzione del giudizio di ottemperanza. Il c.p.a. ha preso infatti esplicita posizione sulla natura mista del giudizio di ottemperanza, ponendo, anche se in qualche misura solo parzialmente, la parola fine al dibattito che ha a lungo animato la dottrina e che ha tracciato una spaccatura tra coloro che, non ravvisando una reale differenza rispetto al giudizio di esecuzione civile (soprattutto in relazione alle obbligazioni di *facere*), escludevano qualsiasi attività cognitiva del giudice dell'ottemperanza[11] e chi, invece, attribuendo fondamentale importanza alla circostanza che tale *facere* consistesse nel riesercizio

[9] Al punto 10.

[10] F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, 2018, 534.

[11] G. Verde, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in *Rivista di diritto processuale*, 1980, 649. Nel medesimo senso, ossia della riconduzione dell'istituto al modello dell'esecuzione forzata civile, si veda anche C. Caianiello, *Lineamenti del processo amministrativo*, Utet, Torino, 1979, 559 ss.

del potere amministrativo, rilevava la non assimilabilità dei due riti[12].

Oggi il codice accoglie una tesi intermedia tra le due, predicando la natura mista del giudizio di ottemperanza[13]; la stessa relazione al codice ha confermato che tale giudizio presenta fisiologici momenti di cognizione, ragion per cui si è ritenuto di poter consentire la concentrazione in esso di azioni cognitorie connesse, per evidenti ragioni di economia processuale.

Dall'interpretazione delle disposizioni del codice operata dall'Adunanza Plenaria[14] emerge un modello del giudizio di ottemperanza conforme alle ricostruzioni teoriche, di cui si è dato atto, offerte in passato dalla dottrina più influente; ed anzi, per alcuni commentatori[15] si potrebbe affermare che le novità del codice del processo avrebbero non solo confermato, ma addirittura rafforzato la teoria sulla natura complessa del giudizio di ottemperanza[16].

Posto allora che non può negarsi l'esistenza di un profilo di cognizione, permangono, tuttavia, diverse opinioni, circa natura, oggetto, poteri e vincoli di una siffatta cognizione[17].

È opportuno allora chiarire cosa si intenda per giudizio di cognizione[18]. In particolare, il giudizio di ottemperanza è un giudizio necessariamente di cognizione ed eventualmente di esecuzione, allorché si tratti di dare attuazione al giudicato del g.o., mentre diventa necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione, se a dover essere eseguita è la sentenza del g.a.

La diversità della formula si spiega con il fatto che nel primo caso il g.a. è tenuto a verificare e assicurare la rimozione dell'atto amministrativo dichiarato illegittimo dal g.o. solo *incidenter tantum*, stanti i limiti

---

[12] M. Nigro, *Giustizia Amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1983, 186. Sulla scia di tale posizione dottrinale, ponendo in risalto la peculiarità dell'attività esecutiva richiesta dalla sentenza di annullamento, è stato osservato che il giudizio di ottemperanza è in primo luogo un processo di cognizione, realizzandosi in esso un completamento del contenuto della pronuncia di annullamento, vista la natura del giudicato amministrativo di un giudicato "a formazione progressiva".

[13] Natura che emerge già dalla disamina delle azioni astrattamente proponibili con il ricorso *ex* art. 114 c.p.a., che possono addirittura risolversi in una richiesta interpretativa (art. 112 comma 5 c.p.a). Ma la possibilità che vi sia un esercizio della giurisdizione cognitoria scevra da profili di esecuzione in senso stretto emerge anche dalla possibilità di domandare l'accertamento e la condanna al risarcimento del danno per la mancata o inesatta esecuzione di cui all'art. 112 comma 3 c.p.a. Si pensi poi anche all'accertamento della nullità del provvedimento adottato in elusione o violazione del giudicato, ora rimesso alla competenza esclusiva del giudice amministrativo in sede di ottemperanza (art. 114 comma 4 lett. b e art. 133 lett.a n. 5 c.p.a.) o, ancora, alla necessità di accertare eventuali fatti sopravvenuti che abbiano reso impossibile l'attuazione del giudicato.

[14] Cons. Stato., Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2.

[15] M. Lipari, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, in *Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2011, 102 ss.

[16] In tale ottica, l'unica reale novità apportata dal codice al regime previgente è stata riconosciuta nell'introduzione dell'art. 34 comma 1 lett. e) c.p.a. che, al fine di garantire la reale effettività della tutela, statuisce che, in caso di accoglimento del ricorso, "*il giudice, nei limiti della domanda, dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce sospese, compresa la nomina di un commissario* ad acta*, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza*". In tal modo il sistema viene mutato: il giudice già in sede di cognizione è dotato di poteri più incisivi; in un'ottica di effettività e rapidità della tutela si registra un anticipo alla sede di cognizione di poteri prima attribuiti solo in sede di esecuzione.

[17] Per una trattazione più approfondita sulla complessità del tema si veda ancora F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, cit.

[18] Sul punto, ancora F. Manganaro, *Ibidem* che postula, premesso che ogni processo di esecuzione presenta una benché minima valutazione di cognizione, la necessità di distinguere tra cognizione ordinaria, *strictu sensu*, e cognizione volta all'esecuzione. Se nell'ambito della cognizione *strictu sensu* si possono proporre le ordinarie questioni generali quali la legittimazione, corrispondenza tra chiesto e pronunciato, tipologia delle azioni e tipi di prova ammissibili, oggetto della cognizione per l'esecuzione è invece, oltre la legittimazione, solo la verifica dell'effettiva attuazione di quanto previsto nella sentenza, con più limitati poteri del giudice in ordine all'accertamento dell'inadempimento o dell'elusione.

interni alla giurisdizione di quest'ultimo. Ne deriva che parte della *cognitio* è attribuita al giudice amministrativo dell'ottemperanza, chiamato a determinare in concreto le modalità di rimozione dell'atto. Diversamente, nel secondo caso, la statuizione contenuta in sentenza sarà più precisa e puntuale, con la conseguenza che si riduce la componente cognitiva limitata alla definizione della portata dell'obbligo di conformazione della p.a. Va tuttavia evidenziato che il g.a. non può mai integrare il giudicato del g.o., diversamente da quanto accade in relazione al giudicato del g.a.: in quest'ultimo caso, infatti, viene in rilievo il "giudicato a formazione progressiva".

Quest'ultimo concetto è stato coniato proprio ad indicare la complementarietà tra le due sentenze integrate tra loro, pur conseguenti a distinti processi coordinati: quella da ottemperare e quella che ne definisce l'esecuzione.

Il Collegio, nella sentenza in commento, ripercorre e conferma lo scenario fino ad ora descritto.

È infatti un principio ormai consolidato in giurisprudenza quello in forza del quale *il giudice dell'ottemperanza può arricchire, integrare e dettagliare le argomentazioni rede in sede di cognizione dagli organi della giustizia amministrativa*[19]. Si parla non di sola esecuzione, bensì di attuazione in senso stretto (implicando così una cognizione) del contenuto del *dictum* giudiziale; attuazione – precisa la Seconda Sezione – purché evidentemente se ne ravvisi la necessità anche in funzione propulsiva del corretto operato della P.A., assicurando, sì, effettività alle tutele esperite, ma senza stravolgere né modificare il giudicato originario, né invadere competenze riservate alla discrezionalità amministrativa.

Tale modello di costruzione graduale del giudicato amministrativo trova conferma – come richiamano i giudici di Palazzo Spada – in un'importante pronuncia dell'Adunanza Plenaria[20] che non solo ne predica la compatibilità a livello eurounitario, ma afferma che proprio l'integrazione giurisdizionale delle pronunce conformative rese in sede di cognizione consente di "recuperare" eventuali difformità rispetto al diritto europeo[21]. In altre parole, l'ottemperanza diviene ulteriore luogo di adeguamento al diritto europeo, costituendo quella dell'esecuzione del giudicato sede idonea per garantire il rispetto del diritto eurounitario, in attuazione del principio che impone al giudice nazionale di adoperarsi per evitare la formazione (anche progressiva) di un giudicato contrastante con le norme di rango sovranazionale, cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione.

Il giudizio di ottemperanza allora, su queste premesse, esige che il giudice effettui una triplice operazione[22]: interpretare il giudicato; accertare il comportamento tenuto dall'Amministrazione; valutarne, infine, la conformità alla regola giurisdizionale.

Nell'ambito di questa triplice azione, il giudice deve svolgere una prima operazione ermeneutica, ossia perimetrare in ma-

[19] Punto 10.1.2 della sentenza.

[20] Cons. Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11.

[21] Si legge in motivazione che "*la dinamicità e la relativa flessibilità che spesso caratterizza il giudicato amministrativo nel costante dialogo che esso instaura con il successivo esercizio del potere amministrativo permettono al giudice dell'ottemperanza – nell'ambito di quell'attività in cui si sostanzia l'istituto del giudicato a formazione progressiva – non solo di completare il giudicato con nuove statuizioni 'integrative', ma anche di specificarne la portata e gli effetti al fine di impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale*".

[22] Come evidenziato da Cass. SS. UU., 31 marzo 2015, n. 6494.

niera esatta il contenuto della sentenza da eseguire[23]. È evidente allora l'ambito di cognizione, funzionale alla valutazione sulla sussistenza o meno del presupposto dell'inottemperanza.

La sentenza ottemperanda presenta infatti effetti sia ripristinatori (consistenti nell'obbligo per l'amministrazione di adeguare lo stato di fatto a quello di diritto) che conformativi in senso stretto[24]; ed è proprio alla luce di questi ultimi che va valutata l'eventuale inottemperanza. L'effetto conformativo del giudicato è diretto a vincolare la successiva attività dell'amministrazione e si affianca a quello preclusivo, volto a vietare che la p.a. reiteri l'atto inficiato dai vizi già stigmatizzati nella sentenza di annullamento, violando il principio generale del *ne bis in idem*. L'effetto conformativo e quello preclusivo, dunque, guardando al futuro evidenziano che l'amministrazione può riesercitare il potere, che, tuttavia, deve essere rapportato non più alla norma attributiva del potere, ma alla *regula iuris* contenuta nella sentenza.

L'inottemperanza della sentenza, dovendosi valutare alla luce dell'obbligo conformativo, sussiste non solo nel caso di totale inerzia dell'amministrazione, ma anche laddove l'amministrazione non adempia in maniera esatta. Se, infatti, in passato l'esperibilità del giudizio di ottemperanza veniva ancorata al presupposto della sola inerzia, arrestandosi di fronte all'emanazione di atti amministrativi, con il tempo si è decisamente aperta una breccia su questo versante, ritenendo esperibile il giudizio anche in presenza di atti elusivi o contrastanti con il giudicato[25].

E, particolarmente rilevante è il passaggio della sentenza che ravvisa il presupposto dell'inottemperanza anche in quei comportamenti parzialmente esecutivi del giudicato o solo formalmente tali, che ne costituiscono nella sostanza un'elusione, piuttosto che una violazione. E proprio in tale affermazione risiede il cuore della pronuncia, nonché la *liason*tra inottemperanza, elusione del giudicato e silenzio assenso: in particolare, il Collegio ha ritenuto che il tardivo avvio di un procedimento sottoposto al regime del silenzio assenso, come quello oggetto della sentenza in commento, mediante nuova richiesta di documentazione, senza chiarire le tempistiche finali di definizione dello stesso né specificare le sopravvenienze che ne hanno resa necessaria l'acquisizione anche in riferimento a situazioni ormai cristallizzate nel giudicato, non possa equipararsi alla doverosa ottemperanza dello stesso.

[23] Come si legge anche nella sentenza in commento al punto 11.

[24] La diversità delle posizioni giuridiche fatte valere nel giudizio amministrativo comporta anche una diversità degli effetti del giudicato. Nel superamento della contrapposizione tra giudizio sull'atto e giudizio sul rapporto, la sentenza che dia ragione al privato titolare di interessi pretensivi pone la regola per l'ulteriore e futura attività della p.a., necessaria affinché l'interesse legittimo pretensivo trovi piena realizzazione. L'integrazione tra la regola contenuta nella statuizione giurisdizionale e la successiva attività della p.a. deriva dalla peculiare conformazione del giudicato amministrativo, definito complesso in quanto connotato da una parte da un effetto demolitorio e ripristinatorio (effetti, questi, che guardano al passato) e dall'altra da un effetto conformativo e preclusivo (che guardano al futuro). Se gli effetti ripristinatorio e preclusivo hanno rilievo soprattutto nei giudizi aventi ad oggetto interessi oppositivi, connotati da una natura conservativa della posizione giuridica incisa dal provvedimento impugnato, l'effetto conformativo, viceversa, viene in rilievo nei giudizi relativi ad interessi legittimi pretensivi, rispetto ai quali il privato, mira ad ottenere non solo che la p.a. adempia, ma che adempia in maniera esatta.

[25] F. Francario, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, cit.

3. Comportamenti della PA che costituiscono inottemperanza al giudicato e silenzio assenso.

Nello sviluppo motivazionale della sentenza il riconoscimento del presupposto dell'inottemperanza si interseca con la questione del tardivo avvio di un procedimento sottoposto al regime del silenzio assenso[26].

In particolare, il Collegio si spende in una dettagliata digressione sull'istituto che è opportuno ripercorrere, almeno nei suoi aspetti fondamentali.

Il silenzio assenso[27] costituisce senz'altro in prima battuta un istituto di semplificazione[28], obiettivo questo che il legislatore ha tentato di rafforzare introducendo rimedi ulteriori, e soprattutto accentuando gli elementi di garanzia della certezza delle situazioni giuridiche. Tale esigenza di certezza si fa particolarmente stringente sul piano delle prassi distorte degli uffici, che possono collocarsi in astratto a monte dello stesso avvio dei procedimenti: il Collegio paventa non a caso il rischio che la presunta incompletezza di una pratica possa fungere da grimaldello per una serie di richieste aggiuntive che finiscano per procrastinare *sine die* il perfezionamento dei procedimenti ad istanza di parte, come di fatto avvenuto nel caso di specie.

Se si leggono, in chiave sistematica, gli istituti di semplificazione attraverso la lente della conformità ai principi generali dell'attività amministrativa, allora tale impostazione comporta necessariamente che il comportamento della p.a. sia improntato alla buona fede al pari di quello del privato[29], come peraltro oggi normativamente espresso.

Proprio attraverso la lettura filtrata dalla fondamentale rilevanza della buona fede si spiega anche la natura sanzionatoria[30] del meccanismo del silenzio assenso, che è volto sì a semplificare l'attività amministrativa, ma ancor più rappresenta non una fisiologica conclusione del procedimento, pur essendo oggi il ricorso all'istituto tendenzialmente generalizzato[31], ma la più grave delle

[26] Per una ricostruzione dell'istituto prima e dopo la L 14 maggio 2005, n. 80, e sull'ambito di applicazione ed effettività dell'istituto nonché sulla consumazione del potere di amministrazione attiva a fronte del provvedimento tardivo, si rinvia a P. L. Portaluri, *Note sulla semplificazione* per silentium *(con qualche complicazione)*, in *Nuove autonomie*, 2008, 664 ss.

[27] Si segnalano, per un approccio ragionato sulle criticità dell'istituto, M.A. Sandulli, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, fasc. 1, 1 aprile 2022, 11 ss. e P. Carpentieri, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, 11 aprile 2022, rielaborazione della relazione, prima citata, presentata nella giornata di studi "*Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza*" svoltasi il 1° aprile 2022 presso il Consiglio di Stato.

[28] Lo dimostra la stessa collocazione dell'art 20 nel capo IV della l. 241/90, rubricato proprio "Semplificazione dell'azione amministrativa".

[29] Il comma 2 bis dell'art. 1 l. 241/1990 prevede oggi espressamente che i principi della collaborazione e buona fede informino i rapporti tra cittadino e amministrazione. In particolare, anche la giurisprudenza ha da subito chiarito come tale norma debba essere letta nel senso dell'operatività in via bilaterale di tale obbligo che ha valore cogente sia verso il privato che verso la p.a., a prescindere dalla posizione di supremazia ricoperta da quest'ultima (da ultimo si veda Cons. Stato, Sez. IV, n. 7843, 8 settembre 2022).

[30] Analoga, in parte, valenza sanzionatoria, quale conseguenza della violazione dell'obbligo di buona fede si rinviene nella conseguenza della consumazione della discrezionalità (anche tecnica) dell'amministrazione che agisca in modo reiteratamente capzioso, equivoco e contraddittorio causando "*un'insanabile frattura del rapporto di fiducia*" con il cittadino. In tal senso, valorizzando la portata dell'obbligo di buona fede, il Cons. Stato., Sez. VI, n. 1321, 25 febbraio 2019 ha giustificato l'intervento del giudice in deroga al divieto di cui all'art. 34 comma 2 c.p.a. (ai sensi del quale "*nessun giudice può pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*"), ma pur sempre nei limiti previsti dall'art. 31 comma 3 c.p.a.

[31] Per quanto la giurisprudenza nel tempo abbia cercato di

sanzioni per la p.a. che è rimasta inerte e non ha provveduto[32].

Tra provvedimento espresso e silenzio assenso, allora, non vige un rapporto di identità sostanziale: il comportamento silenzioso non configura una modalità di esercizio della funzione, bensì un mero fatto, al quale la legge riconosce la capacità di produrre i medesimi effetti di una fattispecie diversa, ovvero dell'atto di assenso.

Non si tratta, infatti di una modalità ordinaria di svolgimento dell'azione amministrativa, bensì costituisce uno specifico rimedio messo a disposizione dei privati di fronte all'inerzia dell'amministrazione, come può esserlo d'altra parte anche la previsione dell'art 2 comma 9 l. 241/1990[33] che individua nella mancata o tardiva emanazione del provvedimento elemento di valutazione della performance individuale, nonché della responsabilità disciplinare e amministrativo contabile del dirigente e funzionario inadempiente.

Tutto questo è coerente con quanto si legge in motivazione laddove il Collegio afferma che un'ingiustificata attesa nell'avvio dell'istruttoria di una pratica non solo non può impedire la decorrenza del termine per il silenzio assenso ove questo sia previsto, ma "*a maggior ragione impone la successiva compressione dei tempi di chiusura della stessa, 'rimediando' per quanto possibile al pregresso colpevole ritardo nei confronti della legittima aspettativa del cittadino a conoscere il contenuto e le ragioni, qualunque esse siano, delle scelte dell'amministrazione*"[34].

Attraverso il meccanismo del silenzio assenso, l'inerzia assume un valore significativo ed equivale a provvedimento di accoglimento nel senso che gli effetti che promanano dalla fattispecie sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo. Corollario che discende dall'art 20, e che ha trovato consacrazione in una recente pronuncia del Consiglio di Stato[35], è che il silenzio assenso può configurarsi anche in presenza di una domanda non conforme a legge; diversamente, reputare che la fattispecie sia produttiva di effetti soltanto ove corrispondente alla disciplina sostanziale, oltre che non avere alcun appiglio normativo nella formulazione dell'art 20, si-

restringerne l'ambito applicativo prevedendo determinati requisiti dell'istanza – che, dovendo dettare per alcuni il futuro ed eventuale "provvedimento tacito", non può essere lacunosa, ma deve essere radicata su una fattispecie concreta, ed essere circostanziata, precisa e determinata – e precludendone il ricorso nei casi in cui, esprimendo la p.a. discrezionalità pura, la motivazione appare irrinunciabile. Non è tuttavia pacifica quest'ultima preclusione al ricorso all'istituto; si legga al riguardo M. Calabrò, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi*, n. 10, 15 aprile 2020, 25 ss. in cui viene chiarito come dovrebbe ritenersi ormai sopito il dibattito circa la possibilità di circoscrivere l'operatività del regime del silenzio assenso ai soli procedimenti connotati da un ridotto margine di discrezionalità, non contemplando l'attuale formulazione della norma alcuna deroga connessa a tale profilo ed operando invece le numerose eccezioni espressamente indicate dal comma 4 relativamente a specifici profili. Motivo di questa, almeno tentata, progressiva restrizione del ricorso all'istituto in seguito all'avvenuta generalizzazione del regime stesso è rinvenibile nel fatto che attraverso questa *fictio iuris* (sebbene la tesi "attizia" sia oggi recessiva almeno in dottrina, a favore di una posizione e volta a valorizzare in primo luogo la natura reale di mero comportamento del silenzio, tale da non consentirne l'equiparazione all'atto in quanto tale, bensì unicamente l'assimilabilità a quest'ultimo quanto agli effetti) si attribuisce all'inerzia della p.a. valenza di provvedimenti di assenso che concedono beni della vita al privato e possono pertanto risultare talvolta controproducenti per l'interesse pubblico; proprio in questo senso se ne comprende la valenza sanzionatoria.

[32] Cons. Stato, parere n. 1640, 13 luglio 2016.

[33] Che sancisce l'obbligo a provvedere della p.a. e disciplina il tempo dell'azione amministrativa, rappresentando piena attuazione del dovere di correttezza.

[34] Punto 20 della sentenza.

[35] Cons. Stato, Sez. VI, n. 5746, 8 luglio 2022. Per una trattazione più approfondita della pronuncia si rinvia a A. Persico, *Silenzio assenso e tutela del legittimo affidamento: il perfezionamento della fattispecie non è subordinato alla presenza dei requisiti di validità*, in questa Rivista, 6 ottobre 2022.

gnificherebbe sottrarre i titoli così formatisi al regime dell'annullabilità espressamente prevista dall'art. 21 *nonies*[36]. Ma la previsione dell'art 21 nonies non costituisce il solo indice normativo da cui desumere la possibilità che il silenzio assenso si formi anche in mancanza dei presupposti di legge per lo svolgimento dell'attività: particolare risalto viene dato anche al nuovo comma 2 bis dell'art. 20, il quale prevede il rilascio obbligatorio, da parte dell'amministrazione su richiesta del privato, di un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda in virtù della formazione del silenzio assenso. Tale disciplina, non aliena da criticità, della cd. certificazione del silenzio[37], unitamente alla sanzione dell'inefficacia prevista dal comma 8 bis dell'art. 2[38],costituisce chiara indicazione rispetto alla finalità acceleratoria dell'agire amministrativo dell'istituto.

Alla luce di tutto quanto premesso allora la doverosità dell'azione amministrativa e la scansione dei suoi tempi non possono che essere lette unitamente ai principi generali dell'*agere* amministrativo, rappresentando queste anzitutto una peculiare declinazione del principio di legalità – che non può qualificarsi esclusivamente come limite negativo all'esercizio del potere in ossequio alla concezione liberale, ma, soprattutto, in ossequio a una concezione sostanziale, come affermazione in positivo dell'obbligo che il potere venga esercitato (in tempo utile).

Se raccordata al principio di legalità, la doverosità dell'azione amministrativa risulta di conseguenza strettamente legata anche al principio di buon andamento, di rilievo costituzionale, e più in generale al dovere di buona amministrazione (secondo la terminologia europea). Ed è proprio in tale contesto che troviamo una congiunzione con quanto detto nel paragrafo precedente, inscrivendosi il potere conformativo del giudice amministrativo in sede di cognizione, ma ancor più di ottemperanza, nella direzione dell'effettività delle tutele poste a presidio proprio della legalità e del buon andamento.

4. Il *decisum* della Sezione Seconda: l'elusione del giudicato.

Inquadrati gli istituti in questione e l'utilizzo che La Seconda Sezione ne fa nella costruzione del proprio percorso argomentativo, possono declinarsi le relative conclusioni nel caso di specie.

Pur non avendo nel caso in questione il ricorrente invocato l'avvenuta formazione del silenzio assenso successivamente al giudicato, comunque non può essere priva di

[36] Che, nel disciplinare in generale l'annullamento d'ufficio, ne individua l'oggetto anche nel provvedimento formatosi ai sensi dell'art 20; presuppone allora evidentemente che la violazione di legge non può incidere sul perfezionamento della fattispecie, ma rilevi invece in termini di illegittimità dell'atto. Proprio per questo l'ordinamento prevede il rimedio postumo dell'annullamento d'ufficio.

[37] Sul punto si rinvia ancora a M. Calabrò, *Silenzio assenso e dovere di provvedere*, cit. per delle proposte risolutive volte a superare l'inadeguatezza degli strumenti di tutela processuale offerti dall'ordinamento; in particolare, viene suggerita una duplice soluzione a tale condizione di grave incertezza: da un lato, ricostruendo il dovere della pubblica amministrazione di rilasciare un atto a carattere ricognitivo finalizzato all'accertamento della formazione del silenzio assenso; dall'altro lato, *de iure condendo*, prospettando una modifica dell'art. 20 l. n. 241/1990, tesa a riconoscere in capo al soggetto richiedente il diritto di rinunciare al regime del silenzio assenso, optando per il modello del silenzio inadempimento.

[38] Citato nella sentenza al punto 22.2 come conferma del fatto che, decorso il termine a provvedere e formatosi il silenzio assenso, all'amministrazione residua solo il potere di autotutela.

conseguenze[39] la circostanza che il legislatore abbia previsto tale modalità di acquisizione del titolo.

Non può poi l'illecito dell'abuso, peraltro nel caso *de quo* meramente formale, giustificare un rigore tale da comportare un ritardo quale quello maturato dal Comune di Roma, tenuto anche conto della sussistenza, già richiamata, del requisito della doppia conformità.

Alla luce di quanto fino ad ora ricostruito si spiega allora come il comportamento del Comune, pure dopo il formale riavvio dell'istruttoria del procedimento, senza peraltro indicare alcuna tempistica di chiusura dello stesso, integri il presupposto dell'inottemperanza al giudicato. L'amministrazione, dando tardivo avvio ad un procedimento sottoposto al regime del silenzio assenso, ha di fatto dato solo formale esecuzione alle statuizioni della sentenza da ottemperare, aggirandole tuttavia dal punto di vista sostanziale. Il comportamento tenuto non solo è inerte, ma è di fatto elusivo del giudicato, non avendo l'amministrazione valutato l'effetto conformativo dello stesso.

In queste conclusioni emerge chiaramente la relazione[40] tra inottemperanza, inerzia ed elusione del giudicato; l'elusione del giudicato altro non è che una forma di inottemperanza, o addirittura di inerzia[41], laddove l'amministrazione, pur agendo, lo faccia in maniera difforme rispetto al parametro, prefissato, del *dictum* giurisdizionale. È in quest'ottica, allora, ancora attuale la nozione di "ottemperanza imperfetta" o "inesatta"[42] da collocarsi nel contenitore più ampio della nozione di elusione che opera anche come sanzione sul piano del diritto sostanziale.

[39] Si legge al punto 19.

[40] Cui si fa riferimento in conclusione del paragrafo secondo.

[41] S.S. Scoca, *Violazione ed elusione del giudicato: differenza anodina o utile?*, 2012, in *www.giustamm.it*.

[42] M.S. Giannini, *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1960, 473 ss. che distingueva tra inottemperanza, ottemperanza perfetta e ottemperanza inesatta, rilevando, tuttavia, come all'epoca la giurisprudenza fermamente escludesse l'esperibilità del giudizio di ottemperanza in caso di ottemperanza imperfetta o inesatta.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2841 – 13 luglio 2023

Il Fondo di solidarietà comunale e la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni

(nota a Corte cost., sentenza, 14 aprile 2023, n. 71)

Alice Cauduro

Sommario: 1. Il Fondo di solidarietà comunale nel modello del federalismo fiscale municipale. – **2.** Le criticità del finanziamento del Fondo di solidarietà comunale a seguito della legge 30 dicembre 2021, n. 234. – **3.** Il bilanciamento tra la tutela dell'autonomia finanziaria comunale e la necessità di «non regredire rispetto all'"imprescindibile" processo di definizione e finanziamento dei LEP». Quali soluzioni legislative all'attuale perequazione ibrida?

1. Il Fondo di solidarietà comunale nel modello del federalismo fiscale municipale.

Nel definire i *principi e criteri direttivi concernenti il coordinamento e l'autonomia di entrata e di spesa degli enti locali* la *legge delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'art. 119 della Costituzione*, ha classificato le spese relative alle funzioni di comuni, province e città metropolitane, distinguendo «le spese riconducibili alle funzioni fondamentali ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *p*), della Costituzione» (l. 5 maggio 2009, n. 42, art. 11, co. 1, lett. *a*, 1), da quelle «relative alle altre funzioni» (l. 5 maggio 2009, n. 42, art. 11, co. 1, lett. *a,* 2).

Per le funzioni fondamentali e per i «livelli essenziali delle prestazioni da esse implicate» si prevede che il finanziamento integrale, in base al fabbisogno standard, sia «assicurato dai tributi propri, da compartecipazioni al gettito di tributi erariali e regionali, da addizionali a tali tributi, la cui manovrabilità è stabilita tenendo conto della dimensione demografica dei comuni per fasce, e dal fondo perequativo» (l. n. 42 del 2009, art. 11, co. 1, lett. *b*). Le spese relative alle altre funzioni, invece, sono finanziate «con il gettito dei tributi propri, con compartecipazione al gettito di tributi e con il fondo perequativo basato sulla capacità fiscale per abitante» (l. n. 42 del 2009, art. 11, co. 1, lett. *c*).

Secondo i *principi e criteri direttivi concernenti l'entità e il riparto dei fondi perequativi per gli enti locali*, il fondo a favore dei comuni dovrebbe essere rappresentato «da un fondo perequativo dello Stato alimentato dalla fiscalità generale con indicazione separata degli stanziamenti per le diverse tipologie di enti, a titolo di concorso per il finanziamento delle funzioni da loro svolte» (l. n. 42 del 2009, art. 13, co. 1, lett. *a*).

In attuazione della suddetta legge delega, le disposizioni in materia di federalismo fiscale municipale hanno introdotto nell'ordinamento due nuove «forme di imposizione fiscale» – un'«imposta municipale propria» e un'«imposta municipale secondaria» (d. lgs. 14 marzo 2011, n. 23, art. 7). In seguito, con le disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, è stato istituito il Fondo di solidarietà comunale (FSC) – considerato di carattere perequativo[1] – finanziato da «una quota dell'imposta municipale propria, di spettanza dei comuni» (l. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, co. 380, lett. *b*). Come evidenziato dalla Corte dei conti, tale fondo avrebbe dovuto essere alimentato tramite «fiscalità generale, cioè con risorse del governo centrale. Successivamente (d. lgs. n. 23 del 2011), il concorso dello Stato è venuto meno, disponendo invece che il fondo fosse alimentato da quote di gettito di tributi locali»[2]. Il modello inizialmente delineato dal legislatore si configurava come un «sistema perequativo misto, di direzione verticale per la perequazione delle funzioni fondamentali, e di natura orizzontale per la perequazione delle spese relative alle altre funzioni. Tuttavia, l'evoluzione legislativa ha in parte neutralizzato e modificato l'iniziale assetto, con il risultato di rendere meno trasparente il meccanismo di assegnazione del fondo perequativo»[3]. La Corte costituzionale ha già avuto modo di soffermarsi sul FSC evidenziando la «"distorsione" del criterio perequativo»; affermando che l'attuale struttura del FSC «è divenuta interamente orizzontale, tanto da determinare, dal 2015 al 2020, un "trasferimento negativo", nel senso che è il comparto dei comuni a trasferire risorse allo Stato»; chiarendo che sull'evoluzione della disciplina del FSC avrebbero «inciso le difficoltà e i ritardi nell'attuazione del federalismo fiscale»[4]. Secondo questa ricostruzione «il FSC presentava – almeno in origine – una natura mista (orizzontale e verticale), in quanto veniva alimentato prevalentemente dai comuni mediante la trattenuta di una parte del gettito standard derivante dall'IMU e da una quota minoritaria di risorse trasferite dalla Stato»[5].

2. Le criticità del finanziamento del Fondo di solidarietà comunale a seguito della legge 30 dicembre 2021, n. 234.

Con alcune norme del *bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario*

[1] Cfr. il *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica 2020*, Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, 21, «la perequazione comunale avviene attraverso il fondo di solidarietà comunale, la cui alimentazione è affidata a una quota del gettito standard dell'IMU (il 22,43 per cento). […] In questa metodologia si annidano alcuni elementi di criticità del fondo di solidarietà comunale».

[2] Cit. *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica 2020*, Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, 22.

[3] Cit. *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica 2020*, Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, 20.

[4] C. cost., sent., n. 220/2021.

[5] C. cost., sent., n. 220/2021.

2022 e bilancio pluriennale per il triennio 2022-2024 (l. 30 dicembre 2021, n. 234, art. 1, commi 172, 174, 563 e 564) il legislatore ha incrementato la dotazione del FSC. Trattasi delle disposizioni normative sottoposte al vaglio di legittimità costituzionale con ricorso promosso dalla Regione Liguria per asserito contrasto con gli artt. 5 e 119, commi 3, 4, 5, Cost. La ricorrente riteneva, in specie, che assieme all'incremento della dotazione del FSC il legislatore avesse al contempo assoggettato tali risorse aggiuntive a vincoli di destinazione, in contrasto con la disciplina costituzionale in tema di perequazione (art. 119, co. 3 e 5), violando l'autonomia finanziaria dei comuni.

La Regione riteneva che la normativa impugnata, andando a definire ulteriori finanziamenti per gli asili nido (art. 1, co. 172), dissimulasse un intervento di perequazione speciale, indicando stringenti obiettivi di servizio in violazione del divieto di «vincoli di destinazione» (art. 119, c. 3 Cost.): trattandosi di funzione attribuita ai comuni, l'ulteriore finanziamento di tal tipo non avrebbe dovuto trovare collocazione nel FSC (art. 119, c. 4 Cost.). Analogo ragionamento veniva prospettato con riferimento alla norma che aumenta il finanziamento per il trasporto di studenti disabili (art. 1, co. 174) e a quella che prevede risorse finalizzate al finanziamento e allo sviluppo dei servizi sociali comunali (art. 1, co. 563), anch'essa impugnata perché asseritamente in contrasto con il divieto di vincoli di destinazione a valere sulle quote del FSC. Infine, anche la norma che si riferisce alla rideterminazione complessiva del FSC (art. 1, co. 564) veniva impugnata, sebbene nel solo inciso inziale dove richiama le altre norme impugnate.

Fatte salve le parti delle norme che incrementano gli importi annui del FSC, la ricorrente chiedeva una «pronuncia di carattere sostitutivo» in grado di rimuovere il vincolo di destinazione e ricondurre il finanziamento al criterio generale di riparto del fondo.

L'Avvocatura generale dello Stato riteneva che «non sarebbe "'il contenitore' finanziario ad essere dirimente ai sensi della Costituzione" per affermare la sussumibilità delle suddette risorse nell'ambito del terzo comma o in quello del quinto comma dell'art. 119 Cost., "ma la natura e la finalità dello specifico stanziamento"»; inoltre, «l'intervento in questione darebbe attuazione al monito contenuto nella sentenza n. 220 del 2021 di questa Corte in ordine al ritardo nella definizione dei LEP, destinando coerentemente le risorse per il finanziamento degli stessi, attraverso un approccio di perequazione speciale in favore delle aree meno sviluppate»[6]. L'Avvocatura concludeva che «dalla natura perequativa del FSC non discenderebbe la sottrazione delle relative risorse alle esigenze di solidarietà o di riequilibrio ove destinate dal legislatore statale alla fruizione di diritti essenziali».

[6] Per la letteratura in materia di LEP si rinvia qui, per tutti, a M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m della Costituzione)*, in *Politica del diritto*, n.3/2002, 345-360; R. Balduzzi, *Note sul concetto di «essenziale» nella definizione dei LEP, in Rivista delle politiche sociali, n. 4/2004165-182;* C. Pinelli, *Sui «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali»,* in *Diritto pubblico, n. 3/2002, 881-908;* C. Tubertini, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela nella salute, Bologna, 2008, 46;* V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008, 162 ss. Per la copiosa giurisprudenza costituzionale sui livelli essenziali cfr., *ex plurimis*, C. cost., sent., n. 282/2002; sul livello essenziale come nucleo irriducibile cfr. C. cost., sent., n. 309/1999; C. cost., sent., n. 509/2000.

3. Il bilanciamento tra la tutela dell'autonomia finanziaria comunale e la necessità di «non regredire rispetto all'"imprescindibile" processo di definizione e finanziamento dei LEP». Quali soluzioni legislative all'attuale perequazione ibrida?

Nella pronuncia qui commentata la Corte chiarisce che le prime tre disposizioni impugnate (art. 1, commi 172, 174, 563, l. n. 234 del 2021) «intervengono sulla disciplina del fondo di solidarietà comunale (FSC) – istituito dall'art. 1, comma 380, lettera *b*), della l. n. 228 del 2012 – incrementandone la dotazione, attraverso risorse statali, in modo consistente e progressivo e, nel contempo, stabiliscono specifici vincoli di destinazione sulla relativa spesa, in funzione del raggiungimento di livelli essenziali delle prestazioni o, nell'attesa della definizione di questi ultimi, di obiettivi di servizio». Con riferimento, invece, alla quarta disposizione impugnata (art. 1, co. 564), afferma che questa «rideterminа, in considerazione delle nuove risorse, l'ammontare complessivo del FSC».

Definendo «farraginoso e sempre meno trasparente il funzionamento del FSC», la Corte ha evidenziato come al suo interno abbiano nel tempo «iniziato a comparire una nuova componente perequativa, che, da un lato, ha assunto carattere vincolato anche al finanziamento di LEP contemporaneamente indicati, ma, dall'altro, ha previsto, come sanzione del mancato impiego delle risorse per tale finalità, la mera restituzione delle stesse», sicché «all'interno del FSC e in aggiunta alla tradizionale perequazione ordinaria – strutturata, fin dalla sua istituzione, secondo i canoni del terzo comma dell'art. 119 Cost. e quindi senza alcun vincolo di destinazione – è stata, dunque, progressivamente introdotta, a partire dal 2021, una componente perequativa speciale, non più diretta a colmare le differenze di capacità fiscale, ma puntualmente vincolata a raggiungere livelli essenziali e obiettivi di servizio», senza che tuttavia fosse previsto alcun meccanismo di controllo simile a quello stabilito per i livelli essenziali in sanità (c.d. LEA). A differenza del meccanismo previsto nel caso del mancato rispetto della garanzia dei livelli essenziali di assistenza in sanità (commissariamento regionale)[7], in effetti, la violazione del vincolo imposto dalle norme impugnate non troverebbe alcun meccanismo di garanzia dell'effettivo raggiungimento. Il nuovo assetto normativo – ad avviso della Corte – avrebbe generato «all'interno dell'unico FSC storicamente esistente, un'ibridazione estranea al disegno costituzionale dell'autonomia finanziaria, il quale, a tutela dell'autonomia degli enti territoriali, mantiene necessariamente le due forme di perequazione».

Da tempo la giurisprudenza costituzionale ha evidenziato che «nel nuovo sistema, per il finanziamento delle normali funzioni di Regioni ed enti locali, lo Stato può erogare solo fondi senza vincoli specifici di destinazione, in particolare tramite il fondo perequativo di cui all'art. 119, terzo comma, della Costituzione»[8].

La Corte afferma che «nell'unico fondo perequativo relativo ai comuni e storicamente esistente ai sensi dell'art. 119, terzo

[7] F. Gallo, *Dal federalismo al regionalismo differenziato*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 5/2019, 8, dove fa riferimento all'art. 120, c. 2 Cost.

[8] C. cost., sent., n. 370/2003.

comma, Cost., non possono innestarsi componenti perequative riconducibili al quinto comma della medesima disposizione, che devono, invece, trovare distinta, apposita e trasparente collocazione in altri fondi a ciò dedicati, con tutte le conseguenti implicazioni, anche in termini di rispetto, quando necessario, degli ambiti di competenza regionali».

E, tuttavia, la Corte dichiara inammissibili tutte le questioni di legittimità costituzionale sollevate, adottando una sentenza monitoria in cui afferma che «il compito di adeguare il diritto vigente alla tutela costituzionale riconosciuta all'autonomia finanziaria comunale […] al contempo bilanciandola con la necessità di non regredire rispetto all' "imprescindibile" (sentenza n. 220 del 2021) processo di definizione e finanziamento dei LEP (la cui esigenza è stata più volte, come detto, rimarcata dalla Corte), non può che spettare al legislatore, dato il ventaglio delle soluzioni possibili»[9]. La Corte, nel richiamare il legislatore a «intervenire tempestivamente per superare, in particolare, una soluzione perequativa ibrida che non è coerente con il disegno costituzionale dell'autonomia finanziaria di cui all'art. 119 Cost.», afferma che sono molteplici le modalità con cui il legislatore può rimediare al contrasto di tali norme col divieto del vincolo di destinazione dei fondi (art. 119, co. 3 Cost.): «queste possono essere individuate dal legislatore senza compromettere quel percorso di definizione e di garanzia dei LEP sulla cui necessità, in più occasioni, la Corte ha insistito».

In effetti, per superare l'attuale modello di perequazione ibrida, il legislatore potrebbe distinguere tra un fondo perequativo per il finanziamento delle funzioni fondamentali e un fondo perequativo per il finanziamento delle altre funzioni: tale soluzione troverebbe fondamento proprio nei principi e criteri direttivi concernenti il coordinamento e l'autonomia di entrata e di spesa degli enti locali, dove si distingue tra un fondo perequativo per il finanziamento delle spese riconducibili alle funzioni fondamentali e di quelle relative ai «livelli essenziali delle prestazioni eventualmente da esse implicate» (l. n. 42 del 2009, art. 11, co. 1, lett. *b*) e un fondo perequativo per il finanziamento delle spese relative alle altre funzioni (l. n. 42 del 2009, art. 11, co. 1, lett. *c*).

La questione si intreccia con quella della definizione dei LEP. Già nella citata sentenza n. 220 del 2021 la Corte ha valutato negativamente «il perdurante ritardo dello Stato nel definire i LEP, i quali indicano la soglia di spesa costituzionalmente necessaria per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, nonché "il nucleo invalicabile di garanzie minime" per rendere effettivi tali diritti», evidenziando che i LEP «rappresentano un elemento imprescindibile per lo svolgimento leale e trasparente dei rapporti finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali», trattandosi di un «valido strumento per ridurre il contenzioso sulle regolazioni finanziarie fra enti». Il dovere di definire i LEP è stato peraltro considerato «particolarmente urgente anche in vista di un'equa ed

[9] Sull' «imprescindibile esigenza di salvaguardare i valori unitari e gli strumenti per la loro tutela» nell'affrontare il tema del regionalismo differenziato M.A. Sandulli, *Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato: i presidi non rinunciabili della solidarietà e i gravi rischi della competizione*, in *Corti supreme e salute*, fasc. 1/2020, 254; F. Gallo, *Dal federalismo al regionalismo differenziato*, in *Riv. Corte dei conti*, 2019, n. 5, 5-9; L. Vandelli, *Il regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, 4 settembre 2019, 580, «Sui livelli essenziali. Dobbiamo distinguere nettamente le diverse situazioni che caratterizzano i livelli essenziali. In qualche materia, i livelli essenziali sono vigenti; in altre, mancano completamente. Sui livelli essenziali esistenti, come è noto, il caso più evidente è proprio quello della sanità; mentre sui livelli essenziali mancanti – per fare un problematico esempio, in qualche modo adiacente alla sanità – ci riferiamo anzitutto ai servizi sociali».

efficiente allocazione delle risorse collegate al Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) (legge 1° luglio 2021, n. 101)»[10]. E la questione della loro definizione è altresì urgente nella prospettiva della realizzazione di una maggiore autonomia delle Regioni a Statuto ordinario nella forma dell'autonomia differenziata regionale[11], tanto che di recente è stato istituito un Comitato per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, da garantire su tutto il territorio nazionale[12].

L'urgenza di un intervento del legislatore per superare una «soluzione perequativa ibrida che non è coerente con il disegno costituzionale dell'autonomia finanziaria di cui all'art. 119, Cost.», i cui principi debbono trovare rispetto in ogni forma di maggiore autonomia regionale (art. 116, c. 3, Cost.), sembra andare ben al di là delle esigenze del rispetto del PNRR e della questione dell'autonomia differenziata, poiché indispensabile ai fini della garanzia effettiva dei diritti sociali attraverso la necessaria definizione dei LEP.

In tal senso il monito della Corte per una soluzione legislativa dell'attuale perequazione ibrida invita a fare chiarezza su quali risorse debba contenere il FSC, quale sia il fondo per i LEP e quello per le altre funzioni; una chiarezza che si riflette sulla garanzia del nucleo essenziale di quei diritti sociali che la Repubblica deve garantire (artt. 2, 3, 117, c. 2, lett. *m*, Cost.), a prescindere dalle questioni d'autonomia e di competenze, di finanziamento e di bilancio[13].

[10] C. cost., sent., n. 220/2021.

[11] Cfr. F. Gallo, *Dal federalismo al regionalismo differenziato*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 5/2019, 8, «Prima di dar corso ad intese sul regionalismo differenziato sarebbe, quantomeno, necessario, individuare con legge i livelli essenziali delle prestazioni (Lep e Lea) […] come si possono attribuire forme particolari e differenziate di autonomia se non si sa neppure cosa sono i livelli essenziali e se, in ogni caso, non sono stati determinati i relativi finanziamenti che lo Stato deve garantire?»; M.A. Sandulli, *Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato: i presidi non rinunciabili della solidarietà e i gravi rischi della competizione*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2020, 255, è nell'ottica «solidaristica e collaborativa, ad oggi scarsamente attuata, che deve muoversi il nuovo "regionalismo differenziato", per evitare il rischio che esso, in un sistema finanziariamente impreparato, aumenti le diseguaglianze nella garanzia di diritti primari, come quelli all'istruzione e, prima ancora, alla salute, con inevitabili conflitti istituzionali e conseguente complessivo indebolimento del Paese»; A. Giannola, L. Bianchi, *Valorizzare le autonomie e ridurre le diseguaglianze: un federalismo fiscale solidale per l'unità del Paese*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, n. 3-4/2019, 647-669. Sul tema del regionalismo differenziato si rinvia a B. Caravita di Toritto, *Un doppio binario per l'approvazione del regionalismo differenziato?*, in *federalismi.it*, n. 13/2019; E. Grosso, A. Poggi, *Il regionalismo differenziato: potenzialità e aspetti problematici*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 2/2018, 1-5; F. Pallante, *Nel merito del regionalismo differenziato: quali "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" per Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna?*, in *federalismi.it*, 20 marzo 2020, n. 6/2020; D. Mone, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale. La lettura dell'art. 116, comma 3 Cost., conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2019, 329-350; A. Cauduro, Di Maio, A. DI Majo, *Dalle aporie del decentramento regionale alla ricerca dello Stato perduto*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, fasc. 1, marzo 2021, 103 ss.

[12] Sulla composizione del Comitato e le relative modalità di lavoro si rinvia al sito del Dipartimento per gli Affari Regionali e le Autonomie della Presidenza del Consiglio dei Ministri: https://www.affariregionali.it/il-ministro/comunicati/2023/marzo/ministro-roberto-calderoli-annuncia-61-esperti- comitato-lep-al-lavoro-con-cabina-regia-per-individuare-e-garantire-diritti-di-tutti/ e https://www.affariregionali.it/il-ministro/comunicati/2023/maggio/autonomia-insediato-comitato-lep-calderoli-cede-timone-a-capitano-cassese-sfida-storica-da-affrontare-buon-lavoro-a-tutti/.

[13] La garanzia del nucleo essenziale dei diritti fondamentali non può essere compressa dai vincoli di bilancio, ma semmai «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione», così C. cost., sent., n. 275/2016; poi anche C. cost., sent., n. 62/2020.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2933 – 25 ottobre 2023

Il mobile confine tra legittimità e merito: rileggendo Eugenio Cannada-Bartoli*

Paola Chirulli

Sommario: 1. Legittimità e merito nel pensiero di Eugenio Cannada-Bartoli. – **2.** L'ampliamento della nozione di legittimità come presupposto per un sindacato pieno. – **3.** La relatività della distinzione tra legittimità e merito. – **4.** Alcune recenti evoluzioni. Qualche riflessione conclusiva.

1. Legittimità e merito nel pensiero di Eugenio Cannada-Bartoli.

Qualunque tentativo di indagare il controverso rapporto tra legittimità e merito, al fine di delimitare i poteri del giudice amministrativo, non può prescindere da una rilettura degli scritti di Eugenio Cannada-Bartoli.

Nella voce "Giustizia amministrativa" – che è quasi uno scritto monografico, conoscendo la sinteticità dell'A. – e che è opera della piena maturità, nella quale vengono ripresi e sviluppati temi approfonditi in una vita di studi, la distinzione tra legittimità e merito è il filo conduttore della trattazione[1]. Lì Cannada-Bartoli scrive che non vi è una separazione netta tra i due ambiti e che la distinzione si rivela un ostacolo solo apparente all'individuazione dell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo[2]. Essa ha un carattere storico e relativo, ossia è soggetta a continua revisione[3].

L'affermazione non è elusiva come potrebbe sembrare; vuole anzi sottolineare che non si è nel regno dell'incertezza o dell'indeterminatezza, bensì in quello dell'evoluzione, dell'affinamento progressivo. Ma anche della sensibilità alle circostanze del caso concreto e, aggiungo, di come nel tempo si atteggiano i rapporti tra poteri pubblici, a loro volta specchio del modo in cui essi rispondono alle attese della società, dunque, anche di come il giudice stesso vede il proprio ruolo.

[1] E. Cannada Bartoli, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, 1991, 508.

[2] Id., 561.

[3] Revisione da parte dell'interprete e "precipuamente dal giudice": così E. Cannada-Bartoli, *Di alcuni aspetti del diritto amministrativo*, *Studi in onore di G. Zingali*, 1965, II, 69.

Il giudice amministrativo svolge un compito fondamentale, poiché esso contribuisce quotidianamente alla revisione della distinzione tra legittimità e merito[4], alla sua definizione nel singolo caso concreto, e a una costante verifica critica dei propri limiti.

Gli insegnamenti del Maestro inducono anche a riflettere sul fatto che la distinzione tra legittimità e merito attiene da sempre al modo di esercizio del controllo giurisdizionale più che attingere al diritto sostanziale, nel quale emergerà tardi e con difficoltà[5]. Essa è in buona parte un portato storico del processo di formazione del nostro sistema di giustizia amministrativa, a cui si deve l'aver accentuato, in taluni momenti, la differenza tra legittimità e merito e in altri, l'averla ridotta. La stessa tipizzazione dei tre vizi di legittimità ha spesso condotto a una individuazione ristretta dell'ambito della legittimità, a vantaggio dell'estensione di quella del merito, lasciata indefinita.

E tuttavia, pur sfumata e mobile nel tempo, quella distinzione esiste, per il semplice fatto che la nostra costituzione la presuppone laddove definisce la giurisdizione di legittimità come generale, quella di merito come eccezionale. Inoltre, il controllo di legittimità non esaurisce le forme di sindacato giurisdizionale previste dall'ordinamento[6].

Quanto alla storicità, il quadro delle fonti sulla giustizia amministrativa si è arricchito rispetto a quello tenuto presente da E. Cannada-Bartoli, eppure molti suoi insegnamenti risultano attuali.

Il codice del processo amministrativo, all'art. 7, individua la giurisdizione di merito come un'"estensione" della giurisdizione del giudice amministrativo, che consente a quest'ultimo, nelle specifiche materie in cui ciò è previsto, di sostituirsi all'amministrazione.

La norma non aiuta, giacché, col riferirsi alla "sostituzione" e alla "cognizione", per certi versi dice troppo poco, per altri dice troppo.

Quanto all'uso del termine "sostituzione", conviene tornare allo scritto sulla giustizia amministrativa del Maestro, nel quale, riprendendo Chiovenda, egli osservava che, in realtà, l'intera attività giurisdizionale è sostituzione, e ciò che conta è "determinare quale sia la regola dell'attività altrui, che viene sostituita dal giudice[7]."

Se il termine sostituzione dice troppo, il termine "cognizione" sembra non dire abbastanza, perché porta a circoscrivere l'ambito del sindacato di legittimità, lasciando intendere che esso si caratterizzi per una cognizione più limitata rispetto alla giurisdizione di merito.

Ma, a ben vedere, così non è. Non tutte le questioni di cui il giudice può (e deve) conoscere, può anche decidere. L'azione di annullamento ne è un esempio emblematico: qui la cognizione segna il perimetro di ciò che il giudice può verificare e accertare, mentre la sentenza, pur basandosi su ciò che è stato accertato dal giudice, non sempre può spingersi a tradurre in regola positiva ciò che è stato conosciuto. E tuttavia, misurando i poteri di cognizione su

[4] Il ruolo determinante del giudice è, secondo l'A. una conseguenza del carattere non scritto dello stesso diritto amministrativo.

[5] A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. amm.*, 2008, 524. L'A. sottolineava come l'affiancamento del binomio legittimità-merito a quello sindacato di legittimità-sindacato di merito avesse portato a fare del merito una nozione non solo diversa da quella di legittimità, ma ad essa opposta, determinando la trasformazione della coppia in un binomio "a terzo escluso" e portando, di fatto, a una crisi e a una dissoluzione del concetto di merito.

[6] V. F. Francario, *L'incerto confine tra giurisdizione di legittimità e di merito*, in *www.giustiziainsieme.it*.

[7] E. Cannada-Bartoli, *Giustizia amministrativa*, cit., 544.

quelli di decisione, si corre il rischio di individuare una nozione molto restrittiva del sindacato di legittimità rispetto all'esercizio dei poteri discrezionali. Di qui, l'ambiguità dello stesso termine "sindacato".

2. L'ampliamento della nozione di legittimità come presupposto per un sindacato pieno.

È per l'ampliamento della cognizione sottesa al controllo di legittimità che, secondo Cannada-Bartoli, deve passare il processo evolutivo della giurisdizione amministrativa.

Centrale è, anzi, la nozione stessa di legittimità[8], che è riferimento essenziale, al contempo, per la definizione dell'interesse legittimo, inteso come interesse alla legittimità dell'attività amministrativa[9]. Per come la nozione si è sviluppata nell'arco dei decenni con il contributo della dottrina e della giurisprudenza, e soprattutto con le innovazioni apportate dalla costituzione, essa non si esaurisce nella mera legalità, ma si integra con l'applicazione dei principi di buona amministrazione, di logicità, ragionevolezza e di economicità: in sintesi, buon andamento e imparzialità[10]. Inoltre, da attributo del "buon provvedimento", essa è divenuta canone dell'intera attività amministrativa, e innanzitutto del suo incedere procedimentalizzato, ed è dunque flessibile parametro per il controllo giurisdizionale.

Ciò significa automaticamente rafforzare la posizione di interesse legittimo, connotandone ulteriormente le significative peculiarità, e valorizzando il suo intrecciarsi con processo di definizione dell'interesse pubblico concreto.

Per questo, accorciare la distanza tra legittimità e merito invocando la retorica del "bene della vita", e la logica della "spettanza", ossia tentando di equiparare gli interessi ai diritti, non si rivela tecnica promettente.

Secondo Cannada-Bartoli, la costituzionalizzazione (innovativa e non confermativa) delle due diverse forme di tutela – l'una legata ai diritti, l'altra agli interessi – si fonda su una diversità tra le due situazioni giuridiche, sul piano sostanziale prima ancora che processuale.

Sappiamo che la principale differenza sta tra la certezza e la mera probabilità del conseguimento di un bene[11] che la situazione assicura al suo titolare. Ed è un giudizio di probabilità quello che in molti casi il giudice amministrativo è chiamato a effettuare[12].

Così come il titolare dell'interesse, nemmeno il giudice ha la disponibilità di trasformare la probabilità di un bene in certezza[13].

---

[8] Id., *Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in *Foro it*., 1955, IV, 201 ss. Il tema è stato ripreso di recente nel lavoro monografico di A. Cioffi, *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, Padova, 2012.

[9] E. Cannada-Bartoli, *Interesse (dir. amm.)*, *Enc. Dir.*, XXII, 1972, 9: "Se l'art. 97, stabilendo i canoni dell'imparzialità e del buon andamento, costituisce la norma fondamentale dell'azione amministrativa, tale norma fonda, ad un tempo, la compiuta risoluzione dell'interesse pubblico nell'ordinamento e, mediante la nozione di legittimità, il contenuto dell'interesse legittimo, che non è possibile definire che in relazione all'interesse pubblico siffattamente risolto".

[10] Lo precisa A. Cioffi, *op. cit.*, 161, laddove, richiamando quella che definisce essere la grande intuizione della dogmatica classica, dice che "ragionevolezza, giustizia, imparzialità e buon andamento sono i principi della legittimità. Ma non sono esterni ad essa: "sono" la legittimità".

[11] E. Cannada-Bartoli, *Giustizia amministrativa*, cit., 560.

[12] Sulla non coincidenza dell'oggetto dell'interesse con il bene della vita, v. F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 410 ss.

[13] Su questo tema, v. le considerazioni di A. Romano Tassone, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 286 ss., laddove l'A. osservava come "la posizione del titolare di un interesse legittimo è dunque contrassegnata da una

In altre parole, non può sostituire la tutela dell'interesse alla probabilità di conseguire un bene con l'attribuzione di una certezza, tutte le volte che questa non possa ricavarsi dalle norme attributive del potere e dai principi che vi sono sottesi, nonché dai fatti e dalle risultanze dell'attività amministrativa istruttoria, ma richiede una nuova valutazione dell'amministrazione. Né può lo stesso ricorrente optare per la pretesa "maggiore" – quella cioè all'ottenimento di un provvedimento specifico satisfattivo – laddove ciò non sia consentito dalle norme processuali (perché non vi è una delle ipotesi in cui il giudice può sostituirsi nella produzione dell'effetto), o sostanziali (perché vi è un margine di discrezionalità da spendere non conformabile dal giudice).

Questo limite non è solo presente nei casi in cui il giudizio non può estendersi alla spettanza, ma anche in quelli della c.d. opinabilità, ancorché vi sia in gioco un interesse non di tipo pretensivo ma oppositivo. In questi casi il giudice si trova preclusa l'individuazione dell'interesse pubblico concreto e del correlato effetto giuridico, nonché la sua produzione, sia questo il rilascio di un provvedimento favorevole, ovvero l'eliminazione di uno sfavorevole e l'individuazione, attraverso il contenuto conformativo della sentenza, degli effetti da produrre in suo luogo. E ciò in quanto al giudice non viene demandata dall'ordinamento la decisione sul caso concreto, ma l'individuazione, sulla base del materiale probatorio, delle risultanze processuali e della normativa rilevante, dei criteri di "giustizia" per pervenire a una scelta legittima[14].

E tuttavia, è proprio questa natura "condizionata" dell'interesse legittimo a giustificare una tutela non soltanto di tipo negativo, ma anche e soprattutto di contenuto positivo, di tal che la probabilità non si trasforma in certezza ad opera del giudice, e tuttavia possiede un valore giuridico autonomo ed esce "accresciuta" dal giudizio[15].

Ed è, secondo il M., l'art. 97 della costituzione a fondare il potere conformativo del giudice, "che deve collegarsi alla domanda proponibile in giudizio per la tutela dell'interesse legittimo[16]", e che non è "*octroyé*"[17], ossia graziosamente concesso, ma dovuto, laddove possibile nel suo esercizio.

Sulla base di questa nozione, il cittadino ha diritto a una definizione dell'interesse pubblico concreto che si conformi ai principi della corretta azione amministrativa e della buona amministrazione intesa come valore giuridico[18]. Provvedimento legittimo è anche quello che tutela l'interesse privato coincidente con l'interesse pubblico e sappiamo che quella dialettica non è necessariamente di opposizione, anzi: l'atto illegittimo lede tanto l'interesse privato quanto l'interesse pubblico.

strutturale incertezza circa la soddisfazione finale dell'interesse di base" e come la possibilità attuativa dipenda dalla "predisposizione normativa di congegni limitativi e conformativi del potere". Di qui, il limite per il giudice "dell'impossibilità di supplire egli stesso alla mancata attivazione dei congegni sostanziali di tutela dell'interesse legittimo."

[14] In altre parole, al giudice viene attribuito il potere di decidere "non *arbitrio judicis*, ma *ratione judicii*" (E. Cannada-Bartoli, voce *Giustizia*, cit., 562), come recentemente rammentato da A. Scognamiglio, *Rileggendo la voce "interesse" di Cannada-Bartoli, qualche riflessione sul metodo*, in *Dir. amm.*, 2022, 986.

[15] E. Cannada-Bartoli, *Giustizia*, cit., 562.

[16] *Ibid.*, 560.

[17] Secondo una visione del giudice quale "padre spirituale dell'autorità amministrativa": E. Cannada-Bartoli, *op.loc.ult.cit.*

[18] E. Cannada-Bartoli, *Giustizia*, 532. Già F. Cammeo, nel *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., 315, aveva parlato del concetto equitativo del "buon amministratore". Per un recente tentativo di ricostruire una nozione giuridica di efficienza, riconducendola nell'ambito della buona amministrazione, D. Vese, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Padova, 2017.

Il ricorrente domanda la verifica dell'operato amministrativo ai principi di imparzialità e buon andamento, e chiede l'utilizzazione di una tecnica non basata su un criterio di verità né spesso su uno di certezza, ma su quello di probabilità. Nel fare ciò, il giudice può stabilire regole di diritto amministrativo[19], può individuare cioè qual è il modo corretto che l'amministrazione avrebbe dovuto seguire, sulla base dei criteri ricavabili dall'ordinamento, per giungere all'individuazione dell'interesse pubblico concreto nello specifico caso.

Se ne ricava una nozione evidentemente molto ampia di legittimità, e conseguentemente una concezione molto evoluta del controllo giurisdizionale[20].

3. La relatività della distinzione tra legittimità e merito.

Le indicazioni di E. Cannada-Bartoli offrono spunti per comprendere anche la relatività della distinzione tra legittimità e merito, che poco tollera la sussunzione in formule predeterminate. Si pensi all'affermazione, talora ancora diffusa, secondo la quale il controllo di legittimità implica un sindacato "debole" o "esterno", di tipo non sostitutivo, sulla discrezionalità, frutto di una semplificazione, che omette di tenere in considerazione il fatto che la discrezionalità non è mai uguale a se stessa, perché dipende dal modo in cui il suo esercizio è disciplinato, si è svolto in concreto, nonché dal tipo di interessi sui quali l'amministrazione è chiamata a intervenire.

I primi due punti esprimono la circostanza che la discrezionalità non è un fenomeno statico, ma è un processo dinamico, di cui la scelta rappresenta soltanto il fotogramma ultimo.

L'esercizio dell'attività discrezionale dipende innanzitutto dalla maggiore o minore complessità di ciascun procedimento nella disciplina specifica che esso riceve, ossia dall'articolazione della norma attributiva del potere. È innanzitutto nel riesame delle modalità di svolgimento del procedimento, e nel loro rapporto con la scelta finale adottata, che il giudice ha la possibilità di confrontarsi con i parametri di buon andamento e imparzialità, di verificare cioè il corso funzionale o disfunzionale dell'esercizio del potere.

Poi vi sono le vicende concrete della singola fattispecie, la scomposizione dei singoli passaggi logico-argomentativi, il riesame della c.d. attività conoscitiva svolta dall'amministrazione, sui quali ci ha illuminato il contributo di Bruno Tonoletti[21]. Qui il giudice ha la massima ampiezza di osservazione, di conoscenza e di apprezzamento dei fatti. E in molti casi, se questo esame è svolto accuratamente, si avrà già modo di sinda-

[19] Nella voce Processo amministrativo (considerazioni introduttive), *Nuov. Dig. It.*, 1966, vol. XIII, 1084, il M. sottolineava come una delle particolarità della materia fosse proprio l'apporto del giudice amministrativo, anche di legittimità, allo "stabilimento del diritto amministrativo". Scriveva: "La prova contemplata nell'art. 2697 c. Civ. presuppone la qualificazione normativa, formalmente posta (esterna, quasi) di un fatto produttivo di determinate conseguenze giuridiche. Il giudice amministrativo, invece, operando sulla base del principio costituzionale del buon andamento e dell'imparzialità, concorre a determinare, per integrazione di siffatto principio, regole di diritto amministrativo, epperò la qualifica di determinati fatti". Sulla giustizia amministrativa come "svolgimento del diritto amministrativo", o "diritto amministrativo nel suo svolgimento", v. E. Cannada-Bartoli, Vanum disputare de potestate: *riflessioni sul diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 155.

[20] Come sottolineato da A. Scognamiglio, *Rileggendo la voce "interesse"*, cit., 986.

[21] Nella sua relazione sul sindacato degli atti valutativi e di giudizio, in questo convegno.

care la scelta discrezionale nel suo farsi[22]. Sappiamo che il controllo di legittimità si è giovato del progressivo affinamento delle conoscenze tecniche relative anche all'organizzazione e all'attività amministrativa, e dei parametri di cui avvalersi in giudizio, sviluppando un potere di cognizione praticamente illimitato.

Non può del resto sottovalutarsi la questione della c.d. discrezionalità consumata, che si lega strettamente al rilievo che precede, e al cospetto della quale il giudice può spingere in là il limite dei suoi poteri decisori, perché non resta molto o niente di ancora aperto nella formula decisionale che l'amministrazione deve completare. Ciò può dipendere sia dal modo in cui le norme attributive del potere e la complessiva fattispecie del provvedere configurano il percorso decisionale, sia dalla presenza di scelte di predeterminazione già compiute. È quanto il codice del processo ha previsto all'art. 31, co. 3, nel caso dell'inerzia e dell'azione contro il silenzio, laddove ha stabilito che "Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione."

Vero è che vi sono "materie", nelle quali il peso della scelta soggettiva è più elevato che in altre, ed è sbilanciato rispetto a quello dell'istruttoria, ovvero l'amministrazione che è chiamata a compiere la scelta ha una posizione peculiare nell'ordinamento: concessione della cittadinanza, revoca del porto d'armi, aggiudicazione di appalti, trasferimenti militari, provvedimenti del Consiglio Superiore della Magistratura, vincoli storico-artistici, attività di pianificazione, provvedimenti di gestione dell'emergenza e del rischio, decisioni intrinsecamente politiche, come quelle sull'esercizio del *golden power*.

Qui la verifica "critica" dei propri limiti di sindacato si fa più delicata per il giudice, soprattutto quando sono in gioco valutazioni comparative, decisioni pervase da politicità, o attribuite a organi dotati di una peculiare posizione costituzionale[23]: per dirla con Cammeo, sarà più difficile isolare la "volontà" dall'"intelligenza" delle questioni oggetto del decidere[24].

Ma anche in questi casi, non possono semplicisticamente individuarsi campi preclusi. Non esistono questioni in astratto, o sempre non decidibili[25]. Il grado di sostituibilità non è individuabile *ex ante*, o affidabile a formule precostituite[26].

[22] Sul punto, sia consentito un rinvio a P. Chirulli, *Provvedimenti precauzionali in materia di sicurezza del territorio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Quaderni della Riv. giur. ed.*, 2014, 102 ss.

[23] V. però ad es. Cons. Stato, Sez. VII, 19 aprile 2023, n. 3990, in materia di attribuzione di un incarico di Procuratore Generale di corte d'appello.

[24] F. Cammeo, *Commentario*, cit., 134.

[25] V. E. Cannada-Bartoli, *Giustizia amministrativa*, cit., 562: "Si può ammettere e, deriva, anzi, dalle premesse che non in ogni caso la questione sulla giustizia nell'amministrazione sia decidibile; si esclude che sia sempre non decidibile."

[26] Ricorre in alcune recenti pronunce la seguente affermazione: "La differenza tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito, infatti, riposa nel fatto che, nel giudizio di legittimità, il giudice agisce "in seconda battuta", verificando, nei limiti delle censure dedotte, se le valutazioni effettuate dall'organo competente sono viziate da eccesso di potere per manifesta irragionevolezza o da travisamento dei fatti, vale a dire se le stesse, pur opinabili, esulano dal perimetro della plausibilità, mentre, nel giudizio di merito, il giudice agisce "in prima battuta", sostituendosi all'Amministrazione ed effettuando direttamente e nuovamente le valutazioni a questa spettanti, con la possibilità, non contemplata dall'ordinamento, se non per le eccezionali e limitatissime ipotesi di giurisdizione con cognizione estesa al merito di cui all'art. 134 c.p.a., di sostituire la propria valutazione alla valutazione dell'Amministrazione anche nell'ipotesi in cui quest'ultima, sebbene opinabile, sia plausibile": v. ad es. Cons.

Allo stesso modo, non esistono questioni sempre decidibili da parte del giudice, sol perché la particolare materia richiede uno standard di tutela delle situazioni soggettive particolarmente elevato: il riferimento ai provvedimenti sanzionatori delle amministrazioni indipendenti lo rende particolarmente evidente. Qui mi sembra valere la medesima regola: in taluni, non rari casi, si potrà arrivare a un sindacato "sostitutivo", perché le condizioni del caso specifico lo consentono, ma non può dirsi che il sindacato possa e debba essere sempre e del tutto sostitutivo[27]. La narrativa della *full jurisdiction* non è a mio avviso del tutto convincente, né risolutiva: che il nostro giudice, anche e soprattutto nei giudizi in materia di sanzioni pecuniarie di tipo afflittivo, sia dotato di una giurisdizione piena (e in parte anche di merito) non mi sembra dubitabile. Ma da ciò, e dalle stesse sentenze che spesso vengono citate, non si ricava che un sindacato pieno sul fatto o sul diritto – così come richiesto dalla CEDU – significhi sostituzione della decisione nel caso concreto, ossia quell'estensione massima del sindacato che identifica l'ambito della giurisdizione di merito. La stessa Corte di Giustizia, nell'escludere di incontrare limiti che le impediscano il sindacato della discrezionalità, in materia di sanzioni antitrust continua a distinguere tra *full jurisdiction* e *unlimited jurisdiction*, la prima riguarda la pienezza della giurisdizione, la seconda attiene alla sola possibilità di modificare il *quantum* della sanzione[28]. Alla possibilità di sostituire sempre anche l'esito dell'accertamento sull'*an* della sanzione[29] mi sembra che allo stato ostino il combinato disposto dell'art. 134, lett. c) e dell'art. 34, co.1, lett. d), c.p.a., nonché l'art. 7 d. lgs. n. 3/2017[30], per come interpretati dalla giurisprudenza prevalente, e sul punto sarebbe necessario un intervento del legislatore.

In secondo luogo, neppure la tesi pretoria secondo la quale il giudice può sempre vagliare la maggior attendibilità tra le tesi prospettate dalle parti[31] sembra cogliere interamente nel segno, giacché la sua praticabilità è subordinata almeno a due presupposti: richiede innanzitutto che il ricorrente prospetti una soluzione, un metodo, un criterio decisionale alternativo che sia argomentato e che si presti a essere paragonato a quello utilizzato dall'amministrazione, e apprezzato dal giudice, anche attraverso verificazioni o consulenze tecniche[32]. Occorre poi che, quand'anche sia così, ne discenda in ogni caso una regola per il decidere, che il giudice sia in grado di apprezzare nella sua oggettività e nella sua maggior conformità ai canoni della corretta

Stato, Sez. VII, 3 aprile 2023, n. 3409.

[27] Sia consentito un rinvio, anche per opportuni richiami bibliografici e giurisprudenziali, a P. Chirulli, *Provvedimenti sanzionatori antitrust e sindacato giurisdizionale: è davvero tempo di una svolta?*, *in* Scritti per F.G. Scoca, Napoli, 2020, vol. I, 781.

[28] Si veda la sentenza *Schindler Holding Ltd c. Commissione*, caso C-501/11 (ECLI:EU:C:2013:522), e ancor più il par. 38 delle conclusioni dell'A.G. Kokott sul caso ECLI:EU:C:2013:248.

[29] Ipotizzato da ultimo da F. Goisis, *Il concetto di* full jurisdiction *nel sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte Europea di Giustizia. Recenti conferme e sviluppi*, in *www.giustiziainsieme.it*.

[30] È la norma, invero molto contestata, con cui, in materia di private enforcement antitrust, il legislatore ha previsto l'efficacia vincolante delle decisioni antitrust ai fini del giudizio sul risarcimento, precisando inoltre che "Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima."

[31] La tesi è stata formulata dalla nota sentenza Cons. Stato, sez. VI, n. 4990 del 15 luglio 2019, in materia di sanzioni antitrust.

[32] A tal fine, non può farsi affidamento a mio avviso sul metodo acquisitivo dell'istruttoria nel processo amministrativo.

amministrazione. Da ciò discende la possibilità di estendere al merito il contenuto del comando giudiziale, oppure di limitarlo a un annullamento implicante una nuova valutazione, sia pure essa un'applicazione della tecnica valutata come maggiormente attendibile dal giudice.

Proprio perché il sindacato si lega a un fenomeno dinamico, la sua estensione non è misurabile e valutabile *ex ante*, ma *ex post*.

4. Alcune recenti evoluzioni. Qualche riflessione conclusiva.

Non mancano casi in cui la giurisprudenza e la stessa legislazione hanno ipotizzato un effetto sostitutivo pieno, che consenta di attribuire al ricorrente l'agognato bene della vita, anche in casi in cui non vi sarebbe una sola scelta possibile, e si tratta di giudizio opinabile, ovvero a discrezionalità c.d. "non consumata".

Qui la storicità e la relatività della distinzione tra legittimità e merito emergono in tutta la loro evidenza e intercettano l'opera del giudice che esplora criticamente ed empiricamente i propri limiti[33]. Basta evocare l'invenzione giurisprudenziale del *one shot* c.d. temperato, creata per rafforzare la portata dell'effetto preclusivo delle statuizioni giudiziali, e utilizzata (pure raramente), per arrivare a un effetto sostitutivo pieno da parte del giudice.

Vi sono, poi, anche norme che oggi espressamente sembrano garantire il "diritto incondizionato al bene della vita", sancendo la consumazione del potere di valutazione dell'amministrazione a fronte di interessi legittimi pretensivi e introducendo delle preclusioni assolute al riesercizio del potere in senso sfavorevole al ricorrente. Il legislatore l'ha recepita estremizzandola con la riforma dell'art. 10-*bis* l. proc., che ha introdotto la regola del *one- shot* assoluto, sia pure subordinandola, espressamente o implicitamente, a una serie di condizioni. Nonostante l'apparente assolutezza della previsione, la giurisprudenza ne sta facendo un'applicazione piuttosto limitata, poiché in molti casi l'effetto preclusivo è impedito dalla portata ancora aperta della regola conformativa, ovvero in presenza di una discrezionalità non consumata, ancora disponibile per l'amministrazione[34].

È certamente vero che il codice del processo amministrativo ha previsto il potere del giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della domanda in caso di silenzio, di condannare all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione dedotta in giudizio. È inoltre caduto il limite della salvezza degli ulteriori provvedimenti, sostituito da quello, ritenuto più blando, del divieto di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati.

Sono indicazioni che spingono verso l'utilizzazione da parte del giudice di tutti i poteri di cognizione e di decisione che sono nella sua disponibilità. Su questi temi – pur a fronte di una disciplina processuale differente – aveva ragionato diversi anni fa Eugenio Cannada-Bartoli, commentando la sentenza del Consiglio di Stato anticipatrice della dottrina del c.d. *one shot*[35], e tornando

[33] V. la relazione di F. Francario, cit.

[34] Si vedano, *ex multis*, *Aspetti processuali dell'assorbimento dei motivi* e *Dubbi sull'assorbimento*, in *Giur. it.*, 1996, risp. 838 e 161.

[35] Cons. Stato, V sez., 6 febbraio 1999, n. 134, in cui, al fine di distinguere le parti di provvedimento su cui poteva pronunciarsi il giudice dell'ottemperanza, e quelle che invece andavano separatamente impugnate, il Supremo Consesso individuava un punto di equilibrio tra il diritto del cittadino alla rapida

a uno dei suoi temi più cari, il giudizio di ottemperanza e il suo rapporto con il giudicato[36], e completando altre riflessioni sulla necessità di sfruttare appieno tutte le possibilità decisorie e in particolare di evitare il ricorso alla tecnica dell'assorbimento dei motivi, ritenuto dallo studioso un'omissione di pronuncia[37].

L'A. dubitava che la fonte della preclusione ad addurre nel nuovo provvedimento di diniego motivazioni non in precedenza considerate fosse la sentenza del giudice, e non piuttosto una regola sostanziale che impone all'amministrazione di esaminare sempre l'affare nella sua interezza prima di provvedere, raccogliendo alcune suggestioni dottrinali e anticipando così riflessioni sui temperamenti al principio dell'inesauribilità del potere[38].

Il discorso ci porterebbe troppo lontano dal tema che ci occupa.

In conclusione, tra la massima utilizzazione dei poteri cognitori e decisori e l'esercizio di un'attività interamente sostitutiva continua a non esservi piena equivalenza e la giurisdizione "estesa al merito" implica qualcosa in più[39].

Più che espressione di un anacronistico attaccamento al principio della separazione dei poteri, dal quale potrebbe al più ricavarsi una "preferenza" di amministrazione[40], tale conclusione appare la più compatibile con un'interpretazione delle norme sul processo amministrativo conforme al testo costituzionale.

Il merito, così come residualmente circoscritto, e di volta in volta individuato, continua a sfuggire ai poteri decisori del giudice tutte le volte che non è esercizio di giurisdizione, e se questi si spingesse a individuare l'assetto definitivo degli interessi, completando egli stesso la fattispecie aperta discrezionale, senza che ciò fosse argomentabile alla luce delle norme e dei principi, lo farebbe utilizzando regole e strumenti – in altre parole, poteri – che non gli appartengono[41].

---

definizione dell'affare dopo un giudicato d'accoglimento e la giustificata aspettativa del potere pubblico di esercitare la propria discrezionalità anche sugli aspetti del rapporto controverso prima non esaminati, e precisava che l'amministrazione, dopo un annullamento giurisdizionale debba riesaminare la vicenda "con un'attenzione tutta particolare. Non deve apparire negativamente prevenuta nei confronti dei privati che hanno dovuto rivolgersi al giudice; e dunque non deve esporli alla prospettiva di una pluralità di altri giudizi ulteriori. Né deve ingombrare per troppe volte, rispetto al medesimo rapporto, gli uffici giudiziari. Risultati, questi, che possono realizzarsi richiedendosi all'amministrazione – dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o a facoltà di provvedere di nuovo – di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni he ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati."

[36] Specialità del giudizio di ottemperanza, in *Giur. it*., 1999, 2414, poi confluito negli scritti in onore di Elio Casetta.

[37] Per indicazioni dottrinali e giurisprudenziali, e per un commento critico della disposizione, può vedersi il contributo di P. Chirulli e S. Tuccillo, *Il preavviso di rigetto*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, IV ed., in corso di stampa.

[38] Riferendosi – è dato presumere – alla monografia di M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, e suggerendo che, appunto, possano individuarsi delle preclusioni sostanziali alla riedizione del potere. Il tema è stato ripreso e sviluppato da M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018, 206 ss

[39] Si richiama sul punto quanto argomentato da A. Romano Tassone, Sulle vicende, cit., 545, il quale non vedeva contrapposizione tra sindacato di legittimità e di merito, ma una di continuità, di evoluzione, e affermava come sembrasse necessario "impostare il discorso sulla base (quanto meno) di una scansione triadica, nella quale i principali tipi di riscontro positivamente effettuabili nei confronti delle decisioni pubbliche sono ordinati secondo una scala crescente, vuoi di intensità e penetrazione del controllo, vuoi di soggettività della valutazione a tal fine compiuta."

[40] Id., *op. ult.* cit., 536.

[41] Scriveva in merito già F. Cammeo, in tutt'altro contesto costituzionale (Commentario, cit., 316): "Se il giudizio di opportunità rimane sempre identico nella sostanza, quale che ne sia la forma, se cioè costituisce sempre funzione amministrativa, l'ordinarlo con metodo giurisdizionale non è aggiungere nessuna garanzia, che proceda da impulsi e da considerazioni nuove, ma moltiplicare istanze di uguale tipo. E la moltiplicazione delle istanze, quando nulla aggiunge di veramente migliore, è spesso inutile. Può esser utile solo in quanto la revisione presenti garanzie di imparzialità per la indipendenza del giudice improprio, che la compie. Ma questa indipendenza la quale non

Per questo motivo, nei rari casi in cui il giudice amministrativo, pur nell'intento di offrire una tutela satisfattiva al privato, ha chiuso il cerchio dell'elusione, pronunciandosi in luogo dell'amministrazione, e ha riempito egli stesso gli spazi di una discrezionalità non esaurita sostituendosi a giudizi opinabili e soggettivi, privi di un ancoraggio oggettivo e di una motivazione giuridica, esso – in una inedita interpretazione del proprio ruolo – ha esercitato una funzione non solo giurisdizionale, ma anche punitiva e sanzionatoria, ossia più propriamente amministrativa[42].

Può concludersi, allora, che nell'accezione dinamica e relativa che si è tratteggiata, il "merito" non sia sempre precluso al giudice amministrativo, purché questi rimanga nei limiti compatibili con la natura giurisdizionale dell'attività svolta, ricordando, per dirla ancora una volta col Maestro, che "il merito è stato distinto dalla legittimità… non perché "merito", ma perché amministrativo, dell'autorità amministrativa[43]".

è dannosa nei giudizi in materia di diritto, nella quale il giudice è vincolato precisamente alla legge, è un pericolo grave nei giudizi di opportunità, dove questo vincolo preciso e, per quanto intimo, controllabile manca. Perché indipendenza significa irresponsabilità: e quindi con lo spostamento di competenze meramente amministrative, che viene a verificarsi in questi casi, l'amministrazione tende a ridursi in mani irresponsabili."

[42] Il riferimento è alla nota Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, che ha condannato l'amministrazione al rilascio di un'abilitazione scientifica nazionale che troppe volte era stata negata in sede di riedizione del potere successivamente a sentenze di annullamento, affermando che "La consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile "frattura" del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri. In presenza di una evenienza siffatta, resta precluso all'amministrazione di potere tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati." Sulle perplessità che una siffatta ipotesi di consumazione della discrezionalità solleva, si v. i condivisibili rilievi di S. Vaccari, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1216.

[43] E. Cannada-Bartoli, *Giustizia amministrativa*, cit., 561.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2832 – 5 luglio 2023

Discrezionalità tecnica e rarità di un dipinto di Giorgio Morandi. Osservazioni sul sindacato di legittimità e sul problema dei concetti giuridici indeterminati

(nota a Cons. St., sez. VI, 9 maggio 2023 n. 4686)

Alessandro Cioffi

Sommario: 1. Introduzione: la novità della sentenza. – **2.** La valutazione della rarità nei due gradi del giudizio. – **3.** Osservazioni sul sindacato e sui punti di novità. – **4.** Il sindacato di legittimità e la sua estensione. – **5.** Il problema della sostituzione.

1. Introduzione: la novità della sentenza.

La sentenza in esame riguarda la discrezionalità tecnica in materia di beni culturali, nel caso di un'autorizzazione alla libera circolazione del bene. È interessante perché entra nel vivo della valutazione tecnica, la rarità di un dipinto di Morandi. Il Consiglio di Stato valuta la rarità con il criterio della "specifica" e maggiore attendibilità scientifica. Si inscrive così in quell'orientamento recente, che mette l'accento sulla attendibilità prevalente.

La sentenza è interessante anche per un altro aspetto: considera non solo la parte del fatto ma anche quella del diritto. In "linea di diritto", dice la sentenza, l'interesse culturale è nella norma giuridica, nell'art. 68 del Codice dei beni culturali, e la sua "importanza" è nella considerazione della norma stessa.

Infine, la sentenza ridefinisce i criteri del sindacato sulla discrezionalità tecnica. Viene fuori così il problema del limite e della sostituzione nel merito; su questo punto la sentenza individua un limite inedito, tentando la risoluzione dello storico problema.

Si delinea così una sentenza che offre una gamma di principi. E, riteniamo, qual-

cosa di diverso nel modo di sentire e di rappresentare il sindacato di legittimità sulla discrezionalità tecnica[1]. Questo modo, in fondo, riflette l'idea stessa della giurisdizione e dei suoi limiti. Corrisponde a un grande e noto dibattito, anche nella dottrina contemporanea, specie per un suo profilo, l'alternativa tra sindacato debole e sindacato forte, quando vi sia un concetto giuridico indeterminato. Conviene dunque studiare il caso, che già fa emergere tutto il problema. Infine, si potrà fare un'osservazione sull'idea di legittimità, quando in essa entri un concetto, e un interesse, indeterminato.

2. La valutazione della rarità nei due gradi di giudizio.

Si tratta dell'opera *Fiori,* di Giorgio Morandi, dipinto a olio del 1943, proveniente dalla collezione Plaza di Caracas e poi giunto a Milano e appartenente a un soggetto privato. Il proprietario chiede l'autorizzazione alla libera circolazione del bene e il Ministero adotta un provvedimento di diniego. TAR Lombardia, sez. III, Milano, 20 aprile 2022 n. 880 annulla il diniego, mentre la sentenza in esame accoglie l'appello dell'amministrazione e conferma la legittimità del diniego.

Tutto il punto è sul giudizio di valore: l'interesse culturale e la sua importanza. Nella valutazione tecnica, l'importanza si traduce in rarità e qualità dell'opera.

Nel particolare, il provvedimento nega l'autorizzazione alla circolazione ai sensi dell'art. 68 del decr. lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, che rinvia ad un decreto ministeriale. La norma dell'art. 68 prevede che l'amministrazione possa autorizzare o negare la libera circolazione "con motivato giudizio", accertando "se le cose presentate, in relazione alla loro natura o al contesto storico-culturale di cui fanno parte, presentano interesse artistico … a termini dell'articolo 10. Nel compiere tale valutazione gli uffici di esportazione si attengono a indirizzi di carattere generale stabiliti con decreto del Ministro".

Gli indirizzi sono adottati con D.M. 6 dicembre 2017, n. 537, "Indirizzi di carattere generale per la valutazione del rilascio o del rifiuto dell'attestato di libera circolazione da parte degli uffici esportazione delle cose di interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico".

Il decreto ministeriale enuncia sei criteri di valutazione, che permettono di desumere "l'importanza" dell'interesse culturale. In questo caso, l'Ufficio dei beni culturali ne utilizza quattro:

1. qualità artistica dell'opera;
2. rarità in senso qualitativo e/o quantitativo;
3. rilevanza della rappresentazione;
4. testimonianza particolarmente significativa per la storia del collezionismo.

Di conseguenza, l'Amministrazione ritiene che *Fiori* del 1943 sia un'opera rara, di rilevante rappresentazione, una testimo-

[1] La letteratura sulla discrezionalità tecnica è immensa e quindi conviene limitarsi ai soli riferimenti pertinenti al ragionamento svolto nel testo ed ivi citati. In ogni caso, un quadro ricostruttivo completo si può leggere in P. Lazzara, *Discrezionalità tecnica,* in *Dig. Disc. pubbl.*, vol. aggiornamento, IV, 146 ss.; F. Cintioli, *Discrezionalità tecnica (dir. amm.),* in *Enc. dir.,* vol. aggiornamento, II, 471 ss. Sul punto specifico affrontato dalla sentenza, in materia di discrezionalità tecnica e interesse culturale v. A. Moliterni, *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021, spec. 159 ss., nella parte dedicata ai vincoli storico-artistici (a cura di M. Bray); G. Tropea, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: "relazione pericolosa" o "attrazione fatale",* in *Dir. proc. amm.*, 2021, 714; P.L. Portaluri, *Amara Sicilia e bella. Iudicis ad memoriam Livatini,* in questa *Rivista*, maggio 2021; A. Rota, *La tutela dei beni culturali tra tecnica e discrezionalità*, Padova, 2002.

nianza significativa per la storia del collezionismo. Per questi motivi adotta il diniego.

Il Tar annulla il diniego per vizio della motivazione. Ritiene la motivazione inadeguata, perché mostra una decisione che non ha osservato il criterio della rarità, in senso qualitativo e in senso quantitativo.

È dimostrato dal ricorrente, dice la sentenza, che Morandi ha dipinto i *Fiori* più volte e che vi sono **"**moltissimi dipinti simili", in collezioni pubbliche o in contesti privati vincolati; precisamente: "*Rose (Fiori)*, *1917*, Collezione Gianni Mattioli e ora in presso la Collezione Peggy Guggenheim di Venezia; *Fiori*, 1918, conservato alla Pinacoteca di Brera a Milano e lascito di Vitali; *Fiori* 1924, *Fiori* 1950 e *Fiori* 1958, presso il Museo di Bologna; *Rose secche* (*Fiori*), 1940, *Fiori* 1941 e *Fiori* 1952, conservati presso la Casa Museo Boschi di Stefano a Milano; *Fiori* 1940, *Fiori* 1943, *Vaso di fiori* 1947, *Fiori* (*Vaso di fiori*) 1950 e *Fiori (Vaso di fiori*) 1951, mantenuti presso la Fondazione di studi di storia dell'arte Roberto Longhi a Firenze; *Fiori* 1952 esposto al MART - Museo d'Arte Moderna e Contemporanea di Trento e Rovereto; *Fiori* 1946 e *Fiori* 1957, parte della Collezione Enos e Alberto Ferri, in deposito in comodato Gratuito al Museo di Bologna; *Fiori* 1954 della Collezione Cerruti di Torino; *Fiori* 1940 e *Fiori* 1962 conservati presso il Museo d'Arte Moderna Mario Rimoldi a Cortina d'Ampezzo" .

Esistono, dunque, "quasi venti opere, tutte col medesimo soggetto, conservate in pubbliche collezioni, di cui sette con datazione simile a quella per cui è causa".

Dunque, secondo il Tar, non è dimostrata la rarità del dipinto. Non c'è, in particolare, quella "*rilevanza*" o "*diversità"* del dipinto in esame rispetto alle restanti opere similari già tutelate, come invero richiesto negli indirizzi ministeriali". D'altro canto, secondo il Tar, la motivazione del diniego enfatizza altri aspetti: la circostanza che si tratti di "fiori naturali anziché secchi", la presenza dei Topinambur nella composizione del vaso, la firma dell'autore e la data 1943; ma questi elementi, per il Tar, non denotano alcuna rarità o "*diversità*"; al più, potrebbero denotare la qualità artistica dell'opera", cioè soddisfare il primo criterio (l'elemento n. 1 dei criteri del D.M. citato), ma, conclude il Tar, per disposizione del decreto ministeriale, la qualità non può mai essere l'unico criterio di prevalenza e quindi anche in questo caso la valutazione sarebbe illegittima.

In appello questa valutazione si rovescia. Per il Consiglio di Stato, la premessa è in "linea di diritto: la dichiarazione dell'interesse culturale «accerta la sussistenza, nella cosa che ne forma oggetto» dell'«interesse particolarmente importante» (combinato disposto degli articoli 10, comma 3, *lett.* a) e art. 68 del Codice)".

L'importanza dell'interesse, dunque, si desume dal decreto ministeriale e dai suoi criteri, ma cambia la lettura. Mentre il Tar riteneva che quei criteri non siano osservati, perché le quasi venti opere sui *Fiori* possono dimostrare che non c'è rarità qualitativa del dipinto, secondo il Consiglio di Stato questo giudizio è in contrasto con i "limiti del sindacato" di legittimità e con le "risultanze degli atti".

La sentenza del Consiglio di Stato ribadisce che il caso è in tema di "discrezionalità tecnico- valutativa" e richiama le note distinzioni con la discrezionalità amministrativa[2].

[2] Secondo la sentenza, la valutazione dei fatti complessi riguarda la discrezionalità tecnica, che è "differente dalla discrezionalità amministrativa, che implica "ponderazione di interessi diversi e non previamente selezionati dalle norme". In particolare, la discrezionalità tecnica è oggetto di "particolari competenze ed è vagliata dal giudice con riguardo a una "specifica «attendibilità»

Nel caso in esame, dice il Consiglio di Stato, "l'interesse culturale dell'opera viene preso in considerazione dalla norma attributiva del potere non nella dimensione oggettiva di fatto storico, accertabile in via diretta dal giudice, bensì di fatto «mediato» affidato alla valutazione dell'Amministrazione. Ne consegue che il giudice non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Amministrazione". (4.2).

Il giudice deve di regola verificare se "l'opzione prescelta dall'amministrazione rientri nella gamma delle risposte plausibili e convincenti alla luce delle scienze. È possibile, dunque, che l'interessato possa "contestare il nucleo intimo dell'apprezzamento complesso", ma ha "l'onere di dimostrare che il giudizio di valore espresso dall'Amministrazione sia scientificamente inaccettabile" (4.3).

Infine, per la prova, quando si confrontano "opinioni divergenti, tutte parimenti argomentabili", il giudice deve dare "prevalenza alla posizione espressa dall'organo istituzionalmente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisione collettive, rispetto alla posizione <<individuale>> dell'interessato".

La Sezione applica dunque questi principi al caso di specie (par. 5). Così, i motivi accolti dal Tar, i motivi di non rarità, si "scontrano con la sola opinabilità delle valutazioni ministeriali e non possono dirsi scientificamente inaccettabili". Sono "diverse valutazioni di merito" e quelle ministeriali non sembrano meno pregevoli, anzi.

La sentenza passa così alla valutazione specifica della rarità (par. 6). Ritiene che la relazione storico-artistica, assunta a motivazione del provvedimento impugnato, spieghi e dimostri la rarità. Nel particolare, "*Morandi, 1943*", è indicazione di un momento storico particolare e rivela il fatto inedito che l'Autore intendeva reagire alle brutture della guerra con un'espressione originale, non ripetitiva delle altre nature morte sui i fiori secchi, ma con una creazione diversa, ritraendo i *Topinambur*, fiori rari in botanica. Così si dimostra la rarità dell'opera e, quindi, la sua importanza storica e stilistica.

3. Osservazioni sul sindacato e sui punti di novità.

Si svolgono alcune osservazioni su questo tipo di sindacato, per punti.

a. La questione della rarità costituisce il nucleo interno dell'apprezzamento, è la valutazione stessa. Resta il velo della discrezionalità tecnica, richiamata nel testo della sentenza, ma l'essenziale è che il sindacato verifica la valutazione nella sua attendibilità scientifica. Si concentra su precisi elementi: la rarità, la data del 1943, i Topinambur, inediti in botanica e nella produzione di Morandi, dunque, non la ripetizione ma il modo diverso e infinito di vedere la stessa cosa, i *Fiori*, con un diverso metodo stilistico; tutti motivi che designano la rarità qualitativa, e, per giunta, la differenza tra rarità qualitativa e qualità. Insomma, una diversa espressione artistica del Morandi del 1943, da cui un'attendibilità che è "specifica" e maggiore. Prevale.

In tutti i punti visti sopra, si delinea un sindacato che verte sul merito della valutazione tecnica. È un sindacato forte. Apre due problemi, la prova e la sostituzione.

b. È forte, questo sindacato, anche nella distribuzione della prova: esige che la

tecnico-scientifica".

inattendibilità scientifica della opinione dell'amministrazione sia dimostrata dal ricorrente, con una attendibilità maggiore e prevalente; e, in mancanza, davanti a opinioni parimenti argomentabili, presume che l'attendibilità che prevale sia quella dell'amministrazione. Questo perché, secondo la sentenza, l'amministrazione è il soggetto "istituzionale", chiamato dall'ordinamento, "in forme democratiche", a esprimere la valutazione[3].

c. Infine, il sindacato di legittimità. Nella sentenza si dice che il giudizio riguarda il presupposto del potere, per come è rappresentato nella norma attributiva del potere, ovvero l'interesse culturale e la sua importanza. La sua valutazione è alla stregua dell'art. 68 del Codice e del decreto ministeriale.

Il che è dire che l'interesse e la sua importanza, il grado più o il grado meno del merito, come direbbe Cammeo, sono entrati nella legge. Il merito vi entra sotto forma di importanza dell'interesse.

In questo caso, il passaggio è agevole perché la stessa norma dell'art. 68 prevede "l'importanza" dell'interesse e rimanda il suo apprezzamento a un decreto ministeriale. Ma, oltre questo caso – la sentenza parla di un Codice di "settore" – vi può essere un principio?

Non a caso, nella parte in diritto la motivazione della sentenza esordisce stabilendo che l'importanza dell'interesse è anzitutto in "linea di diritto", nella premessa maggiore, nella considerazione della norma. Senz'altro si può dire, rispettando la logica della sentenza, che la considerazione dell'interesse non è solo nel merito amministrativo.

4. Il sindacato di legittimità e la sua estensione.

Questa apertura della sentenza fa sentire che nel sindacato di legittimità sulla discrezionalità tecnica vi sia la prospettiva dell'interesse e del suo valore. Sembra la zona meno esplorata e più interessante. Si svolgono qui alcune osservazioni, che riflettono il pensiero di scrive e l'intento di dare alcuni spunti.

Come indicato dalla sentenza, il punto di partenza è il diritto e non solo il fatto complesso. Da tempo, si va considerando l'estensione del sindacato al fatto complesso, nel senso che la valutazione tecnica sul fatto è ritenuta parte integrante del fatto stesso. Ma, per la sentenza, prima viene il diritto e poi il fatto complesso. È un'inversione di metodo notevole, che rievoca, così sembra al lettore, quel passo della sentenza Baccarini, quando *la tecnica è inserita nella struttura della norma giuridica…* [4].

Qui si potrebbe determinare l'estensione del sindacato, e anche il suo limite.

[3] Ci si chiede: se un'opinione prevalente non è raggiungibile, è possibile ragionare presumendo che sia prevalente l'opinione dell'Amministrazione, solo perché è istituzionale, per posizione data?

La domanda si pone, è chiaro, non per la posizione assunta nella sentenza, ma perché la sentenza stessa spinge il sindacato più in là, e nella scienza, e quindi ha bisogno di nuove definizioni della prova. Una prima risposta si può trovare leggendo la dottrina, che da sempre, e di più negli ultimi tempi, afferma il principio di effettività della tutela, come principio adatto a risolvere anche la questione dell'onere della prova. In questa luce potrebbero sciogliersi i problemi della presunzione, in senso logico e in senso relativo, senza posizioni a priori. Sulla questione, per esempio, cfr. D. Granara, *Sindacato pieno della discrezionalità tecnica e principio di effettività della tutela giurisdizionale: dialogo tra le Corti*, in *www.Giustizia amministrativa*, sito istituzionale, anno 2021. La questione è ripresa nelle conclusioni.

[4] Cfr. il risalto del passo in M. Delsignore, I*l sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato,* in *Dir. proc. amm.*, 2000, 185 ss., 198.

Intanto, in estensione, si può fare un'osservazione in più: se l'interesse entra "dentro la struttura della norma giuridica", la conseguenza non è marginale e, aggiungiamo, non è solo nell'art. 68. Difatti, l'interesse è anche in tutte le altre norme attributive del potere amministrativo, e, in generale, è nel principio stesso di legittimità amministrativa, se si rilegge l'art. 1 della legge n. 241 del 1990 come principio che impone di perseguire i "fini determinati dalla legge". È una legittimità funzionale e finalistica[5].

Per completare, sul lato del diritto, si osserva che l'amministrazione contemporanea, che è amministrazione della scienza e della tecnica, non vive isolata e ha un suo ordinamento, che resta ordinamento giuridico, a partire dal principio di legittimità funzionale e a finire nelle norme tecniche e nelle norme interne[6].

Una risposta – e un passo avanti – può dunque venire dalla legittimità funzionale. Il passo avanti è già visibile nel caso in esame, nel metodo di giudizio messo in pratica: come detto dal giudice, "l'importanza dell'interesse" è anzitutto nella legge, nella stessa norma dell'art. 68 del codice dei beni culturali, anche se, in questo caso, la volontà della norma non predetermina un assetto degli interessi e lo affida all'amministrazione. Eppure, qui il giudice non si ritrae e fa un passo in più rispetto agli orientamenti precedenti[7]. Questi orientamenti poggiavano la soluzione su una distinzione teorica che ha due ipotesi opposte: la norma assume il concetto indeterminato, ma impone un assetto preferenziale degli interessi e quindi il sindacato è possibile; la norma lascia il concetto indeterminato e non delinea un assetto preferenziale e quindi, almeno per una parte della dottrina, che riprende una parte della giurisprudenza, il sindacato non è possibile, perché equivarrebbe a sostituzione nel merito[8].

Sul piano della teoria delle norme, si tratterebbe di una "rarefazione deduttiva"[9], o, meglio, di una "potenza espressiva delle norme" non ben sviluppata e forse troppo debole[10]; dunque, in teoria, davanti al concetto giuridico che lasci indeterminato l'interesse prevalente, il sindacato forte o si ferma o va avanti, ma qui si espone ai pericoli della sostituzione nel merito.

---

[5] Alb. Romano (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2022, spec. 179-180, nel collegamento funzionale visibile tra art. 10 del codice dei beni culturali e principio di legalità ai sensi dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990.

[6] L'idea della incorporazione della norma tecnica nell'ordinamento giuridico è di P. Lazzara, *Discrezionalità tecnica* … cit., 156 ss. L'idea che la norma interna possa assumere una sua rilevanza giuridica oltre il limite interno, nell'ordinamento generale, è efficacemente argomentata nelle dottrine contemporanee: cfr. F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti. Spunti per definire un modello teorico-concettuale generale applicabile anche alle reti, ai social e all'intelligenza artificiale*, Napoli, 2020; M. Roversi Monaco, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Milano, 2020. Per uno sviluppo ulteriore di queste teorie, v. G. Bottino, *Norme interne e discrezionalità della pubblica amministrazione*, *Il dir. dell'economia*, n. 1 /2023, 273 ss.; A. Cioffi, *La norma interna nell'ordinamento giuridico, ibidem,* 287 ss. Infine, di recente, su scienza, tecnica e diritto, v. G. Tropea, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico,* Napoli, 2023.

[7] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019 n. 1321; Cons. St., sez. VI, 19 luglio 2019 n. 4990; Cons. St., Sez. III, Ordinanza 11 dicembre 2020 n. 7097.

[8] Per questa distinzione cfr. A. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*…, cit., 358-360.

[9] Cfr. S. Cognetti, *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminatezza della norma,* in *www. Giustizia amministrativa, sito istituzionale,* anno 2020, 1 ss., 13.

[10] Così E. Cannada Bartoli, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. Disc. pubbl.,* VII, 3 ss., 41: nel pensiero di Spaventa, il termine giurisdizione era assunto in due significati: "l'uno forte, riferibile al giudice civile o a quello penale; l'altro debole, riferito alla norme che, se non hanno raggiunto una «potenza di espressione giuridica da servire di base a veri e propri giudizi di un'autorità indipendente dall'amministrazione, possono bastare al sindacato che questa deve esercitare gli atti dei suoi organi, e questa è anche giurisdizione»".

Nella sentenza in esame il giudice non si ferma, svolge il sindacato di legittimità, pur se in questo caso il concetto giuridico, l'interesse, resta indeterminato.

Si tratta, a parere di chi scrive, di un progresso del sindacato di legittimità e della tutela giurisdizionale. Potrebbe riflettere non solo la norma dell'art. 68, ma il carattere funzionale della legittimità stessa, ove si ritenga che l'interesse e il suo valore siano insiti nella legittimità cui la tecnica soggiace, secondo la teoria autorevole di Ledda[11], che forse ha ispirato la sentenza Baccarini e gran parte della dottrina contemporanea[12], e che, aggiungiamo, si riflette oggi nell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 e nel principio di legittimità funzionale.

5. Il problema della sostituzione.

A questo punto, in un sindacato che tende a estendersi al merito della valutazione tecnica, che ne è del limite e della sostituzione, nel punto specifico, e inedito, affrontato dalla sentenza?

Su questo punto, per una sensazione di chi legge la sentenza, la preoccupazione del limite si vede nel seguente passo della motivazione (par. 4.1): "Sebbene sia stata oramai definitivamente accantonata l'opinione tradizionale che escludeva si potesse riconnettere alla sentenza del giudice amministrativo l'effetto di imporre una disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino "sostitutiva" della disciplina dettata dall'atto annullato, resta il fatto che non sempre il contenuto ordinatorio della sentenza di accoglimento consente una definizione della fattispecie".

Dunque, resta il limite del merito amministrativo e della sostituzione, ma si apre una possibilità di "definizione" della fattispecie. Pone un interrogativo: non è forse vero che, in fondo, il Consiglio di Stato entra nel giudizio di valore della rarità, come aveva fatto il Tar, solo che rovescia la questione e ritiene che gli indici di valore denotino rarità e che l'amministrazione abbia ragionato bene?

Il che serve a porre il vero interrogativo di fondo: un sindacato forte è possibile – e non viola il limite- solo nel caso in cui l'appello confermi la legittimità del provvedimento amministrativo, come in questo caso, o il sindacato forte è possibile anche nel caso inverso, in cui l'appello annulli il provvedimento ammnistrativo, sostituendo il suo giudizio, e il suo motivo giuridico, a quello dell'amministrazione? E questo è possibile quando il concetto sia indeterminato al punto che la norma non detta un assetto preferenziale, un interesse prevalente?

La risposta resta aperta. Seguendo e sviluppando la soluzione della sentenza, in teoria, si può dire che nel primo caso, in cui vi è conferma della legittimità del provvedimento amministrativo e conferma che l'amministrazione è attendibile, il sindacato può essere forte[13] e, invece, nel secon-

[11] Cfr. F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica,* in *Dir. proc. amm.,* 1983, 371 ss.

[12] Per esempio, v. M. Delsignore, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm*., 2000, 185 ss., 198; P. Lazzara, *«Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive,* in *Dir. proc. amm*., 2000, 212 ss.

[13] "Forte", nelle dottrine contemporanee, significa che il sindacato ha ad oggetto la valutazione stessa e fa uso di massime non di esperienza comune ma di leggi scientifiche- v. M. Del Signore, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche* … cit., 200-201 e, di recente, fra i numerosi contributi in materia, A. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale,* in *Dir. proc. amm*., 2021, 335 ss.; A. Moliterni,

do caso, illegittimità del provvedimento e amministrazione inattendibile, il problema resta aperto. Dipende molto dal concetto indeterminato, se lasci o meno trasparire un interesse prevalente, come visto sopra; e dipende dal giudice stesso, perché, è chiaro, il rischio è che nel secondo caso la valutazione la faccia il giudice. Quindi, aggiungendo qualcosa al dictum della sentenza, la soluzione, almeno per una parte della dottrina, potrebbe essere quella di mantenere, nel solo caso della illegittimità- inattendibilità, un sindacato senza indicazioni, senza soluzioni finali[14].

In definitiva, senza prendere una posizione, nel caso del concetto indeterminato, si delinea un sindacato *double face,* ora forte e ora debole, a seconda della legittimità o della illegittimità del provvedimento amministrativo, e a seconda del concetto d'interesse insito nella norma, determinato o indeterminato. Nella sentenza, in questo secondo caso, il sindacato di legittimità è possibile.

Quella della sentenza è dunque una risposta coraggiosa e pragmatica[15]. Tutta la soluzione, così definita, si può esporre alle note obiezioni teoriche che la dottrina solleva, e, solo per accennare alle difficoltà maggiori, ricordiamo la gamma dei problemi: resta il problema del giudicato debole dopo l'annullamento[16]; il sindacato debole sulla inattendibilità, sotto il velo ineccepibile del suo aspetto logico-formale, può nascondere gravi errori di valutazione tecnica[17]; infine, il limite dà adito al problema, più ampio, della giustizia negata[18]. Problemi, questi, di ordinamento, visibili nel noto triangolo che si forma tra legge, giudice e amministrazione, immagine di una relazione quasi insolubile a priori, se non prendendo posizione per uno di quegli angoli[19].

E allora, anche nel caso del concetto indeterminato che non indichi un interesse prevalente, si può dire, considerando l'esperienza storica, che molto, quasi tutto, è nell'idea stessa di giurisdizione, nell'idea che la giurisdizione di legittimità ha di sé stessa e dei suoi limiti, secondo la sensibilità del giudice, secondo la sua cultura giuridica. Dunque, si pone una domanda finale: se in origine tutto era nell'idea che la Sezione IV ebbe di sé stessa e dei suoi limiti verso la Sezione V, e in fondo nella positiva idea di sintesi di legittimità e giustizia, che già era visibile nei principi dell'ordinamento[20], non si può risolvere allo stesso modo la questione contemporanea della tecnica e del concetto giuridico indeterminato?

Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-scientifiche e l'instabile confine tra amministrare e giudicare, in *Dir. proc. amm.,* 2021, 398 ss.

[14] A. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica …* cit., 359.

[15] Però, a completare la soluzione, e a ripresa di un altro punto della sentenza sulla prova, pensiamo che si dovrebbe evitare ogni rischio di collateralità istituzionale, evitando che la prova della inattendibilità sia orientata dal giudice creando una presunzione a favore della amministrazione, per una sua posizione istituzionale, data a priori, sciogliendo invece la prova in una situazione alla pari e non precostituita V. nota 2.

[16] Cfr. F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa,* Torino, 2020, 106-110; 613 ss.; M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo,* Napoli, 2018, 80 ss.

[17] Così F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica,* in *Dir. proc. amm.,* 1983, 371 ss., 422.

[18] Per tutti v. F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro*, in *Giustiziainsieme*, 11 novembre 2020; Id., *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *Federalismi*, 2020 e Id., *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia spa*, *ibidem*, 2022; nonché M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020,* in *Giustizia Insieme,* 30 novembre 2020.

[19] Cfr. S. Cognetti, *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminatezza della norma …* cit., 4.

[20] Così E. Cannada Bartoli, *Giustizia amministrativa…* cit., 16 e 41-65.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2986– 14 dicembre 2023

Le scelte eticamente sensibili. Limiti e obblighi della pubblica amministrazione tra diritti e interessi legittimi fondamentali*

Gianpiero Paolo Cirillo

Sommario: 1. Premessa. – **2.** Dai «diritti pubblici soggettivi» agli «interessi legittimi fondamentali». – **3.** Libertà e diritti fondamentali. – **4.** La teorica di Jellinek. – **5.** Le conseguenze processuali delle teoriche dei diritti fondamentali. – **6.** Le scelte eticamente sensibili come espressione di diritti o libertà fondamentali. – **7.** La giurisprudenza amministrativa in materia di diritti fondamentali. – **8.** Poteri, limiti e responsabilità del personale sanitario. – **9.** La responsabilità della pubblica amministrazione nella materia sanitaria. – **10.** Interessi legittimi fondamentali a carattere economico. – **11.** Il fronte sovranazionale e internazionale. – **12.** Il diritto sanitario durante la pandemia e il PNRR.

1. Premessa.

Il tema delle "scelte eticamente sensibili", riguardato dall'ottica della pubblica amministrazione che comunque è chiamata ad avallarle o semplicemente consentirle, impone una più ampia riflessione per comprendere la natura della posizione giuridica riconosciuta al privato che ne rivendichi l'esercizio. Esso, dunque, riveste interesse e si presenta di sicura attualità non solo per la modernità e sensibilità del relativo contenuto, ma anche e ancor prima, per il suo impatto su categorie dogmatiche che animano la dottrina da epoca risalente. Ci si trova di fronte alla possibilità di verificare la portata sostanziale di categorie concettuali di nuova configurazione, e in particolare se vi siano reali contenuti nuovi o si tratti di meri neologismi destinati a rimanere relegati nella sfera dell'involucro definitorio. Tanto più che, come è stato insegnato (Rescigno), il diritto soggettivo e l'interesse legittimo sono delle categorie storiche utilizzate dai giuristi per indicare situazioni soggettive dai contenuti più diversi.

Da qui l'esigenza, prima di entrare nel merito dello stesso, di riferire del dibattito assai risalente sul tema, laddove sia capace di illuminare qualsivoglia considerazione attuale sulla materia. Si allude, in partico-

* Relazione tenuta a Ravello il 27 e 28 ottobre 2023 nell'ambito del Primo convegno della Giustizia Amministrativa, organizzato dal Consiglio di Stato, dal titolo "Protezione, garanzie e tutele in una società fluida, globalizzata e multilivello. Principi, diritti e interessi fondamentali." Sono in corso di pubblicazione gli atti relativi.

lare, alla dizione "interessi legittimi fondamentali", che, in quanto declinazione dei diritti fondamentali – quelli nel cui ambito si collocano le scelte eticamente sensibili – in relazione alla controparte pubblica, rappresentano il punto di approdo più evoluto dei precedenti "diritti pubblici soggettivi".

Ringrazio pertanto gli organizzatori di questo importante convegno che mi offre l'opportunità di condividere queste brevi riflessioni che, partendo dall'origine storica del problema, approdano a contesti di assoluta modernità, oggetto di dibattito, religioso, sociale, culturale e politico, prima ancora che giuridico.

2. Dai «diritti pubblici soggettivi» agli «interessi legittimi fondamentali».

La posizione dominante della dottrina settecentesca (influenzata dal pensiero giusnaturalista) era che le libertà fossero dei diritti innati dell'individuo, che lo Stato non farebbe altro che riconoscere. L'affermazione della derivazione naturale quanto meno dei principi fondamentali dell'ordinamento, che immagina norme universali, di per sé chiare ed evidenti, che precederebbero quelle positive e alle quali queste ultime dovrebbero conformarsi, sta alla base della nascita degli Stati settecenteschi. Con il superamento del fondamento innatistico delle libertà, queste seguitarono tuttavia ad essere inquadrate tra i diritti, e l'endiadi «diritti civili e politici» dell'individuo fu anche accolta dai legislatori. Il passaggio dallo stato assoluto allo stato di diritto ha comportato, come tutti sanno, che la persona fisica da suddito diviene cittadino, che, in quanto tale, ha dei diritti, tra i quali in primo luogo quelli politici e le libertà civili. Per descriverli, i teorici dei diritti pubblici soggettivi utilizzarono il modulo privatistico diritto-dovere: da un lato posero un diritto, dall'altro un dovere di astensione del pubblico potere (Giannini).

Quando la pandettistica pubblicistica tedesca iniziò la revisione della dogmatica del diritto pubblico anch'essa accettò la costruzione delle libertà come diritti pubblici soggettivi, rispetto ai quali lo Stato aveva solo l'obbligo di astensione. Tale costruzione non resse al vaglio della dottrina successiva, che teneva conto del diritto positivo.

Dal punto di vista filosofico, il positivismo giuridico immagina che tutto il diritto sia di origine statale o comunque positiva. L'autorità politica ha facoltà normative indipendenti da ogni ordinamento di diversa natura, sia naturale sia religiosa. Per essa i diritti assoluti in tanto sono validi in quanto tali *erga omnes, e non solo* nei confronti dello Stato. Inoltre, il titolare del dovere era portatore di interessi propri il cui esercizio portava a limitare gli interessi del titolare del diritto assoluto. Tali interessi propri sono talmente tutelati dalla norma da conferire all'obbligato vere e proprie potestà. Sicché il dovere di astensione appare più come limite alla potestà che come situazione soggettiva propria, tanto più che il bene della vita oggetto dell'interesse protetto come diritto di libertà non è facilmente individuabile, come invece negli altri diritti assoluti (Giannini). Di qui i tentativi di apportare correttivi alla costruzione proposta, tra i quali va ricordata la teoria dei «diritti riflessi», in base alla quale i diritti di libertà sarebbero da considerare dei diritti nascenti dalle limitazioni, assunti come obbligo delle potestà pubbliche.

La massima espressione del neopositivismo giuridico è ravvisata nell'opera di Kelsen e della sua scuola. Kelsen e la sua scuola abbandonarono la costruzione pandettistica e introdussero, a caratterizzare le

libertà, l'elemento "garanzia". L'analisi delle varie libertà mostra che esse o sono delle semplici facoltà che spaziano nel campo del meramente lecito, oppure dei diritti soggettivi non diversi dagli altri. La loro vera sostanza risiede nelle garanzie costituzionali che sovrintendono alla loro istituzione, per cui le norme del legislatore ordinario in contrasto con le norme di garanzia possono essere rimosse dal giudice investito del sindacato di costituzionalità di norme primarie. In questo modo la teorica delle libertà veniva completamente separata da quella dei diritti pubblici soggettivi e anzi da qualunque situazione giuridica di vantaggio attribuita dalla norma al privato. La norma costituzionale di garanzia, così come investe posizioni civilistiche del privato (la famiglia, i figli illegittimi), così può investire situazioni soggettive attive di vantaggio, quali diritti o interessi legittimi; viceversa può non investire situazioni soggettive anche molto importanti, come quella degli enti esponenziali di ordinamenti derivati, delle cosiddette società intermedie e simili (Giannini).

3. Libertà e diritti fondamentali.

La dogmatica delle libertà nel loro variegato atteggiarsi e dei diritti fondamentali ha da sempre dato adito a dibattiti che alla fine non hanno consentito di trovare loro un soddisfacente assetto. Troppo spesso la si è confusa, da un lato, con la teoria generale delle situazioni soggettive, dall'altro, con le posizioni fondamentali del soggetto privato nell'ordinamento giuridico generale che ha una realtà storicizzabile e non già astratta (Giannini).

Dunque, come ha ritenuto l'autorevolissima dottrina sinora citata e da cui è tratto questo breve resoconto e che continua in questo e nel paragrafo successivo, la realtà è molto più complessa, in quanto le situazioni soggettive del privato possono presentarsi alla pubblica amministrazione così come sono configurate dal diritto privato e quindi l'amministrazione pubblica può essere parte del rapporto e agire secondo il diritto comune. Parimenti, si può porre come autorità e quindi amministrare situazioni soggettive, beni, rapporti giuridici: in questo caso la situazione del soggetto privato rimane ancora regolata dal diritto privato.

Esistono tuttavia situazioni di diritto soggettivo che sono regolate da norme di diritto pubblico: si pensi, ad esempio, ai diritti di stato giuridico o ai diritti patrimoniali dei titolari degli uffici pubblici. Così ancora i diritti a prestazioni amministrative, dove le norme possono configurare come interessi legittimi le situazioni soggettive del privato in ordine a prestazioni dell'amministrazione, ma possono anche configurarle come diritti soggettivi (si pensi all'assistenza sanitaria ed ospedaliera, alle prestazioni postali e telefoniche, ai trasporti pubblici e così via).

Altra categoria del medesimo gruppo è costituita dai diritti che derivano dalla posizione giuridica di *civis*: diritti politici in primo luogo (elettorato attivo ed elettorato passivo); quei diritti che si denominano civici, in quanto il cittadino tra i benefici ragione della sua appartenenza ad un determinato "gruppo" dei consociati legati ad un ambito territoriale, quale il Comune, o addirittura una sua frazione e così via (si pensi al diritto di uso dei beni collettivi, come strade, lido del mare, acque pubbliche, pascoli comunali, con riferimento ai quali è stata teorizzata la categoria del "bene comune", che supera le tradizionali categorizzazioni giuridiche legate al solo assetto proprietario per valorizzare quello funzionale e solidaristico/partecipativo). Tutte queste

situazioni soggettive di diritto sono attribuite da norme di diritto pubblico e non presentano alcuna omogeneità.

Va anche detto che in questa materia il concetto di "privato" ha un senso convenzionale, ossia comprensivo del cittadino persona fisica e, in certi casi, dello straniero e dell'apolide, della persona giuridica privata, dell'ente pubblico in quanto assoggettato allo Stato, e persino dello Stato in quanto assoggettato ad un ente pubblico.

4. La teorica di Jellinek.

La teorizzazione dei diritti pubblici soggettivi fu dominata dalla grandiosa opera di Georg Jellinek, che, ancora nell'800 ebbe l'intuizione giuridica di individuare quattro status del cittadino: *subjectionis*, *libertatis*, *civitatis* e *activae civitatis*. La dottrina successiva non fece altro che aderire o respingere o tentare di correggere il sistema del grande studioso tedesco, senza considerare che la costruzione indicata fu più un'opera politica che giuridica e fu un tentativo di portare la realtà dello Stato moderno in un sistema di definiti rapporti giuridici entro i quali cittadini trovassero precisi ambiti del proprio agire.

Non è casuale che il punto debole di questa costruzione fosse costituito proprio dallo *status libertatis*, che non è affatto omogeneo con gli altri e che non si concreta in diritti soggettivi, se non in modi del tutto particolari.

Infatti, i diritti positivi possono configurare in modi diversi le libertà civili.

I modi più importanti di configurazione sono tre: la libertà come oggetto di norma meramente enunciativa di un principio, come interesse legittimo garantito costituzionalmente e come oggetto di un «diritto fondamentale» dell'individuo (Giannini).

Nel primo caso, la dichiarazione che riconosce una libertà, come tutte le norme che enunciano un principio, serve all'interpretazione e all'applicazione di altre norme e vale come direttiva nelle costituzioni flessibili o come precetto in quelle rigide per il legislatore. Nel secondo dei tre modi le libertà non sono diritti soggettivi, anche se norme costituzionali così le denominano. Basti pensare alla costituzione di Weimar piena di tanti diritti di libertà e di clausole generali, utilizzate anche dal regime nazista. Tuttavia, la formula più onesta si trova nell'articolo 28 dello statuto Albertino dove si recita: «la stampa è libera ma la legge ne determina gli abusi». Orbene tutte le libertà interessi legittimi sono riconducibili ad un sistema siffatto. Da un lato vi sono le manifestazioni fondamentali della personalità dell'individuo e dall'altro le potestà pubbliche che agiscono sollecitate da interessi pubblici.

La situazione soggettiva del privato è di interesse legittimo di fronte ad una potestà, tutelato giurisdizionalmente secondo gli istituti generali del sistema positivo. Tuttavia, esso è garantito costituzionalmente, e in questo differisce dagli interessi legittimi che potrebbero dirsi ordinari. Orbene a questi ben si addice la denominazione di interessi legittimi fondamentali.

La garanzia consiste nel fatto che la potestà pubblica disciplinata dalla norma giuridica primaria e consiste in una «riserva di legge» in ordine all'attribuzione della misura della potestà. In ogni caso trattasi di comuni rapporti potestà-interesse legittimo. In qualche costituzione la libertà può essere rafforzata ma nella nostra non esiste uno strumento giuridico specifico nel caso di una sua violazione. Va ricordato che lo statuto Albertino, che pure regolava le libertà civili, è rimasto in vigore per un intero secolo, mentre le leggi disciplinatrici sono

più volte cambiate, raggiungendo punte di sostanziale illibertà nel periodo fascista.

La giurisprudenza ha cominciato a ritenere le leggi disciplinatrici illegali e ha favorito l'evolvere verso il terzo modo, in cui la libertà diviene oggetto di un diritto soggettivo assoluto, classificabile nei diritti della personalità. L'adozione di costituzioni rigide con il perfezionamento del sindacato di costituzionalità delle norme accrescono la tutela delle situazioni giuridiche soggettive del privato. Esse vengono oramai denominate «diritti fondamentali» dell'individuo e sono assoluti non solo nei confronti dei pubblici poteri ma di qualunque soggetto giuridico.

Nelle costituzioni moderne si trovano giustapposte delle enunciative del primo del secondo e del terzo modo. Ad esempio, buona parte dei cosiddetti «diritti sociali» danno luogo ad enunciative del primo e del secondo modo. Il secondo modo è quello correttamente usato quando si vogliano garantire istituti giuridici più complessi di una mera situazione soggettiva, si pensi alla famiglia alla proprietà a talune prestazioni di protezione sociale (Giannini).

I termini della relazione tra diritti fondamentali e potere amministrativo, all'indomani della seconda guerra mondiale, vanno letti all'interno del paradigma dello Stato sociale di diritto, ossia di un ordinamento che riconosce, accanto ai diritti di libertà classici, i diritti della persona e i diritti sociali, la cui piena attuazione deriva non solo da un atteggiamento negativo, ma anche da un approccio positivo, ossia da un comportamento in grado di soddisfare la pretesa avanzata dal singolo. Questo è l'effetto dello Stato pluriclasse, dove le classi sociali subalterne reclamano diritti e chiedono servizi alla P.A.

La relazione che si instaura è tra la posizione giuridica del cittadino e lo specchio del moltiplicarsi di interessi che l'amministrazione assume su di sé. Quindi non solo una relazione che vede potere e diritto escludersi a vicenda, dove c'è potere non c'è diritto e viceversa, ma al contrario posizione che vengono accumularsi nella misura in cui il potere amministrativo assume il senso pieno della funzione, quindi dove c'è potere c'è diritto (Tarantino).

5. Le conseguenze processuali delle teoriche dei diritti fondamentali.

Quando erano conosciuti e studiati soltanto i diritti di libertà classici, la relazione tra poteri amministrativi e diritto era descritta secondo le formule della degradazione del diritto e dell'indegradabilità dei diritti fondamentali. Il risvolto processuale era che tutte le volte in cui la posizione azionata fosse qualificabile in termini di diritto fondamentale vi era giurisdizione del giudice ordinario, il che comportava una negazione in radice della presenza di un potere amministrativo.

La pretesa dell'automatica prevalenza del diritto fondamentale sul potere amministrativo porterebbe il primo a sterilizzare automaticamente il secondo, anche quando quest'ultimo ha il compito di comporre una relazione tra diritti dello stesso rango; evenienza quest'ultima che risulta immanente all'interno di un sistema che non poggia su risorse economiche illimitate. Di qui la tendenza ad una scomposizione del diritto fondamentale in due distinte componenti: una difensiva e una pretensiva. Solo la prima è sottratta a qualsivoglia logica di bilanciamento rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione (Tarantino).

Per contro, l'assenza di una gerarchia tra i diritti fondamentali consente di superare

l'impostazione secondo la quale i diritti in questione godono di una situazione di intangibilità da parte del potere amministrativo. La componente difensiva afferisce ad un nucleo essenziale del diritto sottratto alla disponibilità del legislatore come ribadito nella sentenza n. 146/1988 della Corte costituzionale.

Più di recente, il giudice costituzionale ha affermato anche che la concezione soggettiva del processo delinea «la giurisdizione amministrativa, nelle controversie tra amministrati e pubblico potere, [come] primariamente rivolta alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e solo mediatamente al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, legalità che pertanto può e deve essere processualmente perseguita entro e non oltre il perimetro dato dalle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini» (Corte cost., sent. n. 271 del 2019). Alla luce di tale evoluzione è l'interesse alla mera legittimità dell'azione amministrativa diventato in certo qual modo un interesse occasionalmente protetto in sede di tutela dell'interesse legittimo, cioè protetto di riflesso in sede di tutela della situazione di interesse legittimo, come affermato dal presidente del Consiglio di Stato, Patroni Griffi, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2021 (Scoditti).

Rispetto all'epoca di elaborazione della tesi dell'indegradabilità, il quadro della giustizia amministrativa è dunque radicalmente mutato ed è ormai "pronto" a rendersi protagonista di interventi di tutela dei diritti fondamentali. Alla base delle pronunce della Cassazione che in particolare a far data dalla fine degli anni ottanta avevano negato in tali ambiti alcun margine di giurisdizione del giudice amministrativo, vi era la concezione oggettiva del processo amministrativo limitata all'esclusivo sindacato sull'atto, connotato anche dalla limitatezza dei mezzi probatori di accesso al fatto – tesi peraltro ancora di recente ribadita, ma non per questo necessariamente da condividere, da Cass., Sez. U., sent. n. 23436 del 2022.

Essa ha avuto il merito storico per lunghi decenni di dare una risposta a bisogni di tutela che non trovavano adeguata soddisfazione nel vecchio regime degli interessi occasionalmente protetti dalla giurisdizione amministrativa di legittimità. A fronte, tuttavia, della riconosciuta estensione della conoscenza al fatto posto a fondamento della scelta dell'autorità amministrativa, consentita dalle potenzialità probatorie presenti nella nuova configurazione del giudizio amministrativo, non può più negarsi una cognizione piena del rapporto, per cui il processo non costituisce più soltanto uno strumento di garanzia della legalità dell'azione amministrativa, ma ben potendo rappresentare una giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali (Tarantino).

6. Le scelte eticamente sensibili come espressione di diritti o libertà fondamentali.

Le considerazioni da ultimo riportate già anticipano le conclusioni cui si intende addivenire. Ossia, la nozione di interesse legittimo fondamentale altro non è che la declinazione terminologica dei diritti fondamentali con riferimento ai quali il giudice amministrativo è chiamato a valutare la forbice di scostamento tollerabile, in una logica di bilanciamento tra valori egualmente tutelati dalla Costituzione, rispetto al nucleo intangibile tutelato dalla stessa.

Le scelte "eticamente" sensibili, d'altro canto, rappresentano a loro volta soltanto l'esercizio di diritti sicuramente riconducibili a tale soglia di rilevanza, in quanto atten-

gono comunque alla personalità dell'individuo, in termini di dignità, identità sessuale, diritto a divenire genitore e così via. Lo stesso avverbio "eticamente", a connotarne la sensibilità, richiama infatti un concetto di valore che ove semplicemente correlato al sotteso contesto socio- culturale si presenta necessariamente fluttuante, e soprattutto tipicamente soggettivo. Esso risente, cioè, necessariamente, dell'angolo visuale dal quale viene riguardato, rendendo il dibattito inevitabilmente scivoloso verso una china morale, appunto, ovvero religiosa, che inevitabilmente rischia di condizionare la decisione dei giudici, ma non incide, o quanto meno non dovrebbe farlo, sulle categorie concettuali di riferimento.

La conflittualità ideologica ha influito sulle discussioni giuridiche.

A partire dal caso Englaro, la sentenza della Cassazione, n. 21748 del 2007, che, pur criticata in quanto "creativa" e manipolatrice, è considerata alla base della sopravvenuta legge n. 219 del 2017. Essa ha disciplinato a distanza di anni il tema della relazione di cura fra medico e paziente; nonché quello delle dichiarazioni anticipate di trattamento, ponendo al centro della disciplina la tutela della dignità, dell'autodeterminazione e del consenso che la sentenza aveva valorizzato. Questo rende di immediata percezione la "sensibilità" delle scelte del privato e, a valle delle stesse, la possibilità dell'ordinamento di assecondarle, ovvero quanto meno di non ostacolarle.

Il tema del diritto a fine vita, peraltro, che tipicamente si colloca nell'ambito di tali tematiche, può essere riguardato anche dall'angolazione diametralmente opposta, pure ampiamente dibattuta proprio in concomitanza della stesura delle presenti note (si pensi, ad esempio, al caso della neonata inglese Indy Gregory, che un ospedale italiano si era offerto di accogliere, il cui trasferimento è stato negato ai genitori che ne facevano richiesta dalla Corte del Regno unito chiamata ad occuparsene, che vi ha ravvisato un inutile accanimento terapeutico).

Proprio l'esemplificazione riportata (ma analoghe riflessioni potrebbero riguardare l'altrettanta controversa questione meglio conosciuta come "utero in affitto", o maternità surrogata) fa emergere come la mancanza di scelte chiare, in un senso o nell'altro, da parte del legislatore, e la necessità di utilizzare il quadro normativo di riferimento, se del caso "strumentalizzando" – come pure è stato criticamente affermato in relazione a talune casistiche – il rinvio pregiudiziale al giudice delle legge, ricada, o meglio sia ricaduta, fino ad oggi sul giudice ordinario.

E, tuttavia, proprio la cornice sopra delineata della valutazione dei diritti fondamentali anche in relazione al contrapposto potere della p.a., e della nuova concezione del giudizio amministrativo e della tecnica del bilanciamento seguita dalla giurisprudenza costituzionale, sembrano aprire una nuova stagione di coinvolgimento del giudice amministrativo, appunto, nella tutela dei diritti fondamentali. Anche l'interesse legittimo, dunque, in quanto correlato ad una norma che attribuisce il potere alla pubblica amministrazione, è uno strumento di tutela dei diritti fondamentali e in tale logica diviene "interesse legittimo fondamentale". Esso si pone come limite alle scelte dell'Amministrazione astrattamente ispirate a ragioni scientifiche.

Negli ultimi decenni, infatti, anche la scienza medica ha finito per travalicare l'ambito tradizionale della cura della malattia e della ricerca, invadendo spazi più propriamente "spirituali", quali il diritto alla procreazione, alle modalità e al tempo del fine vita, come già detto, ovvero all'identità sessuale. Come è stato sostenuto dalla dot-

trina costituzionalistica, il corpo costituisce il substrato generatore della persona, anzi si identifica con la persona stessa e la identifica, perché è attraverso il corpo che diventa possibile entrare in relazione con altri soggetti ed essere sul situato nella società. Esso cioè non solo ci colloca nello spazio e nel tempo, ma soprattutto ci mette in relazione con i nuclei sociali nei quali viviamo (famiglia, scuola, società). È dunque stato necessario nel tempo ricostruire lo statuto giuridico del corpo umano, individuando e analizzando i diversi dispositivi giuridici apprestati dall'ordinamento a tutela degli interessi che variamente si intrecciano intorno alle vicende della vita umana. Come per i diritti della personalità nel diritto civile, il suddetto processo di "giuridificazione" è stato caratterizzato dal passaggio da una logica proprietaria, che vede il soggetto disporre del proprio corpo come di un bene materiale, ad un'altra, dinamica e relazionale permeata dalla libertà di autodeterminazione, in cui le scelte che riguardano il fisico, anche nella sua mera esteriorità, impattano necessariamente sullo sviluppo della personalità e sui diritti inviolabili che fanno capo alla stessa. Esemplare è stata pure l'evoluzione del rapporto tra l'individuo e i propri dati personali in materia di privacy.

7. La giurisprudenza amministrativa in materia di diritti fondamentali.

Senza ancora attingere alla categoria degli interessi legittimi fondamentali, il giudice amministrativo è stato più volte chiamato ad esprimersi in relazione alla tutela del diritto alla salute, anche quale declinazione del diritto alla tutela ambientale in termini di diritto ad un ambiente salubre (nello stesso ambito si colloca il diritto al lavoro). Particolarmente significative al riguardo le numerose pronunce che in tempo di pandemia hanno visto proprio nel giudice amministrativo l'arbitro dei contrapposti valori in gioco, tra cui la libertà di movimento e la libertà di autodeterminazione, propugnandone una lettura in chiave solidaristica, mutuata cioè pur sempre dalla portata cogente dei principi rivenienti dall'art. 2 della Costituzione (Noccelli). Particolarmente significativa, al riguardo, è sicuramente la sentenza n. 7045 del 2021 del Consiglio di Stato, nella quale è stata affrontata, con dovizia di analisi storica anche del regime autorizzatorio alla circolazione del farmaco, la tematica dell'imposta obbligatorietà di vaccinazione al personale sanitario, chiamato comunque a garantire il ridetto "ambiente" salubre, anche attraverso la propria autotutela, ai pazienti fragili che allo stesso devono necessariamente accedere.

In materia di limiti e obblighi della P. A., il giudice amministrativo ha mostrato una particolare sensibilità nell'affrontare le varie sfaccettature dalle quali può essere riguardata la tutela del diritto alla salute, stabilendo, in via generale, che sono proprio le strutture sanitarie, e dunque l'amministrazione pubblica, «ad attivarsi per promuovere la conservazione ed il recupero, approntando le strutture i mezzi per attuare i programmi di prevenzione, cura, riabilitazione ed intervento a favore di cittadini». La giurisprudenza ha anche chiarito da tempo che «l'amministrazione sanitaria programma, regola, vigila, finanzia, mentre la scelta dell'operatore sanitario spetta di norma all'utente» (Tar Campania, sent. n. 5498/2013).

Sicuramente degna ancora oggi di nota una risalente sentenza avente ad oggetto il mancato aggiornamento del prontuario farmaceutico da parte dell'AIFA, che chiama in causa il tema della pretesa a ricevere pre-

stazioni da altri soggetti pubblici o privati, oltre quelle rientranti nelle modalità procedurale sottesi al menzionato strumento. Nella pronuncia cui si riferisce è stata ritenuta necessaria l'adozione del chiesto provvedimento amministrativo in quanto individuato come l'unico in grado di soddisfare la specifica pretesa dedotta. È stato dunque ottenuto l'ordine giudiziale rivolto all'amministrazione di provvedere alla somministrazione gratuita del farmaco in attesa dell'aggiornamento del prontuario farmaceutico. Si è trattato di un importante esempio di tipo propulsivo per offrire una tutela effettiva che ha implicato la valutazione in concreto dell'efficacia del medicinale, in assenza di alcuna valida alternativa terapeutica. Le argomentazioni svolte sono molto vicine a quelle che, negli anni novanta, spinsero i tribunali ordinari a pronunciarsi a favore della cosiddetta terapia Di Bella (Tar Lombardia, sent. n. 791/2008). In proposito si è parlato anche di un «diritto alla speranza».

È stato affermato anche che l'amministrazione è responsabile per i danni alla salute arrecati ai soggetti che lavorino in un plesso scolastico in stato di cattiva manutenzione e per le patologie che derivino da emotrasfusioni, nonostante le azioni esecutive non possano toccare i beni strumentali di proprietà del servizio sanitario nazionale.

Un discorso a parte, per la peculiarità della tematica affrontata che ha assunto sfaccettature etiche progressivamente più accentuate, va fatto in relazione alla procreazione assistita. Sulla materia sono intervenute due importanti sentenze della Corte costituzionale a breve distanza l'una dall'altra. Con la prima, n. 162 del 2014, partendo dalle premesse per cui la scelta di una coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, riconducibile agli artt. 2, 3, e 31 Cost. e può riguardare anche due persone sterili o infertili, che si determinino allo scopo a ricorrere, appunto, alla tecnica di procreazione medicalmente assistita (p.m.a.) di tipo eterologo, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, l. n. 40 del 2004, nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso alla stessa qualora sia stata diagnostica alla coppia una patologia genetica trasmissibile grave. La sentenza, cioè, ha il dichiarato scopo di consentire la "previa individuazione", in funzione del successivo impianto nell'utero della donna, «di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (se non la morte precoce) del nascituro». Con la successiva pronuncia, n. 229 del 2015, che si inserisce nel solco della precedente, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4, della medesima legge n. 40/2004, si è nella sostanza esclusa la configurabilità come reato della selezione di embrioni nella procreazione assistita, purché finalizzata soltanto a evitare di impiantarne nell'utero della donna di affetti da malattie genetiche ritenute gravi (ai sensi dell'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 194/78). È evidente il *fil rouge* che lega le due pronunce, alla luce della elementare considerazione per cui ciò che era già divenuto lecito per effetto della prima sentenza non poteva essere considerato illegale per il principio di non contraddizione.

Sulla scorta dei dettami discendenti da tali fondamentali sentenze, ed in particolare di quella del 2014, il giudice amministrativo ha quindi ritenuto discriminatorio un intervento normativo regionale nella parte in cui manteneva, per la sola fecondazione omologa, criteri e requisiti soggettivi più favorevoli rispetto a quella eterologa (T.A.R. Veneto, n. 5021 del 2015). La distinzione

conseguente al mantenimento, per la sola omologa, del limite soggettivo di 50 anni, laddove per la eterologa era fissato quello di 43, è stata dunque, considerata in evidente contrasto sia con la normativa statale (che non pone alcuna analoga distinzione), sia con i principi generali di eguaglianza, così come ricordati dalla Corte costituzionale proprio in occasione dell'affermata analogia delle due tecniche procreative assistite. Ciò in quanto, avuto riguardo all'età della donna, la norma nazionale non dà indicazione precisa, ma fa riferimento all'età potenzialmente fertile, che quindi deve valere per entrambe le ipotesi.

Altrettanto irragionevole è stata ritenuta la distinzione posta da altro ente regionale riguardo ai costi richiesti per l'assistenza in caso di p.m.a. eterologa ed omologa, essendo stato previsto il pagamento dell'intero trattamento nel primo caso e del solo ticket nel secondo. Parimenti in una decisione del Consiglio di Stato (sent. n. 1486/2015) è stata annullata la decisione dell'amministrazione di ammettere a carico del servizio sanitario nazionale la sola PMA omologa a scapito di quella eterologa, essendo illogico e non ragionevole, in patente contrasto con quanto ritenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza più volte citata (n. 162/2014). Le due situazioni, essendo sostanzialmente identiche, contribuiscono a superare le obiezioni relative al potenziale incremento di spesa in ragione della necessità di garantire la sostanza di un diritto fondamentale, che non può essere compresso richiamando non meglio precisate ragioni economiche.

Per riassumere il quadro generale fissato dal Consiglio di Stato è il seguente:

- dopo la sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale la distinzione tra p.m.a. omologa ed eterologa, per quanto concerne l'offerta dei servizi sanitari, è irragionevole e crea disparità di trattamento lesiva del diritto alla salute delle coppie affette da sterilità o da infertilità assolute;
- il mancato inserimento di talune prestazioni tra quelle rientranti nei livelli essenziali, non trattandosi di un limite posto alle regioni dall'articolo 117 comma 2 lett. m, Cost., in quanto connesso alla salute quale diritto finanziariamente condizionato, non costituisce in sé ragione sufficiente per negare del tutto le prestazioni, né può incidere sul nucleo irriducibile ed essenziale del diritto alla salute;
- sussiste un potere discrezionale regionale sul piano organizzativo riguardo alla fissazione dei limiti e delle condizioni attraverso le quali realizzare il diritto alla salute. In questo ambito rientra l'eventuale riconoscimento di prestazioni aggiuntive rispetto a quelle inseriti negli elenchi dei L.E.A. (livelli essenziali di assistenza), ma resta fermo il fatto che tale potere discrezionale dovrà essere esercitato in modo ragionevole e non in contrasto con gli articoli 3 e 97 della Costituzione. Ne discende che l'uso irragionevole e discriminatorio del potere, anche quando ampliativo rispetto al catalogo delle prestazioni inerenti ai livelli essenziali, può essere oggetto di censura da parte del giudice amministrativo, in quanto espressione del vizio di eccesso di potere, nell'ambito dell'ordinario sindacato di legittimità.

Va peraltro ricordato come la pronuncia è stata anticipata dai principi affermati dalla Corte europea diritti dell'uomo, sez. I, 1 aprile 2010, n. 57813, secondo cui il divieto di utilizzare le tecniche di procreazione assistita di carattere eterologa non è compatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Gli Stati sono dunque

liberi di prevedere il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, ma nel momento in cui ammettono la possibilità di utilizzare tale tecnica non devono discriminare tra le coppie a seconda del tipo di infertilità (Tigano).

8. Poteri, limiti e responsabilità del personale sanitario.

Anche le pronunce che hanno riguardato il personale sanitario toccano la tematica dei diritti fondamentali, dovendosi contemperare la libertà di esercizio della relativa professione, anche in relazione alle scelte "etiche", appunto, di ciascuno, con gli obblighi derivanti dalla peculiarità della stessa, solidaristicamente orientata in forza del c.d. giuramento di Ippocrate. Agli esercenti professioni sanitarie, dunque, è espressamente riconosciuta in determinati ambiti dall'ordinamento la facoltà di avvalersi della cosiddetta obiezione di coscienza, ossia il diritto di rifiutare una certa prestazione ordinariamente dovuta, tutte le volte che essa entri in conflitto con i principi di carattere morale cui gli stessi ispirino le proprie condotte in ragione del proprio personale convincimento (A. Patroni Griffi). Il perimetro entro il quale può trovare spazio espressivo ridetta libertà di coscienza ha dato adito a sua volta a molteplici controversie. I giudici sono andati ancora una volta alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra tutela della libertà di coscienza da parte del sanitario, appunto, ed esigenza di non paralizzare l'erogazione del servizio richiesto, in quanto garantito dalla legge, collocando la sfera delle potenziali responsabilità al di là di tale ricercato punto di equilibrio ottimale. L'operatore sanitario sarà dunque perseguibile sul piano disciplinare – ferme restando le eventuali responsabilità penali, civili e amministrativo-contabili, in presenza dei rispettivi presupposti – laddove il proprio rifiuto di eseguire una prestazione, seppure rispondente a libere scelte "etiche", si palesi indebito in quanto causativo di danni all'amministrazione o a terzi. L'esempio più diffuso è riconducibile alla materia dell'interruzione volontaria della gravidanza. La giurisprudenza ha al riguardo distinto il momento in cui venga effettuato l'intervento, ove si può opporre l'obiezione di coscienza, da quello successivo, laddove non è consentito. In ogni caso il sanitario deve intervenire ogniqualvolta vi sia un imminente pericolo di vita (Tigano).

Per quanto riguarda il rapporto del medico con il tema del "fine vita" è sufficiente, in questa sede, richiamare le due sentenze fondamentali della Cassazione e del Consiglio di Stato sopra ricordate. Ci si riferisce alle sentenze della Cassazione, (I sez., 16/10/2007, n. 21478) e del Consiglio di Stato, (III sez., 2/9/2014 n. 4460), redatte da due magistrati dalle apprezzabili capacità di analisi giuridica e di contesto, Giusti e Noccelli.

Mentre sulla prima pronuncia vale quanto frettolosamente già osservato, sulla seconda si propone una sintesi dei passaggi fondamentali, anche perché essi sono più attinenti al tema e ci consentono di comprendere più efficacemente i termini reali di tutte le questioni trattate.

Essi sono: 1. Con riferimento alla giurisdizione, mentre il primo giudice (Tar) aveva ritenuto la propria giurisdizione in base all'articolo 33 del decreto legislativo n. 80/1998 (poiché si verteva in ipotesi di giurisdizione esclusiva), la sentenza ha affermato la competenza del giudice amministrativo proprio facendo leva sul concetto di diritto soggettivo costituzionalmente garantito, partendo proprio dalla sentenza della

Cassazione, sezioni unite n. 27187 del 2007, laddove afferma il principio che anche in materia di diritti fondamentali, quali il diritto alla salute, compete ai giudici amministrativi in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre. In tal modo ha superato la tesi sostenuta dalla Regione secondo la quale si sarebbe al cospetto di servizi erogabili sulla base di rapporti convenzionali di diritto pubblico, di carattere concessorio, che era materia di giurisdizione esclusiva, ma di una domanda proposta da un privato tesa a far valere il suo preteso diritto di interruzione delle cure e sugli obblighi di renderla da parte del servizio pubblico. Nella sentenza viene riportato l'orientamento, da ritenersi superato, secondo cui per la Suprema Corte, trattandosi di diritto soggettivo non suscettibile di affievolimento per effetto della discrezionalità meramente tecnica, esclude la giurisdizione del giudice amministrativo. Si fa riferimento alla vicenda dei crocefissi presenti nelle aule scolastiche. Si ribadisce che la dottrina dei diritti incomprimibili è priva di un solido e convincente sostegno; 2. l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario. Siffatta qualificazione è convalidata dalla comunità scientifica internazionale, come sostiene anche la succitata sentenza della Cassazione; 3. il diritto di autodeterminazione terapeutica del paziente, comporta che, laddove decida l'interruzione del trattamento, non significa affermare il diritto a morire; 4. il principio personalistico che anima la nostra Costituzione vieta ogni intrusione nella sfera personale che non sia voluta. La salute non è assenza di malattie ma è uno stato di completo benessere fisico e psichico, che va visto in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche negli aspetti interiori della vita così come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza; 5. l'ordinamento si muove nel quadro della cosiddetta alleanza terapeutica che tiene uniti il malato e il medico nella ricerca comune di ciò che è bene. Il rifiuto del paziente è sempre legittimo non esistendo un principio di ordine pubblico che impone il dovere di curarsi; 6. l'art. 32 della Costituzione impone trattamenti sanitari nei soli casi espressamente previsti dalla legge e solo nel caso in cui la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri; 7. il rapporto tra consenso informato e responsabilità del medico o del servizio sanitario nel suo complesso necessiterebbe di un intervento legislativo; 8. per la Corte costituzionale organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente. Non c'è organizzazione che direttamente o indirettamente non sia finalizzata a garantire diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione (sentenza n. 383 del 1998); 9. l'amministrazione sanitaria non può sottrarsi al suo obbligo di curare il malato e di accettarne il ricovero, adducendo una propria ed autoritativa visione della cura o della prestazione sanitaria; 10. il rapporto tra autodeterminazione del paziente e autonomia professionale del medico merita di essere risolto legislativamente. Tuttavia si può dire che «motivi di coscienza possono essere avanzati solo dagli individui, mentre la coscienza delle istituzioni è costituita dalle leggi che la regolano».

9. La responsabilità della pubblica amministrazione nella materia sanitaria.

Dalla pregevole sentenza diventa più agevole tracciare la netta linea di demarcazione tra libertà di rifiutare, per coerenza

con i propri principi etici, una prestazione sanitaria e responsabilità derivante dall'omessa prestazione, anche se anche così non è affatto semplice. La giurisprudenza ha cercato di trovare un punto di equilibrio che deve tenere conto dei punti di approdo della scienza, del diritto e della coscienza del singolo.

In generale, sembra prevalere il principio secondo cui nessuna obiezione di coscienza può essere opposta al fine di giustificare il diniego rispetto ad una prestazione ordinaria legittimamente richiesta e come tale dovuta dall'Amministrazione sanitaria. L'elemento soggettivo della responsabilità risulta così individuato in un comportamento che viene considerato addirittura doloso nella misura in cui si sostanzia in un espresso diniego posto attraverso un provvedimento illegittimo. Non serve a scriminare l'illiceità della condotta alcun motivo di coscienza, giacché solo gli individui hanno una coscienza, mentre la coscienza delle istituzioni è costituito dalle leggi che le regolano, come si trova scritto nella sentenza testé riassunta. Ne scaturisce in sede risarcitoria la liquidazione del danno patrimoniale, consistente nella rifusione delle spese di cura, e di quello non patrimoniale per la lesione di diritti fondamentali.

I trattamenti sanitari sono oggetto di una disciplina normativa complessa in ragione delle singole disparate fattispecie ivi contemplate. Tuttavia, è obbligato il riferimento al diritto alla salute sancito dall'art. 32 della Costituzione, cui sono correlati altri valori costituzionali rientranti tra i principi fondamentali, segnatamente quelli di solidarietà e di uguaglianza (articoli 2 e 3 Cost.).

Poiché le prestazioni sono rese dal servizio nazionale la medesima disciplina deve essere coerente con i principi posti materia di pubblica amministrazione, anzitutto l'imparzialità e il buon andamento, declinati in funzione dei *budget* di spesa assegnati e con il principio del pareggio di bilancio (Tigano).

I medesimi principi trovano conferma nelle fonti comunitarie: basti ricordare il diritto alla vita solennemente proclamato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) e dall'articolo 2 della Cedu, nonché il diritto all'integrità della persona, che, secondo la Corte di giustizia e parte del diritto dell'Unione Europea comprende, nell'ambito della biologia della medicina, il consenso libero e consapevole del donatore e del ricevente (Tigano).

L'amministrazione sanitaria si trova spesso nella posizione di chi sia chiamato ad adottare decisioni scomode, talora complicate dalla concorrenza di questioni etiche la cui scivolosità è ben nota. Peraltro, se da un lato la funzione amministrativa è legata alla disciplina posta dal legislatore, dall'altro la fase esecutiva risulta spesso impegnativa a causa delle incertezze interpretative che discendono dal varo di normative compromissoria e incerte.

Ciò comporta: 1) l'ampliamento dei limiti della discrezionalità amministrativa che diventa non più ponderazione degli interessi, ma operazione interpretativa pura; 2) il rinvio del caso alla sede giurisdizionale circa la verifica dell'operato degli organi amministrativi, rischiando di incidere sul merito delle valutazioni discrezionali, tradizionalmente soggette al solo sindacato di legittimità (Tigano, Tarantino).

A ciò va aggiunto la perduta centralità delle fonti primarie, la inveterata inefficienza amministrativa scoordinata e non sempre in linea con i budget assegnati nei risvolti di natura etica superabile se la legge e le fonti normative in genere non attraversassero l'attuale fase di crisi (D'Amico).

Oggi vanno sempre più affermandosi nuovi valori intesi perlopiù alla riscoperta

del ruolo dei diritti fondamentali, rispetto ai quali la normativa di dettaglio cede continuamente il passo.

A tutto ciò l'amministrazione non è estranea e non lo è a maggior ragione tutte le volte in cui debba misurarsi su un terreno ove il potere discrezionale si trova in una condizione nella quale non sono sempre certi punti di riferimento.

La scienza, con i suoi progressi e le sue problematiche incertezze, non è di grande aiuto sotto questo profilo: le tecniche terapeutiche, infatti, non sempre costituiscono verità assolute, risultando anch'esse fallibili e contingenti. Sicché le scelte che ne derivano sono quelle convenzionalmente considerate corrette "rebus sic stantibus", ossia secondo l'esperienza empirica fissata negli eventuali protocolli approvati in un certo torno di tempo (Tigano, A. Patroni Griffi).

10. Interessi legittimi fondamentali a carattere economico.

La permanente tendenza del mercato ad incidere sul livello di tutela dei diritti fondamentali risulta del tutto evidente nella relazione tra i mercati finanziari il debito pubblico; relazione che pone la legislazione speciale sui diritti sociali. I fallimenti del mercato evidenziati dalle recenti crisi economiche ripropone nuovamente all'attenzione della politica il problema della soluzione delle tensioni sociali e dell'indebolimento che ne deriva sul piano dei diritti sociali. Questi in particolare si ritiene possano avere un contenuto conformato dal legislatore e possano essere bilanciati con altri diritti e interessi di parte. Tuttavia, l'art. 3 del trattato di Lisbona sancisce uno sviluppo sostenibile basato su una crescita economica equilibrata e su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva. Il mercato non più come fine ma come strumento (Tarantino).

Un rilievo particolarmente importante da attribuire ad un orientamento della Corte costituzionale che fa il punto sui rapporti tra diritti sociali e bilancio. La questione è particolarmente delicata specie all'indomani della modifica dell'art. 81 della Costituzione da parte della legge costituzionale n. 1/2012 che ha introdotto il principio del pareggio di bilancio in Costituzione. Anche in questo ambito si sono avute molteplici pronunce di giudici della Consulta, nelle quali si giunge ad individuare un dovere posto in capo al legislatore di graduare l'allocazione delle risorse, distinguendo le spese necessarie per il soddisfacimento dei diritti da quelle per così dire "facoltative". Anche a tale riguardo si è rivendicato un sindacato sulla coerenza intrinseca che deve essere rispettata da parte del legislatore nell'individuazione di quel nucleo di garanzie indefettibili che devono essere assicurate agli interessati. Secondo i giudici della Consulta, dunque, il principio di priorità nel soddisfacimento dei diritti incomprimibili incide sul bilancio, nel senso che la sostenibilità complessiva di quest'ultimo non può in alcun caso portare a far sì che il danaro pubblico venga erogato per spese facoltative, prima che vengano individuate le poste economiche necessarie per far fronte a quelle volte a garantire il soddisfacimento dei diritti fondamentali (V. Corte cost., sentt. n. 80/2010; n. 250/2013; n. 266/2013; n. 10/2016; n. 275/2016; n. 279/2016, ma anche Luciani).

11. Il fronte sovranazionale e internazionale.

L'11 gennaio 2019, presso Palazzo della consulta, si è tenuto un importante incontro tra i vertici della Corte europea dei diritti dell'uomo, della Corte costituzionale, della Corte di Cassazione, del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e del Consiglio superiore della magistratura, al fine di favorire il dialogo tra tali corti. Era in discussione il protocollo n. 16 recante emendamento alla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, redatto a Strasburgo il 2 ottobre 2013. I temi principali oggetto di discussione sono stati: le materie eticamente sensibili, la disciplina prevista dal protocollo, l'indipendenza dei giudici e, infine, la disciplina delle questioni sul ne bis in idem. Sono state sottolineate le divergenze che riguardano specialmente la regolazione delle scelte di fine vita, del matrimonio omosessuale o ancora del transgender, ovverosia tutte materie considerate eticamente sensibili in cui è più difficile raggiungere quel consenso europeo in grado di determinare l'eventuale restringimento del margine di apprezzamento degli Stati (Resoconto curato da Sarah Lattanzi).

I diritti fondamentali si impongono nell'ordinamento nazionale e in quello europeo secondo direttrici difformi. Nell'esperienza nazionale i diritti fondamentali si affermano attraverso il varo della Costituzione, dove si avverte la preoccupazione di sottrarre alla maggioranza politica alcune posizioni giuridiche del singolo per farlo diventare un bagaglio irrinunciabile del sistema di socialità che alla base del progetto costituzionale.

Nella dimensione europea la tutela dei diritti fondamentali certamente non si rinviene nei trattati fondativi della comunità economica europea, ma sicuramente nell'opera della corte di giustizia, che ha elaborato un principio giuridico specifico. Questo è stato un modo di reagire all'operato delle Corti costituzionali che dinnanzi al principio di primazia del diritto comunitario e della possibile lesione di diritti fondamentali hanno elaborato la teoria dei controlimiti, in virtù della quale le Corti costituzionali nazionali si sono riservate di non applicare il diritto comunitario nel caso in cui questo violasse i diritti fondamentali.

Le modifiche apportate nel tempo ai trattati dimostra che l'Atto unico europeo del 1986 si limitava ad indicare nel preambolo la promozione della democrazia basata sui diritti fondamentali, mentre solo con il trattato di Maastricht del 1992 viene introdotta la prima norma, successivamente modificata dal trattato di Amsterdam e dal trattato di Lisbona, ossia l'articolo 6 TUE, che afferma la centralità della tutela dei diritti fondamentali. Per avere un elenco di diritti fondamentali occorre attendere la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000. Per molti anni, dunque, in assenza di un documento scritto ove fossero individuati, i diritti fondamentali hanno trovato tutela nell'ordinamento eurounitario solo attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia. Ciò si spiega con il fatto che la comunità europea non è solo composta da Stati, ma anche dagli individui che l'abitano e che reclamano tutela.

Ciò comunque ha determinato una particolare triangolazione tra giudici, dal momento che la stessa materia diviene oggetto di pronunce di tre distinti organi giurisdizionali, ossia la Corte costituzionale, la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo secondo trame di norme profondamente distinte. Infatti, mentre il contrasto della norma nazionale con la norma del diritto dell'unione europea determina la diretta disapplica-

zione della prima, il contrasto della norma nazionale con quella contenuta nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che è priva di effetto diretto nell'ordinamento nazionale, determina una situazione di illegittimità costituzionale dalla norma nazionale in forza del dettato dell'articolo 117 della Costituzione (Tarantino).

Il controllo da parte della Corte di giustizia del rispetto dei diritti fondamentali avviene in tre casi: nei confronti degli atti delle istituzioni europee; nei confronti degli atti dell'istituzione degli Stati membri attuativi di un atto comunitario; nei confronti delle giustificazioni offerte da uno Stato membro su di una misura nazionale che si sospetta incompatibile con il diritto dell'unione.

La cosa più importante che qui va posta consiste nel fatto (Corte giustizia 26 febbraio 2013, C-617/10) che il diritto dell'unione europea non disciplina i rapporti tra Cedu e ordinamenti nazionali, né orienta l'interpretazione che il giudice nazionale deve seguire in caso di conflitto tra norma nazionale e Cedu. Pertanto, il meccanismo dei collegamenti tra diritti contenuti nella carta dei diritti fondamentali l'unione europea, diritti contenuti nella convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritti contenuti nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri viene risolta dagli articoli 52 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Infatti, detta normativa stabilisce che laddove la presente carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato della portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione.

Afferma, inoltre, che, laddove la presente carta riconosca diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni. Inoltre, secondo l'art. 53, il livello di protezione offerta dalla carta non può essere inferiore a quello riconosciuto dalla Cedu o dalle costituzioni degli Stati membri.

Al contempo, la Corte di giustizia mantiene un ruolo di garante della tutela dei diritti fondamentali, evitando che una tutela differenziata dei diritti fondamentale da parte degli Stati membri ponga in crisi l'unità e la coerenza dell'ordinamento europeo. In questo senso, la tutela più incisiva concessa da uno Stato membro ad un diritto fondamentale può risultare contrastante rispetto al grado di tutela assicurato dal diritto dell'Unione e recessiva nella misura in cui pregiudica l'unità e il primato dell'effettività del diritto dell'unione. È utile ricordare che nell'ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017 della Corte costituzionale è stata rimessa alla Corte di giustizia la soluzione del contrasto tra primazia del diritto europeo e tutela di un diritto fondamentale consacrato nella Costituzione.

La risposta della Corte di giustizia contenuta nella sentenza 5 dicembre 2017, C-42/17, è stata nel senso di escludere la presenza di una tutela rafforzata all'interno dell'ordinamento nazionale in grado di infrangere la primazia del diritto dell'Unione europea. Ciò in quanto il principio di legalità dei reati e delle pene, nei suoi requisiti di prevedibilità, determinazione e irretroattività della legge penale, trova base nell'articolo 49 della CDFUE e si impone agli Stati europei in quanto attuano il diritto unionale e poi riflette le tradizioni comuni agli Stati membri e ha identica portata rispetto alla corrispondente diritto garantita dalla convenzione EDU. Pertanto, lo stesso diritto europeo potrà essere applicato con prevalenza su quello nazionale solo se in grado di rispettare quel livello di tutela del diritto fondamentale che trova unica corrispondenza in tutti gli ambiti sopraindicati.

Ma quello che è più importante qui notare è che la conseguenza dell'adozione della carta fondamentale del 2000 è quella relativa al riconoscimento di una pari dignità ai diritti sociali rispetto alle altre categorie di diritti fondamentali, ossia quelli che si caratterizzano per un'attuazione che non necessita di un ruolo attivo da parte dello Stato. Con ciò si pone il tema della loro efficacia, sia pure nell'ambito delle competenze del diritto dell'Unione, e delle ricadute in termini di obblighi positivi in capo agli Stati membri. Anche tale questione va affrontata in base all'articolo 52 della carta fondamentale, che distingue tra diritti e principi, assumendo chiaramente che alcune norme della stessa non fondino diritti immediatamente giustiziabili, se non a fini interpretativi o di parametri di legalità, ma necessitante in prima battuta di una attuazione da parte del legislatore e degli organi esecutivi (Tarantino).

Questa precisazione sembra orientata a porre i diritti sociali nell'ambito dei principi al fine di fronteggiare il pericolo avversato da alcuni Stati di una giurisdizionalizzazione delle proprie politiche pubbliche in settori particolarmente sensibili per i bilanci pubblici (Tarantino).

In definitiva anche la Carta europea dei diritti fondamentali distingue tra diritti e principi. Tuttavia, la Corte di giustizia ha sempre scelto un approccio casistico al problema.

12. Il diritto sanitario durante la pandemia e il PNRR.

La guerra contro il Coronavirus non è soltanto una lotta tra la scienza contro il nuovo e invisibile virus, ma è anche una battaglia di civiltà giuridica, ossia la riaffermazione di un nuovo volto del diritto alla salute, quello della solidarietà. È stata anche l'occasione per la riscoperta del valore della persona, e della sua dignità, in quanto tale (Noccelli).

In termini più espliciti, è venuto in rilievo il problema dell'ambito e dei limiti di tutela dell'essere umano, ossia della concezione che l'uomo ha di sé stesso e della propria identità. In tale materia si ha una perenne contrapposizione dialettica tra la concezione utilitaristica dell'uomo-massa o uomo-mezzo, ossia dell'utilitarismo statuale collettivistica, dell'utilitarismo maggioritario, ossia della maggiore felicità dei più (di matrice anglosassone) a scapito dei pochi o dell'utilitarismo individualistico-egoistico della maggiore felicità propria. A fronte di tali concezioni, vi è l'opposto principio della indisponibilità dell'essere umano, che subordina la liceità degli interventi sul medesimo ad un duplice ordine di limiti coessenziali, ossia i limiti oggettivi salvaguardati dai principi della salvaguardia della vita, dell'integrità fisica, della salute, della dignità umana, dell'eguaglianza e pari dignità dei soggetti umani e i limiti soggettivi segnati dal principio del consenso del soggetto.

La nostra Costituzione si fonda sul primato della persona umana e funzionalizza le consistenti componenti solidaristico sociali e la tutela dei beni mezzo sopraindividuali (della famiglia, della comunità, dello Stato amministrazione, delle istituzioni democratiche) alla salvaguardia dei beni fini della conservazione, della dignità e dello sviluppo della persona umana. C'è bisogno di stabilire una volta per tutte a quale persona e a quale "antropologia" fare riferimento, stante il pluralismo ideologico culturale della nostra società che genera talora radicali divergenze. Va, infine, segnalato come sia necessario riflettere molto sulla portata scriminante del consenso, che vede contrapposte le posizio-

ni personalistiche o garantistiche a quelle utilitaristico-individualistiche fino a quelle egoistico-libertarie a sfondo nichilistico, contrabbandato talora come personalistiche, ma eccentriche rispetto all'autentico personalismo (Mantovani).

Abbiamo già detto dell'importanza della sentenza del Consiglio di Stato n. 7045 del 2021, che, pur riferendosi al tema delle vaccinazioni obbligatorie, essa contiene ineludibili principi a valere a livello più generale. Ad essa si può associare il parere della Commissione speciale, affare n. 1614/2017, estensore Carlotti, che, rispondendo al quesito posto dalla Regione Veneto se fosse o meno legittima la preclusione alla frequenza dei corsi scolastici a coloro che rifiutavano i vaccini obbligatori, ha fatto uso di concetti destinati ad avere poi una rilevanza planetaria, quali l'immunità di gregge e l'assenza del rischio zero in ogni trattamento sanitario.

Ad essi può farsi riferimento per una chiusura circolare di queste brevi considerazioni.

La riserva di scienza, alla quale il decisore pubblico, sia a livello normativo che amministrativo, deve fare necessario riferimento (nello specifico, nell'adottare le misure sanitarie atte a fronteggiare l'emergenza epidemiologica), «lascia a questo, per l'inevitabile margine di incertezza che contraddistingue anche il sapere scientifico nella costruzione di verità acquisibili solo nel tempo, a costo di severi studi e di rigorose sperimentazioni e sottoposte al criterio di verificazione-falsificazione, un innegabile spazio di discrezionalità nel bilanciamento tra i valori in gioco, la libera autodeterminazione del singolo, da un lato, e la necessità di preservare la salute pubblica e con essa la salute dei soggetti più vulnerabili, dall'altro, una discrezionalità che deve essere senza dubbio usata in modo ragionevole e proporzionato e, in quanto tale, soggetta nel nostro ordinamento a livello normativo al sindacato di legittimità del giudice delle leggi e a livello amministrativo a quello del giudice amministrativo».

Elenco delle opere dei principali autori citati:

P. Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, Milano 2000, edizione curata da G. P. Cirillo;

M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano 1993;

L. Tarantino, *I diritti fondamentali al cospetto del giudice amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2018;

E. Scoditti, *Il riparto di giurisdizione: dalla separazione alla integrazione delle tutele*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2019; *Questioni di giurisdizione e diritti fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2023;

M. Noccelli, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, 2021;

A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, E. S. 2016;

F. Tigano, *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni tra scienza (diritto) e coscienza nell'ambito dei trattamenti sanitari*, in *Federalismi.it*, 2017;

M. D'Amico, *Le questioni eticamente sensibili tra scienza, giudici e legislatore*, scritti in onore del professor Silvestri, dal titolo *Scienza e diritti nella giurisprudenza costituzionale*, 2015 e Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto, in rivista AIC, 2018;

M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980 e *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, Milano 2014 (Atti del seminario svoltosi a Roma il 22 novembre 2013);

F. Patroni Griffi, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo nel sistema multilivello delle tutele*, 27 giugno 2017, in www.giustizia-amministrativa.it;

F. Mantovani, *Diritto Penale, Delitti contro la persona*, parte speciale, Cedam, 2015.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2849 – 20 luglio 2023

La partecipazione alle procedure di gara dei consorzi stabili. Il "cumulo alla rinfusa" tra modifiche legislative e oscillazioni giurisprudenziali

(nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 28/03/2023, n. 3148)

Emanuela Concilio

Sommario: 1. La vicenda. – **2.** Il "cumulo alla rinfusa" alla luce delle modifiche legislative e degli orientamenti giurisprudenziali. – **2.1.** La natura giuridica e la *ratio* dei consorzi stabili. – **2.2** L'evoluzione della disciplina del cumulo alla rinfusa. – **3.** La decisione del Consiglio di Stato. – **4.** Conclusioni: uno sguardo al nuovo Codice appalti.

1. La vicenda.

La sentenza del Consiglio di Stato costituisce l'occasione per affrontare una tematica molto dibattuta in giurisprudenza che attiene, in generale, ai requisiti di partecipazione alle procedure di gara dei consorzi stabili e, in particolare, alla sopravvivenza o meno del requisito del "cumulo alla rinfusa" a seguito delle molteplici novelle legislative intervenute, fino al nuovo Codice appalti, d. lgs. 36/2023.

La vicenda oggetto del contenzioso originava dall'impugnazione da parte di un consorzio stabile, risultato aggiudicatario di un appalto di servizi[1], dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione disposto dalla stazione appaltante sul rilievo del difetto, in capo all'impresa appartenente al consorzio designata come esecutrice, delle certificazioni[2] richieste dal bando di gara tra i requisiti di capacità tecnico-professionale per le attività oggetto dell'appalto.

[1] Appalto inerente "*Servizio di supporto agli impianti industriali: attività di supporto alla produzione per l'IMC Roma Smistamento della Direzione Regionale Lazio di Trenitalia*".

[2] Certificazione del proprio Sistema Qualità alle norme UNI EN ISO 9001 e certificazione di sistemi di gestione per la salute e la sicurezza sul lavoro rilasciata da organismi accreditati secondo la normativa internazionale OHSAS 18001, nella versione vigente o, in alternativa, UNI EN ISO 45001:2018.

In particolare, il bando di gara richiedeva il possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale, in capo sia al consorzio che a ciascuno dei consorziati per conto dei quali il consorzio partecipava alla gara. Il consorzio stabile ricorrente, pur possedendo in proprio tutti i requisiti richiesti dal disciplinare (eccezion fatta per il requisito tecnico del fatturato specifico medio per il quale si avvaleva del fatturato specifico dell'impresa consorziata) indicava, in fase di presentazione della domanda, un'impresa consorziata quale esecutrice dell'appalto.

A seguito dell'aggiudicazione a favore del medesimo consorzio, la stazione appaltante, in sede di verifica dei requisiti del concorrente, rilevava l'inidoneità delle certificazioni possedute dalla consorziata esecutrice designata a coprire le attività oggetto dell'appalto; conseguentemente, disponeva l'annullamento dell'aggiudicazione, ritenendo le giustificazioni rese dalla esecutrice designata non idonee (in quanto "*le certificazioni di qualità dovevano essere possedute alla data di scadenza della presentazione delle offerte, a nulla rilevando che l'iter di estensione del perimetro* [delle stesse] *fosse stato avviato entro il predetto termine*")[3] e sostenendo di non poter accogliere la richiesta avanzata dal consorzio stabile di sostituire l'esecutrice con altra consorziata, al fine di non eludere il principio di immodificabilità soggettiva *ex* art. 48 co. 19-*ter* in caso di mancanza di requisiti di partecipazione alla gara. La Stazione appaltante non si pronunciava, invece, sull'altra possibilità, pure prospettata, di assunzione in proprio dell'esecuzione, essendo il consorzio in possesso di tutti i requisiti di partecipazione alla gara e le certificazioni di qualità richieste.

Avverso le determinazioni della Stazione Appaltante, il consorzio proponeva ricorso dinanzi al T.A.R. del Lazio, sede di Roma, chiedendo l'annullamento del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione e il risarcimento del danno in forma specifica mediante l'aggiudicazione del contratto o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente. Successivamente, il consorzio ricorrente chiedeva, con motivi aggiunti, l'annullamento dell'aggiudicazione disposta a favore del secondo classificato, per illegittimità derivata.

Il TAR Lazio, Sez. III, con sentenza n. 2751/2022, respingeva il ricorso ritenendo, in *primis,* che, contrariamente a quanto affermato dal ricorrente, talune delle certificazioni oggetto dell'appalto, lungi dall'essere mere certificazioni di qualità a corredo dell'offerta tecnica, rientravano tra i livelli minimi di capacità richiesti nel Bando di gara per la partecipazione alla gara, ovverosia tra i requisiti di partecipazione; inoltre, i Giudici di prime cure statuivano che il Consorzio non potesse sostituire i propri requisiti a quelli della consorziata indicata come esecutrice, "*stante l'avvenuta abolizione del cumulo alla rinfusa ad opere del Decreto Sblocca cantieri, ostando a tale argomento l'art. 47, co. 2, del D. Lgs. n. 50/2016 come modificato dal D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55 (c.d. Decreto Sblocca cantieri), il quale dispone che i consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, sta-*

[3] Accadeva infatti che l'impresa esecutrice, in possesso della certificazione di qualità per l'attività di "erogazione servizi di pulizia", dichiarava di aver chiesto, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, l'estensione di copertura delle certificazioni di qualità al fine di coprire anche il perimetro delle attività oggetto di appalto, ma di non esserne riuscita ad ottenere l'aggiornamento al momento della scadenza del bando.

bilendo altresì che "la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati (47, co. 2 – bis, D. Lgs. n. 50/2016)".

La sentenza veniva impugnata dinanzi al Consiglio di Stato, in quanto ritenuta viziata per *error in iudicando* ed *error in procedendo*.

Sotto il primo profilo (*error in iudicando*), il Consorzio eccepiva una errata interpretazione dei fatti, nonché della l*ex specialis* di gara e del D. Lgs. 50/2016 da parte del giudice di prime cure. In primo luogo, la mancanza della certificazione di qualità non era prevista a pena di esclusione dalla *lex specialis*, né la sua carenza in capo alla impresa consorziata avrebbe potuto precludere la partecipazione alla gara al Consorzio stabile, il quale possedeva in proprio anche le certificazioni di qualità richieste. Inoltre, proprio perché direttamente in possesso anche di tutti i requisiti di capacità tecnico professionale, oltre che delle richiamate certificazioni di qualità, il consorzio rilevava che la stazione appaltante era incorsa nel vizio di eccesso di potere laddove aveva negato la possibilità di eseguire in proprio l'appalto sulla base della ritenuta abolizione del "cumulo alla rinfusa" ad opera del decreto "Sblocca cantieri"; peraltro, il consorzio sottolineava la non necessità di avvalersi del c.d. principio del "cumulo alla rinfusa" per poter eseguire in proprio i servizi oggetto dell'appalto, possedendo in proprio i requisiti per la partecipazione alla gara.

Sotto il secondo profilo (*error in procedendo*), il consorzio lamentava la omessa pronuncia da parte del giudice di prime cure sulla motivazione non fornita dalla Stazione appaltante circa la mancata concessione al consorzio della possibilità di sostituirsi all'impresa consorziata, laddove il giudice aveva rigettato il ricorso sulla base del semplice rilievo dell'inapplicabilità del principio del cumulo alla rinfusa.

2. Il "cumulo alla rinfusa" alla luce delle modifiche legislative e degli orientamenti giurisprudenziali.

Al fine di comprendere la *vexata quaestio* in relazione ai requisiti di partecipazione dei consorzi stabili alle gare di appalto, giova ripercorre l'evoluzione normativa che ha interessato l'istituto[4], principiando dalla *ratio* ad esso sottesa.

2.1. La natura giuridica e la *ratio* dei consorzi stabili.

L'istituto dei consorzi stabili costituisce attuazione dei principi euro-unitari di concorrenza e *favor partecipationis*, in quanto espressione del più ampio fenomeno della partecipazione aggregata alle gare ad evidenza pubblica e del principio di neutralità delle forme[5].

L'art. 45, co. 2, lett. c), del d. lgs. n. 50/2016 definisce i consorzi stabili come quegli operatori economici "costituiti anche

[4] Sul punto, cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. I, 19 aprile 2023, n. 2390.

[5] Il principio di neutralità delle forme giuridiche di cui agli artt. 19, par. 2, della direttiva 2014/24/UE per i settori ordinari, 37, par. 2, della direttiva 2014/25/UE per i settori speciali e 26, par. 2, della direttiva 2014/23/UE per le concessioni, afferma che i raggruppamenti di operatori economici non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione.

in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-*ter* del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro"; inoltre, prevede che "i consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa"[6].

In linea con la ratio pro-concorrenziale dell'istituto, l'art. 83, co. 2, d. lgs. n. 50/2016, nel trattare dei requisiti speciali, esplicita l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione, anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese[7].

Secondo la dottrina, il consorzio stabile costituisce una evoluzione della figura tradizionale disciplinata dagli artt. 2602 ss. c.c. e si colloca in una posizione intermedia fra le associazioni temporanee e gli organismi societari risultanti dalla fusione di imprese, soggetti sia alla disciplina civilistica che pubblicistica[8].

Alla luce di tale connotazione, la giurisprudenza unanime ha chiarito che "Il consorzio stabile è un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del cumulo alla rinfusa". Ne consegue che il consorzio stabile "è il solo soggetto che domanda di essere ammesso alla procedura e va a stipulare il contratto con l'amministrazione in nome proprio, anche se per conto delle consorziate cui affida i lavori; è il consorzio ad essere responsabile dell'esecuzione delle prestazioni anche quando per la loro esecuzione si avvale delle imprese consorziate, le quali comunque rispondono solidalmente al consorzio per l'esecuzione ai sensi dell'art. 94, comma 1, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e art. 48, comma 2, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50"[9].

---

[6] Il Codice ricalca la formulazione dettata dalla legge 10 febbraio 1994, n. 109 ("Nuova legge quadro in materia di lavori pubblici"), che, all'art. 10, comma 1, lett. c), ha introdotto tra i "soggetti ammessi alle gare", i consorzi stabili, accanto ad altre forme di cooperazione tra imprese quali le associazioni temporanee di imprese, i consorzi di cooperative di produzione e lavoro regolati dalla l. 25 giugno 1909, n. 422, riconosciuti ad opera dell'art. 20, l. 8 agosto 1977, n. 584, e i consorzi ordinari di cui alla l. 17 febbraio 1987, n. 80.

[7] In particolare, il comma 2 dell'art. 83 espressamente afferma che: "I requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione. Per i lavori, con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-*octies*, sono disciplinati, nel rispetto dei principi di cui al presente articolo e anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c) e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso di cui all'allegato XVII. Fino all'adozione di detto regolamento, si applica l'articolo 216, comma 14".

[8] F. Lattanzi, *Consorzi stabili*, in M.A. Sandulli - R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, 595; Abrate, *Consorzio stabile*, in *L'amministrativista*, 2017, secondo il quale i consorzi stabili sono stati introdotti all'esito di un «*percorso di tipizzazione normativa del fenomeno della cooperazione tra imprese*»; F. Scalia, *Considerazioni sul criterio di qualificazione dei consorzi stabili negli appalti pubblici c.d. del 'cumulo alla rinfusa'*, in *Federalismi*, n. 5/2022.

[9] Consiglio di Stato, Sez. V, 07/11/2022, n. 9752; Consiglio di Stato, Sez. V, 14/12/2021, n. 8331, T.A.R. Lazio, Sez. II, 06/06/2022, n. 7273; cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 3/9/2021 n. 6212; T.A.R. Lazio, Sez. II, 1/7/2021 n. 7807, T.A.R. Campania, Sez. I, 7/6/2021 n. 3780; T.A.R. Emilia-Romagna, Sez. I, 21/11/2017 n. 767, secondo i quali "il consorzio stabile è un operatore economico costituente un'impresa collettiva operante mediante un patto

Pertanto, al fine di attribuire al consorzio la qualifica di "stabile" risulta essenziale la sussistenza del c.d. elemento teleologico, ossia l'astratta idoneità del consorzio, prevista nel relativo statuto, di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire le prestazioni previste nel contratto anche in proprio[10].

Proprio per la struttura giuridica del consorzio stabile, la Corte di Giustizia UE è giunta ad ammettere la contemporanea partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e della consorziata, ove quest'ultima non sia stata designata per l'esecuzione del contratto e non abbia quindi concordato la presentazione dell'offerta[11].

Ciò consente di differenziare il consorzio stabile innanzitutto dal consorzio ordinario[12], laddove "il consorzio ordinario, pur essendo un autonomo centro di rapporti giuridici, non comporta l'assorbimento delle aziende consorziate in un organismo unitario costituente un'impresa collettiva, né esercita autonomamente e direttamente attività imprenditoriale, limitandosi a disciplinare e coordinare le azioni degli imprenditori riuniti"[13]. Il consorzio stabile, poi, configura una modalità organizzativa che si differenzia anche dal raggruppamento temporaneo di imprese, laddove le singole imprese componenti il raggruppamento non perdono la propria autonomia e il raggruppamento non viene a costituire un ente giuridico autonomo[14].

Nonostante la diversa struttura, il legislatore ha ritenuto di estendere anche ai consorzi stabili la disciplina dettata per i raggruppamenti in punto di modifiche soggettive ed in particolare i commi 7-bis e 19-bis dell'art. 48, del d. lgs. n. 50/2016, volti ad ammettere una modifica della compagine sociale solo per *fatti o atti sopravvenuti* e in riduzione per motivi organizzativi, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata, come recentemente ribadito dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 2022[15].

consortile con le imprese consorziate avente finalità mutualistica, con conseguente possibilità per il Consorzio di utilizzare tanto le risorse proprie, quanto quelle delle imprese ad esso consorziate".

[10] Consiglio di Stato, Sez. V, 18/10/2022, n. 8866.

[11] Corte Giustizia, Sez. IV, 23 dicembre 2009, Serrantoni Srl e Consorzio stabile edili Scrl c. Comune di Milano, in causa C-376/08.

[12] Definito dall'art. 45, co. 2, lett. e) come consorzio "di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile".

[13] Consiglio di Stato, Sez. V, 18/10/2022, n. 8866; Consiglio di Stato, Sez. III, 07/01/2022, n. 46, secondo il quale: "il consorzio ordinario con attività esterna è un soggetto con identità plurisoggettiva, a differenza del consorzio stabile ex art. 45, comma 2, lett c), d. lgs. n. 50 del 2016, in cui i singoli imprenditori istituiscono una comune struttura di impresa collettiva stabile, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto; da tali premesse discende che il divieto assoluto di duplicazione dei benefici in favore di uno stesso soggetto imprenditoriale è applicabile sia alle imprese che partecipano ad un raggruppamento temporaneo, quanto a quelle che fanno parte di un consorzio ordinario, stante l'impossibilità, nell'ambito di tali forme aggregative, di distinguere il modulo plurisoggettivo dai suoi componenti, con conseguente sovrapposizione dei contributi in capo a questi ultimi".

[14] L' Adunanza Plenaria n. 6 del 2019 ha affermato che il sistema dei requisiti di qualificazione non può che riferirsi ad ogni singola impresa, ancorché associata in un raggruppamento, altrimenti si finirebbe con il conferire una sorta di "soggettività" al raggruppamento, al di là di quella delle singole imprese partecipanti; "una sorta di interscambiabilità dei requisiti, quale quella ipotizzata, di partecipazione risulta più agevolmente ipotizzabile laddove si riconoscesse (ma così non è) una personalità giuridica propria al r.t.i."; cfr. F. Cardarelli, *Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*, in M.A. Sandulli - R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., spec. 630-631.

[15] Cfr. Ad. Plen. n. 2 del 2022, che si è occupata dalla modificabilità in corso di gara di un r.t.i. nel caso di perdita dei requisiti di cui

2.2. L'evoluzione della disciplina del cumulo alla rinfusa.

Volendo segnare le tappe evolutive che hanno interessato l'istituto del cd. "cumulo alla rinfusa", occorre principiare dal d.lgs. n. 163/2006, il quale all'art. 35 prevedeva che: "i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere b) e c)[16], devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, secondo quanto previsto dal regolamento, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate".

Il successivo art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006 affermava che "il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate", e dettava criteri puntuali per l'acquisizione delle qualifiche con specifico riferimento agli appalti di lavori[17], delineando, in altri termini, il criterio del c.d. cumulo alla rinfusa, per descrivere la possibilità per il consorzio stabile di fruire, alternativamente o in aggiunta ai requisiti propri, dei requisiti delle consorziate, nell'ottica della *ratio* pro-concorrenziale dell'istituto.

Dal canto suo, la giurisprudenza, sotto la vigenza del d.lgs. 163/2006 ammetteva pacificamente la possibilità di applicare il cumulo alla rinfusa ai Consorzi stabili, anche per i requisiti tecnico-finanziari non posseduti in proprio dalla consorziata esecutrice individuata dal Consorzio in sede di gara, come si evince dalla sentenza della Adunanza Plenaria n. 8 del 2012, secondo la quale: "*il possesso dei requisiti generali e morali ex art. 38 codice appalti deve essere verificato non solo in capo al consorzio ma anche alle consorziate, dovendosi ritenere cumulabili in capo al consorzio i soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria ai sensi dell'art. 35 codice appalti*".

Le certezze cristallizzate sotto la vigenza del d. lgs. 163/2006 iniziano a venire meno con l'avvento del d. lgs. 50/2016, soprattutto in occasione delle modifiche legislative introdotte, dapprima, con il d. lgs. 56/2017 e, poi, con il d. l. n. 32/2019, cd. "Sblocca cantieri", a seguito delle quali ci si è interrogati sulla permanenza e sui limiti di applicazione dell'istituto del "cumulo alla rinfusa".

---

all'art. 80, d. lgs. 50/2016 da parti di uno dei suoi componenti.

[16] Articolo 34, comma 1, lettere b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443; c) consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-*ter* del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36.

[17] L'art. 36, co. 7 prevedeva che "Per i lavori la qualificazione è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione della classifica di importo illimitato, è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per la classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 40, comma 7, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui al regolamento, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche".

In particolare, ferma restando la necessità che i requisiti di ordine morale di cui all'art. 80 siano posseduti sia dal consorzio che dalle singole consorziate, per i requisiti di ordine speciale, l'art. 47, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, conformemente al precedente art. 35 del d. lgs. 163/2006, prevede che "i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate".

L'art. 47, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, nella sua originaria formulazione, prevedeva che "per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione dei consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lettera c), alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici, vengono sommati in capo al consorzio".

L'art. 31 del d.lgs. n. 56/2017 (correttivo del codice) ha introdotto una prima modifica al comma 2 dell'art. 47, stabilendo che "i consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto. Con le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni".

Con il primo correttivo, quindi, per poter spendere i requisiti dei consorziati indicati per l'esecuzione era sufficiente la semplice designazione in fase di gara; per poter usufruire di quelli dei consorziati non designati occorreva, invece, ricorrere all'istituto dell'avvalimento[18].

In questo quadro normativo, interviene il decreto "Sblocca cantieri" che modifica, ancora una volta, il comma 2 dell'art. 47 e introduce il comma 2-*bis*.

Il comma 2 dell'art. 47 modificato prevede che: "I consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2 e 46, comma 1, lettera f), eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 84, con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-*octies*, sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite dal consorzio o dai singoli consorziati che eseguono le prestazioni. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettera b), ai propri consorziati non costituisce subappalto".

Il successivo comma 2-*bis* introdotto all'art. 47 stabilisce che: "La sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti

[18] Cfr. P. Carbone, *La disciplina dei consorzi stabili nel codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dopo il primo decreto correttivo* (d.lgs. n. 56 del 2017), in *Rivista trimestrale degli appalti*, n. 1/2018, 7 ss., 19-20.

requisiti in capo ai singoli consorziati. In caso di scioglimento del consorzio stabile per servizi e forniture, ai consorziati sono attribuiti pro quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio e non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente".

Pertanto, la novella, oltre a distinguere tra appalti di lavori (comma 2) e appalti di forniture e servizi (comma 2-*bis*), non richiama più la possibilità di sommare in capo al consorzio i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici e tale dato ha dato luogo ad un contrasto giurisprudenziale in ordine ai limiti entro i quali poter affermare ancora legittimo il cumulo alla rinfusa.

Secondo un primo restrittivo orientamento, il requisito del cumulo alla rinfusa sarebbe stato abolito con la conseguente necessaria qualificazione sia del consorzio che delle consorziate designate per l'esecuzione.

In particolare, qualora il consorzio individui una consorziata come esecutrice, quest'ultima dovrà essere autonomamente in possesso del requisito di qualificazione, così come, in caso di esecuzione in proprio ad opera del consorzio, quest'ultimo dovrà possedere autonomamente il requisito. Ciò al fine di evitare che possa essere legittimata l'esecuzione di prestazioni da parte di piccole e medie imprese del tutto prive della qualificazione[19], a nulla rilevando la elisione della finalità pro-concorrenziale dell'istituto dato che quest'ultima risiederebbe nella stessa possibilità di utilizzare la forma del consorzio stabile, a prescindere dall'operatività o meno del cumulo alla rinfusa.

Le argomentazioni che vengono richiamate a sostegno di tale tesi sono di tipo sistematico e letterale. Sotto un primo profilo, si ritiene che la soppressione della disposizione di cui all'art. 36, co. 7, del d. lgs. 136/2006, da un lato, e il tenore dell'art. 47, co. 1, d.lgs. n. 50/2016, dall'altro, consentirebbero di ritenere abrogato il cumulo alla rinfusa, ad eccezione delle ipotesi espressamente previste con riferimento a determinati requisiti, ossia attrezzature, mezzi e organico medio anno[20]. Sotto altro profilo, viene richiamato il comma 2 dell'art. 47 d.lgs. n. 50/2016, come riformulato dal d.l. n. 32/2019 che, non menzionando più la facoltà del consorzio di ricorrere all'avvalimento, ai fini della utilizzazione dei requisiti di qualificazione delle consorziate non designate come esecutrici si limita a prevedere l'alternativa facoltà di eseguire il contratto "con la propria struttura" ovvero "tramite i consorziati" indicati in sede di gara[21].

[19] Tar Lazio, Sez. III, 3 marzo 2022, n. 2571; Cons. Stato, Sez. V, 22/08/2022, n. 7360, le cui argomentazioni sono state riprese dalla recente giurisprudenza, tra cui: Tar Ancona, Sez. I, 25 febbraio 2023, n. 119; Tar Lombardia, Milano, Sez. I, nn. 397, 597 e 744 del 2023; Tar Campania, Sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1152.

[20] Cfr. Adunanza Plenaria n. 5/2021 (spesso richiamata a sostegno della tesi restrittiva), pur pronunciando su una vicenda relativa alla perdita dei requisiti di una impresa consorziata non designata ai fini della esecuzione dei lavori, ha incidentalmente affermato che "*il d.l. n. 32 del 2019 ha ripristinato l'originaria e limitata perimetrazione del cumulo alla rinfusa ai soli aspetti relativi disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo*".

[21] Cfr. Tar Campania, Napoli, Sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1152 e parere precontenzioso ANAC n. 76 del 22/02/2023 che, nel richiamare Cons. Stato n. 7360/2022, fanno salva la possibilità per l'impresa consorziata non qualificata di valorizzare i requisiti posseduti, in proprio, dal consorzio stabile ovvero dalle consorziate non esecutrici ricorrendo all'ordinario strumento dell'avvalimento *ex* art. 89 d.lgs. n. 50/2016.

Secondo l'opposto orientamento, invero maggioritario, le richiamate modifiche normative avvicendatesi non hanno affatto inciso sulla ammissibilità del cumulo alla rinfusa[22].

In primo luogo, tale tesi ritiene che dall'art. 47 d.lgs. n. 50/2016 non possa desumersi che il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell'appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione: l'art. 47, comma 2, infatti, non chiarisce espressamente le modalità di qualificazione dei consorziati designati per l'esecuzione e l'art. 47, co. 1, sul quale unicamente si fonda l'interpretazione restrittiva, "*suona, nella sua formulazione letterale, identica a quella già trasfusa nel previgente art. 35 d.lgs. n. 163/2006*", all'epoca del quale del quale era pacificamente ammesso il cumulo alla rinfusa[23].

In secondo luogo, l'orientamento ampliativo evidenzia come l'*intentio legis* (art. 12 delle preleggi), nel corso del tempo, sia sempre stata quella di valorizzare l'istituto in questione, quale importante strumento pro-concorrenziale. Nella relazione di accompagnamento al d.l. n. 32 del 2019 (c.d. Sblocca Cantieri) si legge, infatti, che la modifica del comma 2 dell'art. 47 d.lgs. n. 50/2016 "è tesa a chiarire la disciplina dei consorzi stabili onde consentire l'operatività e sopravvivenza di tale strumento pro-concorrenziale, mentre l'introduzione del comma *2-bis detta disposizioni concernenti i consorzi stabili di servizi e forniture, in continuità con il passato, di fatto colmando, a regime, un vuoto normativo per tali settori*".

Pertanto, tale interpretazione ampliativa "*appare conforme alla ratio pro-concorrenziale sottesa alla disciplina dei consorzi stabili, che consente la partecipazione alle gare pubbliche ad imprese singolarmente prive dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando, le quali possono cumulare i requisiti di cui dispongono con quelli di altre*

[22] Da ultimo, Tar Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 16 marzo 2023, n. 140; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 2 marzo 2023, n. 657; Tar Campania, Napoli, sez. I, 25 febbraio 2022, n. 1320, Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964; Cons. Stato, Sez. V., 29 marzo 2021, n. 2588.

[23] Tar Campania, Napoli, Sez. I, 19/04/2023, n. 2390, precisa che: "L'art. 47 co. 1 d.lgs. n. 50/2016 prescrive che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'art. 45, co. 2, lett. b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, sostanzialmente rinviando all'art. 83 del medesimo codice dei contratti pubblici, che per l'appunto concerne i requisiti di idoneità professionale, economica e finanziaria. L'art. 83, comma 2, a sua volta rinvia al regolamento di cui all'art. 216, comma 27-*octies* la disciplina dei requisiti e delle capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c). Ai sensi dell'art. 216, comma 27-*octies*, nelle more dell'adozione del regolamento (al momento inesistente) rimangono in vigore o restano efficaci le linee guida e i decreti adottati in attuazione della previgente disposizione di cui all'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006. Tra l'altro, l'art. 216, comma 14, prevede che "fino all'adozione del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-*octies*, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III (articoli da 60 a 96: sistema di qualificazione delle imprese), nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. In attuazione del citato art. 36 comma 7, l'art. 81 del d.P.R. n. 207/2010 stabilisce che i requisiti per la qualificazione dei consorzi stabili sono quelli previsti dall'articolo 36, comma 7, del codice. Ne consegue, come sostenuto dal ricorrente, una reviviscenza di quest'ultima disposizione, che non può dirsi espunta dall'ordinamento. Allo stato attuale, non essendo stato adottato il Regolamento di cui all'art. 216, comma 27-*octies*, il sistema di qualificazione e la dimostrazione dei requisiti di capacità che devono essere posseduti dai consorzi stabili per concorrere alle gare pubbliche sono regolati dall'art. 36 del d.lgs. n. 163/2006 e dagli artt. 81 e 94 del d.P.R. n. 207/2010 (cfr. Tar Palermo, sez. I., 2 marzo 2023, n. 657). L'insieme di queste disposizioni delinea il regime di qualificazione dei consorzi stabili secondo il criterio del pieno cumulo alla rinfusa, salvo eccezioni. […] In definitiva, non è condivisibile l'affermazione per cui l'art. 47, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 – la cui formulazione letterale è sostanzialmente identica a quella già trasfusa nel previgente art. 35 d.lgs. n. 163/2006 – avrebbe ridotto l'ambito di operatività del cumulo alla rinfusa, circoscrivendolo ai soli mezzi ed all'organico medio annuo".

imprese fino a soddisfare il livello di qualificazione richiesto"[24].

Del resto, sarebbe contrastante con la stessa esigenza sottesa alla formazione del Consorzio stabile la previsione di un obbligo di qualificazione per l'intero per ogni consorziata designata, perché in tal caso il Consorzio e le imprese avrebbero gli stessi requisiti e verrebbe meno la ragione stessa della partecipazione alla gara del Consorzio che, istituendo una comune struttura di impresa, può modulare la propria organizzazione imprenditoriale e l'offerta in modo tale da prefigurare l'apporto di ciascuna consorziata nei limiti della singola qualificazione posseduta, per categoria e classifica[25].

Inoltre, l'art. 216, comma 14, D.lgs. 50/2016, nel disciplinare il regime transitorio e comunque fino all'adozione del regolamento di cui al comma 27-*octies* (mai adottato), disponeva il perdurare della vigenza di una serie di norme[26], tra le quali proprio l'art. 36, comma 7, del D.lgs. 163/2006, in forza del richiamo recettizio a tale norma operato dall'art. 81 del regolamento (D.P.R. n. 207/2010).

Infine, un ulteriore elemento consente di avallare l'orientamento estensivo. La disciplina dettata dal d. lgs. n. 50/2016 in materia di appalti nel settore dei beni culturali, ed in particolare l'art. 146, esclude espressamente la possibilità di ricorrere ad una serie di istituti operanti nei settori ordinari, tra i quali l'avvalimento, e richiedendo il possesso delle specifiche qualificazioni tecniche anche in capo agli esecutori, esclude l'operabilità del cumulo alla rinfusa. Pertanto, "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*", con la conseguenza che, ragionando a contrario, seguendo l'orientamento restrittivo non si apprezzerebbe alcuna differenza tra il regime dettato per i settori ordinari e quello previsto per i settori speciali, come quello dei beni culturali, e non si comprenderebbe la ragione del diverso tenore della disciplina.

3. La decisione del Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato, con la decisione in commento, ha accolto il ricorso proposto dal consorzio stabile escluso dalla gara, ritenendo la sentenza del Tar Lazio viziata per entrambe le censure avanzate dall'appellante.

Sotto un primo profilo, la sentenza è da considerarsi viziata nella parte in cui, sul presupposto dell'avvenuta abolizione del cumulo alla rinfusa, aveva impedito al consorzio di eseguire l'appalto in proprio, per avere questo indicato in sede di gara una singola impresa consorziata come esecutrice priva dei prescritti requisiti di partecipazione.

In particolare, i Giudici, superando alcune eccezioni preliminari[27] ed entrando nel

[24] Cfr. Tar Sicilia, Palermo, Sez. I, 02/03/2023, n. 657.

[25] Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 13/07/2022, n. 4731.

[26] In particolare, "le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207".

[27] In particolare, quelle relative: 1) alla mancata proposizione in appello di domande ed eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che devono intendersi rinunciate *ex* art. 101, comma 2 del D.lgs. n. 104/2010 (*ex multis* Cons. Stato Sez. III, 23/05/2019, n. 3360; Cons. Stato Sez. IV, 02/09/2019, n. 6056, Cons. Stato Sez. VI Sent., 02/01/2020, n. 23); 2) al perimetro del divieto dei "*nova*" di cui all'art. 104 comma 2 c.p.a., che ammette la possibilità di produzione di nuovi documenti allorquando gli stessi siano indispensabili ai fini della decisione ovvero la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile, sicché ratio del divieto di cui all'art. 104 comma 2 c.p.a. è da rinvenire rinvenirsi nel divieto di documentazione probatoria già rilevante nel ricorso di primo grado e che la parte

merito della questione, hanno analizzato l'istituto dei consorzi stabili incentrando l'attenzione sull'elemento della "comune struttura di impresa"[28]. Tale caratteristica, infatti, è idonea a configurare il consorzio stabile come unico interlocutore dell'amministrazione appaltante, a differenza di quanto accade per i RTI e per i consorzi ordinari. "I partecipanti in questo caso danno infatti vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto".

Né, secondo i Giudici, può addivenirsi a conclusioni diverse sulla base di quanto *incidenter tantum* affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, del 18/03/2021, n. 5, in virtù della quale "Solo le consorziate designate per l'esecuzione dei lavori partecipano alla gara e concordano l'offerta, assumendo una responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante"[29], in quanto proprio il vincolo di solidarietà consentirebbe di far ricadere in toto la prestazione sul consorzio stabile, ove l'impresa esecutrice sia priva dei requisiti, senza che detta esecuzione in proprio possa considerarsi elusiva del disposto dell'art. 48 comma 19-*bis* del Codice. In altri termini, secondo il Consiglio di Stato, i limiti alla modifica soggettiva in corso di gara di cui al comma 19-*bis* dell'art. 48 (che richiama i precedenti commi 17, 18 e 19) devono intendersi riferiti all'ipotesi di sostituzione della consorziata esecutrice con altra consorziata, quand'anche già indicata come esecutrice (con modifica in riduzione), e non anche ai rapporti fra impresa consorziata indicata come esecutrice e consorzio che abbia in proprio i requisiti, poiché in quest'ultimo caso "*il Consorzio è* ab initio *parte sostanziale del contratto con la stazione appaltante, chiamato a rispondere in solido della totalità dell'esecuzione della commessa*".

Tale approccio, per il Consiglio di Stato, risulta più rispondente alla *ratio* stessa dei consorzio stabili, "*volta a dare maggiori possibilità di sviluppo alle imprese sprovviste di sufficienti requisiti per accedere a determinate gare (…) attraverso l'accrescimento delle facoltà operative, ottenibile non imponendo al consorzio di avere i requisiti in proprio (…) né prescrivendo quote minime in capo alle consorziate (…) anche perché, altrimenti, si riprodurrebbe inutilmente il modulo organizzativo delle a.t.i., già, peraltro, replicato con l'aggregazione cui dà luogo il consorzio ordinario*"[30]; nonché conforme ai principi di massima partecipazione alle gare e di tassatività delle clausole di esclusione.

non abbia prodotto per propria negligenza (*ex multis* Cons. Stato, Sez. IV, 30/05/2022, n. 4323; Cons. Stato Sez. VI, 26/04/2022, n. 3152); 3) ai profili di ammissibilità del ricorso di appello che non deve limitarsi alla mera riproposizione delle censure formulate in prime cure, ma deve estendersi alla puntuale impugnazione dei capi della sentenza che le avevano rigettate (Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2020, n. 5208; sez. V, 26 marzo 2020, n. 2126; sez. IV, 24 febbraio 2020, n. 1355).

[28] Sul punto, P. Avallone - S. Tarullo, *I consorzi stabili di cui all'art. 12, l. n. 109 del 1994 come modificato dall'art. 9, comma 22, l. n. 415 del 1998 «Merloni ter»*, in *Rivista amministrativa degli appalti*, 1999, 146, già individuavano nell'istituzione di una comune struttura di impresa «*il dato essenziale caratterizzante questo nuovo istituto*».

[29] La vicenda esaminata in quella sede era del tutto differente, inerendo la perdita dei requisiti di una impresa consorziata non designata ai fini della esecuzione dei lavori.

[30] Cons. Stato, VI, n. 2563/2013; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 6433/2019.

Il primo impone che venga privilegiata l'interpretazione che soddisfi l'esigenza della massima partecipazione alla procedura di gara, qualora questa sia compatibile con quella di selezionare un imprenditore qualificato[31].

Il secondo impone di non escludere il concorrente in base a una disposizione di non univoca interpretazione. Nelle gare pubbliche, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e una tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che comporti l'esclusione dalla gara in contrasto con le dinamiche competitive e pro-concorrenziali stante il disposto dell'art. 83 comma 8 d.lgs. 50/2016[32].

Sotto altro profilo, il Consiglio di Stato ha ritenuto la sentenza di primo grado viziata anche per l'omessa pronuncia ad opera del giudice di prime cure della doglianza del difetto di motivazione del provvedimento di "ritiro" dell'aggiudicazione; ciò in considerazione del rilievo che il Tar nulla motivava in ordine alla richiesta del consorzio di esecuzione in proprio, disattendendo espressamente solo quella di sostituzione dell'impresa indicata come esecutrice con altra impresa consorziata. Secondo i Giudici la doglianza non poteva ritenersi assorbita dalle motivazioni di rigetto del ricorso, fondate sul mero richiamo alla previsione della *lex specialis* di gara e "sulla impossibilità di esecuzione in proprio, stante l'abolizione del cumulo alla rinfusa", soprattutto alla luce del fatto la stazione appaltante aveva agito in autotutela.

Sulla base di tali considerazioni, il Consiglio di Stato accede all'orientamento maggioritario ritenendo non solo ancora vigente il criterio del cd. "cumulo alla rinfusa", ma anche legittimo il ricorso allo stesso per la partecipazione dei consorzi stabili alle commesse pubbliche.

4. Conclusioni: uno sguardo al nuovo Codice appalti.

La sentenza del Consiglio di Stato in commento è stata pubblicata pochi giorni prima dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti, d. lgs. 36/2023, ed è interessante osservare che le conclusioni cui giungono i Giudici sono perfettamente in linea con la "nuova" disciplina.

Il d. lgs. n. 36/2023, infatti, all'art. 67, co. 4, ha il medesimo contenuto dell'art. 47 comma 2 d.lgs. n. 50/2016 e il successivo comma 8 sostanzialmente riproduce quanto già previsto dall'art. 36, co. 7 d.lgs. n. 163/2006[33], sciogliendo ogni dubbio

[31] Cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 15/01/2018, n. 187. In generale, sul principio di massima partecipazione v. M. Calabrò, A.G. Pietrosanti, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Ambientediritto*, 2/2023, 1 ss.

[32] Nello specifico della vicenda, vi era stato un contrasto tra Bando di gara, che in caso di consorzio stabile, prevedeva che i requisiti di cui alle precedenti lettere di capacità tecnica e professionale avrebbero dovuto essere "posseduti dal consorzio e da ciascuno dei consorziati per conto dei quali il consorzio partecipava alla gara"; e Disciplinare che, nel regolamentare la fase di aggiudicazione, prevedeva al contrario che le 17 certificazioni di qualità da comprovarsi erano quelle dell'aggiudicatario (ovvero il Consorzio Stabile) e non anche quelle dell'impresa consorziata esecutrice.

[33] L'art. 67, comma 8, statuisce che "ai fini del rilascio o del rinnovo dell'attestazione di qualificazione SOA, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono posseduti e comprovati dai consorzi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La qualificazione è acquisita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica

sull'ammissibilità del cumulo alla rinfusa e mettendo in difficoltà quelle procedure di gara sorte in conformità a quello che sembrava un *revirement* dell'orientamento del Consiglio di Stato con la sentenza n. 7360 del 22/08/2022, alla quale anche l'ANAC aveva deciso di aderire.

Il legislatore, in questo caso, ha sentito la necessità di chiarire l'interpretazione degli artt. 47, 83, 216, del D.lgs. 50/2016, applicabili in via transitoria, disponendo all'art. 225, comma 13, che: "*Gli articoli 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpretano nel senso che, in via transitoria, relativamente ai consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), del medesimo codice, ai fini della partecipazione alle gare e dell'esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall'articolo 36, comma 7, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006 e dagli articoli 81 e 94 del regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. L'articolo 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara*".

Al fine di dirimere ogni dubbio, quindi, il nuovo codice dei contratti pubblici introduce una norma di interpretazione autentica (in quanti tale retroattiva)[34] che disciplina, in via transitoria, l'istituto del 'cumulo alla rinfusa' negli appalti di lavori, prevedendo che i consorzi, ai fini della qualificazione necessaria a partecipare alle procedure di gara, possono utilizzare tanto i requisiti maturati in proprio, tanto quelli delle imprese consorziate[35].

Peraltro, il Consiglio di Stato nella relazione di accompagnamento al nuovo Codice dei Contratti del 7 dicembre 2022, ha confermato che nell'attuale regime del D.lgs. 50/2016 non esiste alcuna norma che escluda il "cumulo alla rinfusa".

In particolare, in quella sede è stato ricordato che, per quanto concerne gli appalti di servizi, "*i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate*", mentre, per quanto concerne gli appalti di lavori, la disposizione ha dato "*continuità con il sistema vigente riguardante l'attestazione SOA del consorzio, che consente*

di importo illimitato è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 106, comma 8, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui all'allegato II.12, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche. Gli atti adottati dall'ANAC restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2" (cfr. art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006).

[34] Cfr. Corte Cost., nn. 3/2011, 74/2008, 162/2008, 236/2009.

[35] Ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, 14/04/2023 n. 1424 che ne ha chiarito l'efficacia retroattiva.

la sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole consorziate".

Sicché è la stessa Relazione al nuovo Codice ad avere fornito l'esegesi delle disposizioni del D.lgs. n. 50/2016 in tema di qualificazione dei consorzi stabili, confermando la perdurante operatività del cumulo alla rinfusa, giusta il rinvio espresso che gli artt. 83 e 47 del D.lgs. n. 50/016 operano alla disciplina previgente di cui al d. lgs. 163/2006, in linea con la giurisprudenza maggioritaria.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2833 – 6 luglio 2023

L'eccesso di lunghezza degli atti processuali e l'accetta del Giudice
(nota a CGARS, Sez. giur., 4 aprile 2023, n. 104)

Andrea Crismani

Sommario: 1. Una diversa prospettiva sulla sinteticità e chiarezza. – **2.** Il dibattito sui predicati tra processo amministrativo e civile. – **3.** Aspetti critici e gli orientamenti sulla infra-petizione. – **4.** Il giudice non può offrire "benevolenza" a una delle parti. – **5.** Quale distinzione tra l'irragionevole estensione dell'atto e la chiarezza e sinteticità espositiva? – **6.** Il ritorno al punto di partenza.

1. Una diversa prospettiva sulla sinteticità e chiarezza.

Una prospettiva originale sul tema della sinteticità e chiarezza degli atti processuali emerge da un recente decreto cautelare del Presidente del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana[1]. Tale decreto adotta un'interpretazione innovativa dei poteri del giudice riguardo alle conseguenze del superamento dei limiti quantitativi degli atti processuali, contribuendo così ad arricchire e ad agitare il dibattito in corso.

Il citato decreto monocratico dichiara inammissibile un'istanza di concessione di misure cautelari monocratiche per "eccesso quantitativo" dell'appello "*proposto il giorno successivo a quello di pubblicazione della sentenza gravata*" che "*al netto delle parti escluse ai sensi dell'articolo 4 del D.P.C.S. 22 dicembre 2016 consta di 100.846 caratteri (spazi esclusi), cui si aggiungono i 6.917 caratteri della "premessa" (questi ultimi rilevanti almeno per la parte eccedente i 4.000 caratteri consentiti dall'articolo 4, comma 1, terzo alinea, del cit. D.P.C.S.), dunque per un totale di caratteri computabili pari a 103.763: sicché l'atto processuale in esame eccede di 33.763 caratteri il limite dimensionale (di 70.000 caratteri) fissato dall'art. 3, comma 1, lettera b), del cit. D.P.C.S. (nonché, altresì, di 3.763 caratteri quello, di 100.000 caratteri, autorizzabile*

[1] CGARS, Sez. giur., decreto, 4 aprile 2023, n. 104.

ai sensi dell'art. 5, comma 1, dello stesso D.P.C.S.)"[2].

Non è tanto il dato fattuale del superamento della quantità (il c.d. eccesso di lunghezza) a destare particolare curiosità (e per certi versi preoccupazione), quanto la conseguenza giuridica e il fondamento interpretativo posto alla base della conseguenza stessa che, com'è noto, costituiscono per il processo amministrativo il nodo problematico derivante dalla formulazione normativa e dalla interpretazione giurisprudenziale non uniforme[3]. È un tema solo in apparenza poco dibattuto tra gli studiosi del processo amministrativo[4] e quelli del processo civile[5] che si cimentano in un numero di predicati spesso vaghi o usati come sinonimi o che son destinati a creare ossimori e che si identificano nella chiarezza, sinteticità, comprensibilità, non prolissità, non ripetitività, brevità, comprensibilità degli atti stessi o ancora nell'essere gli atti o le loro motivazioni concisi o succinti.

Nulla di nuovo[6]: questione dibattuta che inizia ad assumere maggior rilievo con l'avvento della sentenza breve ovvero quella "succintamente motivata" (cfr. art. 21-*bis* l. Tar).

2. Il dibattito sui predicati tra processo amministrativo e civile.

Il dibattito sui predicati ora enunciati invece comincia a formarsi con maggiore

[2] Purtroppo l'epilogo non sarà mai noto in quanto in sede cautelare collegiale "*la parte ha dichiarato di rinunciare all'istanza cautelare annessa al ricorso in epigrafe, come da verbale di udienza, purché con salvezza di quella annessa al riproposto appello n. …*", cfr. CGARS, Sez. giur., ord., 4 aprile 2023, n. 150.

[3] Come rileva F. Francario, *Il principio di sinteticità*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 2018, 683 ss il quale è sostenitore della teoria diametralmente opposta a quella assunta nel decreto in commento. Si v. altresì in modo più approfondito stesso A. *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2018, 129 ss.

[4] Tra i numerosi contributi in dottrina, si v. F. Gambardella, *Giudizio cautelare e principio di sinteticità degli atti processuali* (nota a CGARS ord.36/2021 e decr. 31/2021), reperibile qui *https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1628- giudizio-cautelare-e-principio-di-sinteticita-degli-atti-processuali-nota-a-cgars-ord-36-2021-e-decr-31-2021*; I. Impastato, *Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole e più non dimandare: la scure del giudice amministrativo sui "limiti dimensionali di sinteticità" degli atti processuali di parte (e sul diritto di difesa)*, in *Judicium*, 2021; F. Saitta, *La violazione del principio di sinteticità degli atti processuali*, in *Il Processo*, n. 3/2019, 539 ss.; G. Milizia, *Il dovere di sinteticità non riguarda solo gli scritti difensivi ma anche i documenti depositati*, nota a T.A.R. Palermo, 17 settembre 2019, n. 2203, in*D&G*, 176, 2019, 17; M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017; G. Corso, *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2016, 1 ss.; G. Ferrari, *Sinteticità degli atti nel giudizio amministrativo*, in *Il Libro dell'anno del Diritto* 2016, in *https://www.treccani.it/enciclopedia/sinteticita-degli-atti-nel-giudizio-amministrativo_%28Il-Libro-dell'anno-del-Diritto%29/*; M. Sanino, *La «sinteticità» degli atti nel processo amministrativo: è davvero una novità?,* in *Foro it.*, 2015, V, 379; R. De Nictolis, *La sinteticità degli atti di parte e del giudice nel processo amministrativo, Relazione al Convegno presso la Corte di Cassazione "Giornata europea della giustizia civile"*, Roma, 26 ottobre 2016, in *www.giustizia-amministrativa.it*; M. Nunziata, *La sinteticità degli atti processuali di parte nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *www.l'amministrativista.it*, 2016; G.P. Cirillo, *I principi generali del processo amministrativo*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Milano, 2014, 42-45; F.G. Scoca, *Il "costo" del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4, 1414, F. Cordopatri, *La violazione del dovere di sinteticità degli atti e l'abuso del processo*, in *Federalismi.it*, 2014; Giusti, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2014, 149-155; A.G. Pietrosanti, *Sulla violazione dei principi di chiarezza e sinteticità previsti dall'art. 3, comma 2, c.p.a.*, in *Foro amm. TAR*, 2013, 3611; G.P. Cirillo, *Dovere di motivazione e sinteticità degli atti,* in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012; F. Merusi, *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro amm., CDS*, 2011, 13533 ss.

[5] M. Taruffo, *Note sintetiche sulla sinteticità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* n. 2/2017, 453 ss., G. Finocchiaro, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 2013, 4-3, 853; G. Ianni, *Il principio di sinteticità degli atti e le sue conseguenze nel processo civile,* in *ilprocessocivile.it,* 5 gennaio 2017, 4.

[6] M. Sanino, *La «sinteticità» degli atti nel processo amministrativo: è davvero una novità?,* in *Foro it.,* 2015, V, 379.

enfasi con la fine della macchina da scrivere e con l'avvento dell'informatica e delle banche dati che consentono di redigere atti mediante operazioni di "taglia e incolla" e che nel quotidiano portano verso una crescita bulimica degli atti di parte (e certe volte delle sentenze) togliendo spesso ogni argine ai fiumi di righe e pagine che cominciano a inondare i documenti digitali e le loro stampe cartacee. Fenomeno che si accentua a seguito del passaggio dal bollo, commisurato al numero delle righe per pagina (o commisurato al foglio uso protocollo), al contributo unificato, che invece da tale numero prescinde essendo quantificato in misura forfettaria dando spesso la sensazione di aver pagato abbastanza e di poter scrivere senza limiti. Il dibattito si accentua ulteriormente con il passaggio dall'atto cartaceo all'atto digitale e alla mancanza di sensazione del peso fisico delle cartelle e dei fascicoli.

Invece nello specifico del processo in cassazione lo spauracchio del principio dell'autosufficienza e il conseguente reiterarsi di provvedimenti di inammissibilità ha inclinato gli avvocati a predisporre ricorsi di decine (a volte centinaia) di pagine nei quali ritrascrivere i documenti, gli atti ed i provvedimenti dei precedenti gradi di giudizio spesso anche per intero.

Nel processo amministrativo il principio di sinteticità e di chiarezza è stato codificato all'art. 3, c. 2 c.p.a. (*Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica, secondo quanto disposto dalle norme di attuazione*) ed è previsto per gli atti di parte e per quelli del giudice. Per quanto riguarda gli atti di parte i requisiti formali sono stati disciplinati in un susseguirsi di cambiamenti e con "non poche difficoltà ricostruttive" si è arrivati alla formulazione attuale di cui all'art. 13-*ter* dell'allegato n. 2 attuato per quanto riguarda i limiti dimensionali con il D.P.C.S. 22 dicembre 2016[7].

Il principio di sinteticità e chiarezza trova fonte in una norma ordinaria e può considerarsi "sicuramente" un principio generale definito innovativo e che rientra nell'economia dei mezzi processuali e che costituisce un corollario dell'effettività della tutela giurisdizionale e della ragionevole durata del processo che ne è una sub specie e come tale non avrebbe di per sé fondamento costituzionale[8]. Lo sviluppo di detto principio è stato significativo in quanto è andato anche "oltre il processo amministrativo"[9] e con un moto circolare di contaminazione è arrivato a sfiorare il ricorso per Cassazione e a "toccare" il processo civile in generale[10]

[7] Per una ricostruzione si rinvia a R. De Nictolis, *La sinteticità degli atti di parte e del giudice nel processo amministrativo*, cit., *supra*, F. Francario, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit.

[8] F. Francario, *Il principio di sinteticità*, cit.

[9] Come notava la Cass. sez. un., ord., 11 aprile 2012 n. 5698 "*la sintesi va assumendo nell'ordinamento è del resto attestato anche dall'art. 3, n. 2, del codice del processo amministrativo (di cui al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104), il quale prescrive anche alle parti di redigere gli atti in maniera chiara e sintetica* …" e inoltre la recentissima Cass., sez. II, ord., 16 marzo 2023, n. 7600, *infra*.

[10] In un primo momento in relazione al processo amministrativo telematico la Cassazione ha espresso l'orientamento che le regole di redazione di ricorso e atti difensivi del processo amministrativo si applicano al ricorso per cassazione, invece con successiva sentenza (sez. II, 25 novembre 2019, n. 306859) ha stabilito che non può trovare applicazione in sede di ricorso per cassazione, in mancanza - allo stato - di una previsione di legge primaria atta a formalizzare l'applicabilità della inammissibilità del ricorso per violazione degli stessi criteri di fronte alla Corte di cassazione.

e (con orientamenti definiti stravaganti[11]) a interessare il processo tributario[12].

Il sistema del processo amministrativo è visto come un modello avanzato che potrebbe porre rimedio "*alla crisi di funzionalità del processo civile e soprattutto di quello di legittimità, afflitto da un arretrato spaventoso e difficilmente gestibile*"[13]. La dottrina e gli operatori del processo civile seguono "*l'esperienza del supremo Consesso amministrativo*" che "*non ha esitato (…) a qualificare la sinteticità degli atti come uno dei modi – e forse tra i più importanti – per arrivare ad una giustizia rapida ed efficace*". Ma notano altresì che *"nel processo civile è tutto più difficile"* a causa delle *"antichissime radici"* che hanno sviluppato *"l'inclinazione alla prolissità e alla complessità dell'argomentazione*"[14].

Di recente il processo civile con le riforme orizzontali previste dal PNRR ha assunto una propria disciplina compiuta prevedendo tutta una serie di interventi (agli artt. 163, c. 2, n. 4, 167, c. 1, 366 c.p.c.) e, in particolare, all' art. 121 c.p.c. ha previsto i principi di chiarezza e sinteticità degli atti del giudice e delle parti quali principi generali, mentre all'art. 46 disp. att. al c.p.c. ha previsto la forma e i criteri di redazione degli atti giudiziari[15].

La Relazione illustrativa alla riforma precisa che tale principio di delega è stato introdotto in un'ottica di accelerazione del processo, tenendo conto altresì dello sviluppo e del consolidamento del processo civile telematico, che impone nuove e più agili modalità di consultazione e gestione degli atti processuali da leggere tramite video, tanto per le parti quanto per i giudici[16].

La legge delega ha altresì espressamente previsto il divieto di sanzioni sulla validità degli atti per il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma, sui limiti e sullo schema informatico dell'atto, quando questo ha comunque raggiunto lo scopo, e che della violazione delle specifiche tecniche, o dei criteri e limiti redazionali, si possa tener conto nella disciplina delle spese[17]. Ta-

[11] La Commissione Tributaria Regionale Veneto n. 367/2022, con stravagante pronuncia, ha disposto l'inammissibilità dell'appello, reputando che: a) esiste un principio di sinteticità degli atti processuali, che governa il giudizio di cassazione; b) la violazione di detto principio comporta l'inammissibilità dell'atto processuale; c) tale principio deve caratterizzare l'intero processo e quindi anche i gradi di merito; d) il principio della sinteticità è anche attestato dall'art. 3, n. 2 del Codice del processo amministrativo del 2010; e) la mera consistenza dell'appello in 172 pagine viola di per sé il principio di sinteticità e detta violazione è rafforzata dalla produzione documentale sopra enunciata; f) infine, la produzione di una ulteriore memoria illustrativa deve esser valutata nell'ambito della condotta processuale tenuta dalla parte e si riflette sulla determinazione delle spese di litem cfr. S. Muleo, *Stravaganze in tema di inosservanza del principio di sinteticità degli atti processuali tributari (nota a CTR Veneto n. 367/2022)*, in *Riv. Telematica diritto tributario*, 2022.

[12] N. Durante, *Il paradigma della sinteticità degli atti giudiziari. Applicabilità al processo tributario?,* in *Innovazione e diritto*, 2018, 2, 205.

[13] Sul punto Cass. civ., sez. II, 20 ottobre 2016, n. 21297 che dato atto della carenza di prescrizioni esplicite di sinteticità nel processo civile, individua i riferimenti normativi esistenti come introdotti espressamente nel c.p.a. e soprattutto desume le prime dal principio di ragionevole durata del processo e da quello di leale collaborazione tra le parti processuali e tra quelle ed il giudice richiamando altra giurisprudenza (Cass. n. 11199/12 e Cass. n. 9488/14).

[14] F. De Stefano, *La sinteticità degli atti processuali civili di parte nel giudizio di legittimità. Commento a Cassazione, sentenza n. 21297/16*, in *https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-sinteticita-degli-atti-processuali-civili-di-parte-nel-giudizio-di-legittimita_24-11- 2016.php*.

[15] L'intervento normativo trae origine dallo specifico criterio di delega, contenuto alla lett. d) del c. 17, dell'articolo unico della legge delega n. 134/2021, che ha delegato il governo a prevedere che i provvedimenti del giudice e gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate, possano essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo, nel rispetto dei princìpi di chiarezza e sinteticità.

[16] Relazione tecnica allo schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206. Dossier dei Servizi e degli Uffici del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati A.G. n. 407 del 6 settembre 2022.

[17] Sulla recente riforma L.R. Luongo, *Il «principio» di sinteticità e chiarezza degli atti di parte e il diritto di accesso al giudice (anche alla luce dell'art. 1, co. 17 lett. d ed e, d.d.l. 1662*, in

le principio di delega è stato recepito nella nuova formulazione dell'art. 46 disp. att. c.p.c.[18].

Anche il Codice della giustizia contabile contiene un'espressa norma[19].

I principi di sinteticità e chiarezza informano altresì l'ordinamento dell'Unione Europea e della Cedu. La CorteGUE richiede un numero massimo di pagine[20], le Linee guida[21] prevedono che "*nei limiti del ragionevole, le memorie dovrebbero essere il più sintetiche possibile*" e di mantenere "*uno stile semplice in modo che il documento sia agevolmente traducibile – periodi chiari e incisivi sono la scelta migliore*". La Corte EDU impone l'utilizzo di un formulario di ricorso, richiedendo una sintetica esposizione dei fatti e dei motivi e un numero massimo di pagine per i documenti integrativi[22].

Interessante notare l'art. 132 c.p.c. svizzero (rubricato Atti viziati da carenze formali o da condotta processuale querulomane o altrimenti abusiva) nel quale gli atti illeggibili, sconvenienti, incomprensibili o prolissi vanno sanati entro il termine fissato dal giudice, altrimenti, l'atto si considera non presentato[23].

Per andare oltre il sistema processuale si può notare che esiste anche una specifica regola tecnica UNI 11482:2013 sugli "Elementi strutturali e aspetti linguistici delle comunicazioni scritte delle organizzazioni" che interviene (in via volontaria per quanto riguarda l'applicabilità) sui linguaggi delle organizzazioni i quali genericamente sono tecnico- amministrativi e indipendentemente dall'argomento condividono alcune caratteristiche che dovrebbero essere disciplinate. In particolare queste regole tecniche permettono di definire concretamente la chiarezza.

Inoltre nella pubblica amministrazione ci sono stati tentativi di migliorare il linguaggio burocratese[24], come anche nell'ambito legislativo con tecniche di buona redazione.

In effetti la questione si sposta sulle tecniche di redazione degli atti e su quella disciplina moderna che si chiama *legal design*[25].

Judicium, 2021, A. Polini e M. Zaglio, *L'atto giudiziario come genere letterario: gli stilemi fissati dal D.Lgs. 149/2022*, in *https://deiustitia.it/2023/03/latto-giudiziario-come-genere-letterario-gli-stilemi-fissati-dal-d-lgs- 149-2022/*.

[18] Per una precisa ricostruzione si rinvia a L.R. Luongo, *Il «principio» di sinteticità e chiarezza degli atti di parte e il diritto di accesso al giudice (anche alla luce dell'art. 1, co. 17 lett. d ed e, d.d.l. 1662)*, in *Judicium - Il processo civile in Italia e in Europa*, https://www.judicium.it/il-principio-di-sinteticita-e-chiarezza-degli-atti-di-parte-e-il-diritto-di-accesso-al-giudice-anche- alla-luce-dellart-1-co-17-lett-d-ed-e-d-d-l-1662/.

[19] Cfr. art. 5, c. 2, Dovere di motivazione e sinteticità degli atti e dispone che "*Il giudice, il pubblico ministero e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica*".

[20] Istruzioni pratiche alle parti relative alle cause proposte davanti alla Corte del 25.11.2013, in GUUE 31.1.2014.

[21] Linee guida per gli avvocati che compaiono dinanzi alla Corte di Giustizia Ue nei procedimenti di rinvio pregiudiziale redatte dalla delegazione permanente presso la Corte di giustizia Ue del CCBE (Consiglio degli ordini forensi d'Europa) al fine di rendere più semplice ed efficace la difesa presso la Corte stessa.

[22] Art. 47 regolamento di procedura, in https://www.echr.coe.int/documents/rules_court_ita.pdf.

[23] Codice di diritto processuale civile svizzero del 19 dicembre 2008 (Codice di procedura civile, CPC), in https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/262/it#art_132. Per un'analisi si v. F. De Stefano, *La sinteticità degli atti processuali civili di parte nel giudizio di legittimità. Commento a Cassazione, sentenza n. 21297/16*, cit.

[24] Si ricorda il codice di stile del dipartimento della funzione pubblica del ministro Sabino Cassese del 1993, dal manuale di stile del Dipartimento della funzione pubblica del 1997, dalla Guida alla redazione dei testi normativi della Presidenza del consiglio dei ministri approvata con circolare 2 maggio 2001, dalla Direttiva Frattini del 8 maggio 2002 sulla Semplificazione del linguaggio dei testi amministrativi.

[25] Si discute se il *legal design* sia una propria disciplina o un metodo o una tecnica o un atteggiamento mentale. In ogni caso è una combinazione di più saperi che consente, grazie all'uso di determinati strumenti e tecniche, di progettare prodotti di contenuto giuridico con l'obiettivo che siano: 1. precisi sotto il profilo tecnico giuridico; 2. comprensibili, efficaci immediatamente fruibili sotto il profilo comunicativo e 3. che raggiungano l'obiettivo principale della chiarezza, dell'usabilità e della semplificazione. Si crea una sfida tra la padronanza delle competenze giuridiche e la capacità di redazione di testi

Essa si ritrova ad esempio nel regolamento sui compensi degli avvocati nella parte in cui prevede il sistema premiante del compenso dell'avvocato per gli atti processuali redatti con tecniche informatiche idonee ad agevolarne la consultazione o la fruizione, la ricerca testuale all'interno dell'atto e dei documenti allegati e la navigazione all'interno dell'atto[26].

La questione è comunque anche culturale e non solo precettiva. Calamandrei nell'*Elogio dei giudici scritto da un avvocato* insegna che "*la brevità e la chiarezza, quando riescono a stare insieme, sono i mezzi sicuri per corrompere onestamente il giudice*". Scialoja dal canto suo insegna che "*il diritto è l'arte di tracciare i limiti ed un limite non esiste se non in quanto sia chiaro*" e "*tutto ciò che è oscuro può appartenere forse ad altre scienze, ma non al diritto*"[27].

Il punto è che giurista (o meglio una parte di essi o alcune categorie o parti di esse) non è propenso al bello nel linguaggio. Il valore della bellezza assume importanza per favorire lo sviluppo della conoscenza. Per i giuristi il bello non è un obiettivo ricercato anzi è percepito quasi come un disvalore, perché si sospetta ambiguo, non necessariamente completo, serio, affidabile, preferisce un linguaggio contorto[28].

3. Aspetti critici e gli orientamenti sulla infrapetizione.

Ritornando al processo amministrativo, com'è noto, ci sono alcuni aspetti critici che a fronte della recente riforma del processo civile potrebbero trovare spunto e soluzione con quel moto circolare di rinvio esterno a doppio senso.

È pacifico che il principio di sinteticità e chiarezza, come detto, è previsto da fonte primaria e trova corollario in una serie di principi citati. Meno pacifica è la conseguenza della violazione: nessuna norma di rango primario sul processo amministrativo prevede esplicitamente che la violazione del principio di sinteticità possa dar luogo alla inammissibilità – *in parte qua* – della domanda. Le conseguenze della violazione del principio si individuano all'art. 26 c.p.a., con riguardo all'aspetto della condanna alle spese di lite e all'art. 13-*ter*, c. 5, all. II c.p.a., laddove è previsto che l'omesso esame del giudice delle questioni contenute nelle pagine dell'atto eccedenti i limiti dimensionali prescritti o autorizzati non rappresenta motivo di impugnazione.

Non più pacifica è altresì l'interpretazione del citato comma 5 sulla condotta del giudice.

L'interpretazione delle conseguenze della violazione di tali norme, compresi i re-

giuridici.

[26] D.m. Giustizia n. 37/2018, Regolamento recante modifiche al decreto 10 marzo 2014, n. 55, concernente la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247 che all'art. 1 co. 1 *bis* prevede che "*Il compenso determinato tenuto conto dei parametri generali di cui al comma 1 è di regola ulteriormente aumentato del 30 per cento quando gli atti depositati con modalità telematiche sono redatti con tecniche informatiche idonee ad agevolarne la consultazione o la fruizione e, in particolare, quando esse consentono la ricerca testuale all'interno dell'atto e dei documenti allegati, nonché la navigazione all'interno dell'atto*".

[27] Si v. in *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1911, I, 942.

[28] Normalmente la bellezza è presente nelle discipline architettoniche e urbanistiche: si dice che una città bella è una città dove si sviluppano comunità più prosperosa e dove è favorita la crescita economica e sociale. Applicare questo concetto ai contenuti giuridici?

quisiti e i limiti dimensionali degli atti, è stata affidata alla dottrina e alla giurisprudenza che si è concretizzato in diversi filoni generando orientamenti contrastanti e qualche volta radicali come nel caso in commento.

Secondo una prima teoria il superamento dei limiti dimensionali determinerebbe l'inammissibilità delle specifiche censure o delle deduzioni svolte dalla parte[29] riceven-

[29] Riassume in modo efficace il Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2016, n. 4636, di fronte ad un appello di 217 pagine: In ordine alla natura, al fondamento ed alla consistenza dei doveri di sinteticità, chiarezza e specificità (degli scritti delle parti e in particolare degli atti di impugnazione), ed alle conseguenze discendenti dalla loro violazione, il Collegio non intende discostarsi dai principi elaborati dalla giurisprudenza civile ed amministrativa (cfr. Cass., sez. II, 20 ottobre 2016 n. 21297; sez. lav., 30 settembre 2014, n. 20589; sez. un., 11 aprile 2012, n. 5698; Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2016, n. 1268; sez. III, 21 marzo 2016, n. 1120; sez. VI, 4 gennaio 2016 n. 8; sez. V, 2 dicembre 2015, n. 5459; sez. V, 30 novembre 2015, n. 5400; sez. IV, 6 agosto 2013, n. 4153; Cons. giust. amm., 14 settembre 2014, n. 536; 19 aprile 2012, n. 395), secondo cui:

a) gli artt. 3, 40 e 101 c.p.a. intendono definire gli elementi essenziali del ricorso, con riferimento alla causa petendi (i motivi di gravame) ed al petitum, cioè la concreta e specifica decisione richiesta al giudice; con particolare riguardo alla stesura dei motivi, lo scopo delle disposizioni è quello di incentivare la redazione di ricorsi dal contenuto chiaro e di porre argine ad una prassi in cui i ricorsi, oltre ad essere poco sintetici non contengono una esatta suddivisione tra fatto e motivi, con il conseguente rischio che trovino ingresso i c.d. "motivi intrusi", ossia i motivi inseriti nelle parti del ricorso dedicate al fatto, che, a loro volta, ingenerano il rischio della pronuncia di sentenze che non esaminano tutti i motivi per la difficoltà di individuarli in modo chiaro e univoco e, di conseguenza, incorrano nel rischio di revocazione;

b) la chiarezza e specificità degli scritti difensivi (ed in particolare dei motivi) si riferiscono all'ordine delle questioni, al linguaggio da usare, alla correlazione logica con l'atto impugnato (sentenza o provvedimento che sia), alle difese delle controparti; ne consegue che è onere della parte ricorrente operare una sintesi del fatto sostanziale e processuale, funzionale alla piena comprensione e valutazione delle censure, così evitando la prolissità e la contraddittoria commistione fra argomenti, domande, eccezioni e richieste istruttorie;

c) l'inammissibilità dei motivi di appello non consegue solo al difetto di specificità di cui all'art. 101, co. 1, c.p.a., ma anche alla loro mancata "distinta" indicazione in apposita parte del ricorso a loro dedicata, come imposto dall'art. 40 c.p.a. applicabile a giudizi di impugnazione in forza del rinvio interno operato dall'art. 38 c.p.a.; conducano alla inammissibilità per violazione dei doveri di sinteticità e specificità dei motivi, come sancito dagli artt. 3 e 40 c.p.a. (Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2015 n. 5400);

d) il dovere di sinteticità sancito dall'art. 3, comma 2, c.p.a., strumentalmente connesso al principio della ragionevole durata del processo (art. 2, comma 2, c.p.a.), è a sua volta corollario del giusto processo, ed assume una valenza peculiare nel giudizio amministrativo caratterizzato dal rilievo dell'interesse pubblico in occasione del controllo sull'esercizio della funzione pubblica; tale impostazione è conforme alla considerazione della «… giurisdizione come risorsa a disposizione della collettività, che proprio per tale ragione deve essere impiegata in maniera razionale, sì da preservare la possibilità di consentirne l'utilizzo anche alle parti nelle altre cause pendenti e agli utenti che in futuro indirizzeranno le loro controversie alla cognizione del giudice statale» (l'idea della funzione giurisdizionale quale "risorsa scarsa" è stata sviluppato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in due recenti pronunce, 25 febbraio 2014, n. 9 e 27 aprile 2015, n. 5, e ripreso dalle Sezioni unite della Corte di cassazione nelle sentenze 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243 e, da ultimo, nella sentenza 20 ottobre 2016 n. 21260);

e) gli oneri di specificità sinteticità e chiarezza incombenti sulla parte ricorrente (e sul suo difensore, che tecnicamente la assiste in giudizio) trovano il loro fondamento:

I) nell'art. 24 Cost., posto che solo una esposizione chiara dei motivi di ricorso o, comunque, delle ragioni che sorreggono la domanda consente l'esplicazione del diritto di difesa delle altre parti evocate in giudizio;

II) nella loro strumentalità alla attuazione del principio di ragionevole durata del processo, ex art. 111, comma secondo, Cost., poiché un giudizio impostato in modo chiaro e sintetico, quanto alla causa petendi ed al petitum, rende più immediata ed agevole la decisione del giudice, evita l'attardarsi delle parti su argomentazioni ed eccezioni proposte a mero scopo tuzioristico, rende meno probabile il ricorso ai mezzi di impugnazione e, tra questi, in particolare al ricorso per revocazione, a maggior ragione se proposto con finalità meramente dilatorie del passaggio in giudicato della decisione;

III) nella necessità della difesa "tecnica", il che contribuisce a rendere evidente la natura della professione legale quale "professione protetta", ai sensi dell'art. 33, comma quinto, Cost. e degli artt. 2229 e seguenti del codice civile (cfr. Corte cost., 17 marzo 2010 n. 106);

f) l'esigenza "forte" della brevità degli scritti difensivi non è solamente una caratteristica dell'ordinamento processuale italiano; si pensi alle istruzioni pratiche relative ai ricorsi ed alle impugnazioni adottate - il 15 ottobre 2004 (G.U. L 29 dell'8 dicembre 2004) e modificate il 27 gennaio 2009 (G.U. L 29 del 31 gennaio 2009) - dalla Corte di giustizia dell'Unione europea;

g) in definitiva, lungi dal porsi come un "ostacolo" alla esplicazione del diritto alla tutela giurisdizionale, i principi di specificità chiarezza e sinteticità sono funzionali alla più piena e complessiva realizzazione del diritto di difesa in giudizio di tutte le parti del processo, in attuazione degli artt. 24 e 111 Cost., e sostengono, una volta di più, le ragioni della necessità di difesa tecnica e, dunque, della natura "protetta" della professione intellettuale legale.

do però la critica dell'assenza di una norma dalla quale sarebbe possibile far derivare la conseguenza dell'irricevibilità o inammissibilità *in parte qua* dell'atto processuale di parte eccedente i limiti dimensionali previsti.

Tale filone aveva dichiarato l'inammissibilità dell'appello proposto per violazione del dovere di specificità dei motivi di ricorso *ex* artt. 40, c. 1, lett. d) e 101, c. 1, c.p.a. e altresì del dovere di sinteticità di cui all'art. 3, c. 2, c.p.a sulla scorta di quel filone dell' Adunanza plenaria[30] e ripreso dalle Sezioni unite della cassazione[31] della considerazione della "*giurisdizione come risorsa a disposizione della collettività, che proprio per tale ragione deve essere impiegata in maniera razionale, sì da preservare la possibilità di consentirne l'utilizzo anche alle parti nelle altre cause pendenti e agli utenti che in futuro indirizzeranno le loro controversie alla cognizione del giudice statale*".

In base a un altro orientamento della giurisprudenza amministrativa è stato di contro escluso che la violazione dei limiti dimensionali comporti la irricevibilità, in *parte qua*, dell'atto, in quanto vanno in concreto soppesato le dimensioni dell'atto con la complessità della vicenda[32]. Se l'iniziale impostazione legislativa faceva leva unicamente sulla condanna alle spese di lite (art. 26 c.p.a.), secondo questa teoria giurisprudenziale "*l'art. 13-ter, in modo estremamente innovativo sul piano sistematico, sanziona in termini (non di nullità, bensì*) di "inutilizzabilità" le difese sovrabbondanti" (c.d. infra-petizione) in quanto il giudice è autorizzato a presumere che la violazione dei limiti dimensionali (ove ingiustificata) sia tale da compromettere l'esame tempestivo e l'intellegibilità della domanda"[33].

La posizione assunta coglie il problema di fondo della mole di affari trattati e sintomatico ne è il passaggio dell'ordinanza che rileva come "*ciascuna Sezione del Consiglio di Stato – non contemplando il nostro ordinamento processuale alcun meccanismo di filtro (a differenza della stragrande maggioranza delle Supreme Corti europee) – ogni settimana deve scrutinare nel merito un numero elevatissimo di cause (nell'ordine delle centinaia), ciascuna delle quali (salvo che gli avvocati non compaiano o vi rinuncino) è ammessa alla discussione orale*".

Esiste anche un orientamento che prevede sanzioni di irricevibilità o inammissibilità per il superamento non autorizzato dei limiti dimensionali, ma con alcune cautele, come l'invito a riformulare le difese o a sintetizzare con memoria o a concedere alla controparte la possibilità di replicare sulla parte eccedente[34] oppure trascurare i profili di inammissibilità, poiché il ricorso è privo di fondamento nel merito[35].

[30] Cons. St., A.p.,25 febbraio 2014, n. 9 e 27 aprile 2015, n. 5.

[31] Cass. sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243 e 20 ottobre 2016 n. 21260.

[32] CGARS (ord.) 15 settembre 2014, n. 536; Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2969.

[33] Per una ricostruzione delle teorie si v. G. Lofaro, *La disciplina dei limiti dimensionali e redazionali degli atti nel processo amministrativo tra chiarezza sinteticità*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, XXI, 3/2021, 30 ss.

[34] Cons. St., sez. VI, 13 aprile 2021, n. 3006, cfr. F. Valerini, *L'avvocato deve fare il riassunto se vuole che le sue difese siano esaminate*, in Diritto & Giustizia, 76, 2021, 6.

[35] Cons. St., sez. II, 17 febbraio 2021, n. 1450, a conferma di T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, n. 5497/2012. Secondo questa decisione: "*Si può tuttavia prescindere da profili di inammissibilità, ivi compresi quelli sollevati dalla difesa di RFI, essendo il ricorso infondato nel merito*".

4. Il giudice non può offrire "benevolenza" a una delle parti.

Nel caso di specie[36] il Giudice ha negato la tutela cautelare monocratica applicando "la sanzione" dell'inammissibilità dell'istanza di concessione di misure cautelari monocratiche "*perché contenute nelle pagine finali dell'atto di appello, ossia in quelle che certamente eccedono il relativo limite dimensionale normativamente stabilito*". La lettura che egli ha dato all'art. 13-ter, c. 5, delle norme di attuazione del c.p.a. è alquanto diversa da quanto si stava consolidando sino ad ora. Si era abbastanza convinti - ma pare non sia proprio così - che il c. 5 "*si limiti a stabilire che il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti*", e che "*l'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione*" (la deroga rispetto all'obbligo generalmente esistente in campo al giudice di pronunciare su tutta la domanda – c.d. legittimità dell'infrapetizione), lasciando così "*apparentemente intendere che il giudice possa, pur se solo facoltativamente, esaminare anche le questioni poste nelle pagine in eccesso*".

Invece la posizione assunta dal decreto presidenziale vede configurare nel comma 5 "*un obbligo (negativo) del giudice, piuttosto che una sua facoltà, di non esaminare le questioni (e, dunque, di non conoscere delle domande) trattate nelle porzioni dell'atto processuale che eccedano i suoi limiti normativamente fissati*", ovviamente "*fatte salve, naturalmente, le facoltà "riparatorie" concesse dall'art. 7, comma 1, del cit. D.P.C.S., e segnatamente dal relativo secondo periodo*".

Detta posizione sarebbe frutto di "*una più meditata considerazione*" in base alla quale "*si deve piuttosto ritenere che la normativa citata non abbia demandato al giudice di poter conoscere, o meno, delle questioni ulteriori a quelle svolte nei limiti dimensionali dell'atto processuale secondo il suo soggettivo apprezzamento*", ma ne avrebbe previsto un "*obbligo (negativo) del giudice*".

Detto obbligo si troverebbe nei "*fondamentali principi di terzietà e di imparzialità del giudice*" che in "*un processo di parti (ossia di c.d. giurisdizione soggettiva)*" non può offrire "*benevolenza*" a una delle parti in quanto la benevolenza offerta *"conseguirebbe ineluttabilmente un pregiudizio (da reputarsi "ingiusto", perché ottenuto a fronte della violazione di una norma del codice processuale) per le (altre) controparti processuali*"[37].

Il decreto presidenziale sembra suggerire che già il solo mancato rispetto dei limiti quantitativi degli atti processuali potrebbe portare a una potenziale dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione. Questo perché il superamento di tali limiti non tanto potrebbe compromettere la chiarezza delle questioni quanto invece ostacolare il principio di leale collaborazione tra le parti coinvolte nel processo e il giudice. Tale situazione rappresenterebbe un impedimento per un dibattito completo ed efficace, con l'ulteriore obiettivo di evitare l'imposizione di oneri processuali superflui sia allo Stato che alle parti coinvolte.

[36] CGARS, Sez. giur., Decreto, 4 aprile 2023, n. 104.

[37] Il corsivo è mio.

Da ciò si desumerebbe che il superamento della quantità prevista (del c.d. peso o lunghezza) comporti l'inammissibilità per la parte eccedente, e nel caso di specie della complessiva tutela cautelare presidenziale, azionata il "*giorno successivo a quello di pubblicazione della sentenza gravata*". Elemento quest'ultimo che, non conoscendo gli atti di causa, potrebbe intendersi come atto particolarmente urgente redatto da un legale veloce e capace oppure come atto "buttato su in un solo giorno" con la probabile tecnica del copia incolla.

In ogni caso il decreto presidenziale commentato ritiene che i limiti dimensionali possono costruire un requisito formale necessario e sufficiente per il raggiungimento dello scopo dell'atto processuale.

Va detto che la giurisprudenza invece pare attestarsi su una posizione diversa da quella sostenuta dal decreto presidenziale commentato: considera la violazione della sinteticità quale sintomatica della sussistenza di un vizio dell'atto che si manifesta solo ove venga compromessa l'intelligibilità delle questioni dedotte. La giurisprudenza, pur conferendo certamente rilievo al principio di sinteticità che supporta la necessità di essere concisi, sembra suggerire che questo principio non si limiti solo alla brevità dell'atto. La mancanza di sinteticità potrebbe rendere parte dell'atto processuale inammissibile o irricevibile solo se le questioni sollevate diventano oscure e poco comprensibili, violando così i requisiti di forma e contenuto testualmente stabiliti dalla legge.

5. Quale distinzione tra l'irragionevole estensione dell'atto e la chiarezza e sinteticità espositiva?

Andrebbe fatta debita distinzione tra l'irragionevole estensione dell'atto e la (non) chiarezza e sinteticità espositiva[38].

È assodato che "*la sinteticità non è più un mero canone orientativo della condotta delle parti, bensì è oramai una regola del processo amministrativo*"[39] e che di conseguenza le parti dovrebbero rispettare le regole sui limiti o chiederne autorizzazione per il loro superamento, poiché il giudice è autorizzato a presumere che la violazione dei limiti dimensionali, allorquando ingiustificata, sia tale da compromettere l'esame tempestivo nonché l'intellegibilità della domanda[40].

Come procede il Giudice di fronte ad una presunzione del genere?

Il Consiglio di Stato, in una recente ordinanza, si è espresso con la raccomandazione che "*non è opportuno sorprendere le*

[38] Cfr. Cass. sez. un., ord. 30 novembre 2021, n. 37552, secondo la quale "*il ricorso deve essere redatto in conformità ai principi di chiarezza e sinteticità espositiva, occorrendo che il ricorrente selezioni i profili di fatto e di diritto della vicenda sub iudice posti a fondamento delle doglianze proposte, in modo da offrire al giudice di legittimità una concisa rappresentazione dell'intera vicenda giudiziaria e delle questioni giuridiche prospettate e non risolte o risolte in maniera non condivisa, per poi esporre le ragioni delle critiche nell'ambito della tipologia dei vizi elencata dall'art. 360 c.p.c.; tuttavia l'inosservanza di tali doveri può condurre ad una declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione soltanto quando si risolva in una esposizione oscura o lacunosa dei fatti di causa o pregiudichi l'intelligibilità delle censure mosse alla sentenza gravata, così violando i requisiti di contenuto-forma stabiliti dai nn. 3 e 4 dell'art. 366 c.p.c.*". V anche Cass. civ., sez. trib., sent., 21 marzo 2019, n. 8009, Cass. civ., 20 ottobre 2016, n. 21297; Cass., sez. un., 17 gennaio 2017, n. 964; Cass., I, 13 aprile 2017, n. 9570; Cass. civ., sez. III, 31 luglio 2017, n. 18962.

[39] Cons. St., sez.VI, ord. 13 aprile 2021, n. 3006.

[40] *Ibidem*.

parti con atteggiamenti drastici o punitivi, ma, in linea con il principio di leale collaborazione e con un canone di adeguatezza, appare più giusto concedere un breve rinvio, per permettere alle medesime di operare un ragionevole riequilibrio dimensionale delle difese"[41].

Si è anche espresso, in altra decisione, di "*ritenere irragionevole non considerare le ultime pagine qualora l'esiguo sforamento dipenda dall'inserimento di immagini*" e nel caso da un'elevata complessità tecnica[42].

Purtroppo, a mio avviso, non è sempre assodato in giurisprudenza, mentre lo è più in dottrina[43], che la sinteticità non possa essere assimilata alla brevità e che l'assenza di brevità comporti l'intellegibilità dell'atto processuale e quindi la sua inammissibilità, irricevibilità o addirittura nullità, e questo sulla base di una mera presunzione generata dal legislatore che ha considerato la non sinteticità un fatto sintomatico di una possibile non intellegibilità del contenuto dell'atto processuale[44]. Tuttavia la nullità non può mai essere pronunciata se l'atto ha raggiunto il suo scopo.

Brevità e sinteticità non paiono assumere il medesimo significato e anche il giudice amministrativo ha specificato che "*l'essenza della sinteticità, sancita dal codice di rito, non risiede nel numero delle pagine o delle righe in ogni pagina, ma nella proporzione tra la molteplicità e la complessità delle questioni dibattute e l'ampiezza dell'atto che le veicola*"[45].

Pertanto è sintetico l'atto non solo se esclude ripetizioni o ridondanze non utili, ma anche quando la dimensione è proporzionata alla numerosità e alla complessità delle questioni trattate.

Sul punto Fabio Francario ci ricorda che è necessario stabilire se nel ragionamento sul tema ci si vuole riferire allo scopo immediato della regola sui limiti dimensionali, che è garantire la brevità, o a quello finalistico del principio, che è assicurare l'ottimale comprensibilità dell'atto. Egli afferma che è importante evitare di considerare la regola della brevità come un'unica manifestazione del principio di sinteticità. In effetti, questo principio non si riduce semplicemente al rispetto di limiti numerici di pagine, spazi o battute, ma si riferisce alla corretta proporzione tra le questioni da affrontare e gli argomenti scelti per farlo in modo equilibrato[46].

Dovrebbe essere assodato che la sinteticità è considerata come una caratteristica formale di un atto processuale, e la sua mancanza non avrà conseguenze negative per l'atto stesso, a meno che non comporti la mancanza di elementi concreti che supportino l'allegata illegittimità[47].

In questo senso, non sembrano esserci nuovi requisiti formali che devono essere considerati necessari per il raggiungimento dello scopo dell'atto processuale.

Se l'esposizione delle questioni è oscura e confusa, compromettendo la loro comprensibilità, la domanda può essere dichiarata inammissibile a causa dell'incertezza

[41] *Ibidem*.

[42] Cons. St., sez. III, 12 ottobre 2020, n. 60434.

[43] A. Giusti, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*, nota a Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210, in *Giur. it.*, 2014, 148; F. Saitta, *Rito appalti e dovere di sinteticità: gli scritti difensivi "obesi" esistono, ma la ...dieta è sbagliata,* in Lexitalia.it, 7/2015; M.A. Sandulli, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?*, cit., *passim*.; G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015, 535.

[44] Cfr. F. Francario, *Il principio di sinteticità*, cit., *passim*.

[45] Cons Stato, sez. III, 12 giugno 2015, n. 2900.

[46] F. Francario, *Il principio di sinteticità*, cit., *passim*.

[47] *Ibidem*.

che provoca. Tuttavia, se l'atto, nonostante superi i limiti dimensionali, contiene domande formulate in modo chiaro e comprensibile per il giudice, non ci sono motivi per evitare di pronunciarsi sull'intera domanda[48].

Attenta dottrina ci ricorda che rimane da dimostrare che un testo, per essere sintetico debba anche essere breve, e che quindi il problema della sintesi si possa risolvere semplicemente dando i numeri: un testo lungo può essere sintetico se tratta numerosi argomenti e un testo breve può essere prolisso se il suo contenuto è semplice[49].

Sebbene sinteticità e chiarezza siano, per quanto appena esposto, criteri distinti (o almeno distinguibili), essi vengono correntemente adoperati assieme per formare "un'endiadi, in cui la prima è quasi sempre premessa alla seconda"[50].

Sul fronte del processo civile si notano importanti cambiamenti che potrebbero essere utili al processo amministrativo adottando le tecniche dell'analogia legis e l'analogia juris in un percorso a doppio senso tra il processo civile e quello amministrativo.

Dalla lettura delle norme sulla riforma del processo civile (in particolare gli artt. 121 c.p.c. e 46 disp. att. c.p.c.), e sulla scia della giurisprudenza della Cassazione[51], emerge che il principio di chiarezza e il principio di sinteticità nel nuovo processo civile sono distinti e autonomi tra loro.

La chiarezza richiede che il testo sia facilmente comprensibile e privo di ambiguità, mentre la sinteticità richiede che il testo non contenga ripetizioni inutili e non sia eccessivamente prolisso.

La mancanza di chiarezza può portare alla nullità dell'atto se rende incerto il suo contenuto o le ragioni che lo motivano. In tal caso, si può applicare l'art. 164 c.p.c., che prevede un termine per l'integrazione dell'atto di citazione.

D'altra parte, viene notato come la mancanza di sinteticità nel processo civile non abbia una sanzione specifica. Secondo l'articolo 46 disp. att. al c.p.c., la violazione delle specifiche tecniche sulla forma e sullo schema informatico e dei criteri e limiti di redazione dell'atto non ne comporta l'invalidità, e il termine "limiti" sembra riferirsi alle dimensioni dell'atto. Di conseguenza, la lunghezza eccessiva dell'atto da sola non può determinarne l'inammissibilità[52]. Qui si pone il problema del potere del giudice. Si nota che manca una norma che riconosca al giudice il potere di invitare le parti a riformulare un atto se risulta eccessivamente prolisso o ridondante. Sul punto si potrebbe argomentare che il potere del giudice di sollecitare e gestire il processo, sia stabilito dall'art. 175, c. 1, c.p.c. che gli conferisce il potere di chiedere alle parti di riformulare un atto se risulta eccessivamente lungo o ridondante. Il giudice deve infatti garantire lo svolgimento sollecito e leale del processo, e ciò dipende anche dalla mole degli atti delle parti che deve leggere[53].

Una ulteriore sintesi può essere colta in una recentissima sentenza della Cassazione

[48] G. Lofaro, *La disciplina dei limiti dimensionali e redazionali degli atti nel processo amministrativo tra chiarezza sinteticità*, cit.

[49] M. Taruffo, Note sintetiche sulla sinteticità, in *Riv. Trim. dir. e proc. civile*, 2, 2017, 464.

[50] Gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali (DM 9 febbraio 2016, 28 luglio 2016, 19 ottobre 2016), Relazione, Roma, 16 febbraio 2018, p. 3.

[51] Cass. sez. un., Ord. 30 novembre 2021, n. 37552.

[52] Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazioni sulle novità normative della riforma "Cartabia". Diritto e procedura civile, 2023, p. 76 e ss.

[53] *Ibidem*.

(Cass., Sez. II, Ord., 16 marzo 2023, n. 7600) la quale richiama il principio del codice del processo amministrativo ribadendo l'assenza di specifica sanzione.

Questa sentenza "*intende dare continuità*" al consolidato principio di diritto in base al quale: "*In tema di ricorso per cassazione, il mancato rispetto del dovere di chiarezza e sinteticità espositiva degli atti processuali che, fissato dall'art. 3, comma 2, del c.p.a., esprime tuttavia un principio generale del diritto processuale, destinato ad operare anche nel processo civile, espone il ricorrente al rischio di una declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione, non già per l'irragionevole estensione del ricorso (la quale non è normativamente sanzionata), ma in quanto pregiudica l'intellegibilità delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa e confuse le censure mosse alla sentenza gravata, ridondando nella violazione delle prescrizioni di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 366 c.p.c. (ex plurimis Sez. 5, Ord. n. 8009 del 2019)*"[54].

6. Il ritorno al punto di partenza.

"Gli scritti difensivi "obesi" esistono, ma la ...dieta è sbagliata"[55]. Il discorso, per il processo amministrativo ritorna al punto di partenza anche in considerazione di quanto accade nel processo civile. Il punto fermo dovrebbe individuarsi nell'assunto che non ci sono norme che espressamente prevedono la sanzione dell'inammissibilità per il solo fatto del superamento dei limiti, e l'inammissibilità è disciplinata dagli artt. 40 e 44 c.p.a. per quelle ipotesi indicate. Fuori da questi casi si ha una creazione pretoria di altra ipotesi di nullità. Infatti, la disposizione sui limiti quantitativi (involontariamente) introduce una nullità indiretta rafforzata "dall'autorizzazione a presumere". In tal modo si può arrivare a sostenere che l'atto non sia intellegibile perché ha superato i limiti (e quindi non si capisce)[56].

Inoltre riemerge la questione sul comportamento del giudice. Come già detto, il giudice deve infatti garantire lo svolgimento sollecito e leale del processo, ma purtroppo ciò dipende anche dalla mole degli atti delle parti che deve scrutinare.

Al giudice, almeno dalla lettura fino ad ora data dalla giurisprudenza (*la disposizione ha introdotto una deroga rispetto all'obbligo generalmente esistente in campo al giudice di pronunciare su tutta la domanda – il mancato esame delle difese sovrabbondanti non è infatti censurabile come vizio di infra-petizione*)[57] e dalla dottrina[58], non è vietato conoscere la parte eccedente i limiti potendo egli conoscere o anche non conoscere la parte eccedente. Ove il giudice la conosca si pone la questione sulla garanzia dell'integrità del contraddittorio nei confronti delle altre parti che avrebbero potuto non accettare il contradittorio sulla

[54] Pertanto è regola che l'inosservanza di tali doveri può condurre ad una declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione soltanto quando si risolva in una esposizione oscura o lacunosa dei fatti di causa o pregiudichi l'intelligibilità delle censure mosse alla sentenza gravata, così violando i requisiti di contenuto-forma stabiliti dai nn. 3 e 4 dell'art. 366 c.p.c.

[55] F. Saitta, *Rito appalti e dovere di sinteticità: gli scritti difensivi "obesi" esistono, ma la ...dieta è sbagliata*, cit.

[56] Per F. Saitta, *La violazione del principio di sinteticità degli atti processuali*, cit., 539 s., solo il difetto di chiarezza può determinare l'inammissibilità *ex* artt. 40, c. 2, e 101 c.p.a. e l'unica sanzione per il gravame prolisso è rappresentata dalla condanna alle spese di lite.

[57] Cons. St., sez. VI, 13 aprile 2021, n. 3006.

[58] Per tutti in modo chiaro: F. Francario, *Il principio di sinteticità*, cit., *passim*.

parte eccedente ma non averlo regolarmente eccepito.

La posizione assunta dal decreto commentato fornisce una lettura diversa della disciplina in termini di vero obbligo del giudice di non (dover) considerare la parte eccedente sul presupposto della tutela del contraddittorio e del fatto di non poter essere benevoli con le parti anzi con una delle parti.

In sintesi, entrambe le teorie si rifanno sull'integrità del contraddittorio assumendo posizioni conservative (l'equilibrio va assicurato tagliando) o più progressiste (l'equilibrio va assicurato integrando).

La dottrina sul punto invece già in tempi non sospetti aveva argomentato in senso negativo sull'obbligo del giudice a non esaminare oltre il recinto: "*Se la* voluntas legis *fosse stata effettivamente questa, la norma andava scritta esattamente al contrario; vietando cioè la condotta ritenuta inammissibile (conoscere oltre i limiti dimensionali), e non già rimuovendo un obbligo esistente (pronunciare su tutta la domanda)*"[59]. Lo stesso dicasi per la sanzione della nullità[60].

Questione del tutto diversa invece nella novella del processo civile dove non solo si nega la sanzione, ma si pone la questione sul fondamento del potere del giudice a richiamare le parti all'ordine[61].

Si è dell'avviso che la norma sui limiti degli atti nel processo amministrativo sia nata con una presunzione apparentemente innocente o tarata per ipotesi estreme[62] ma che nel tempo ha portato verso la creazione di una nullità indiretta; altrettanto lo è l'evoluzione della giurisprudenza su posizioni che sostengono l'obbligo del giudice di non esaminare la parte eccedente.

Da un lato abbiamo la posizione propensa a "sorprendere" le parti con provvedimenti trancianti come nel caso del decreto che ha "tagliato" la domanda cautelare, perché oltre i limiti dimensionali, e non permette di essere benevoli.

Dall'altro lato vi è quella posizione più accomodante ispirata alla leale collaborazione, che invita le parti a riformulare le difese nei predetti limiti dimensionali, con il divieto di introdurre fatti, motivi ed eccezioni nuovi rispetto a quelli già dedotti.

In tale contesto di orientamenti comportamentali contrastanti non va sottaciuta l'esauribilità della risorsa giustizia, e l'irritabilità del giudicante, di fronte la crescita smisurata del numero e della dimensione degli atti. Va altresì evidenziato il comportamento assunto dai patrocinatori che non di rado è lontano dai "precetti" di Calamandrei o di Scialoja, i quali spesso sottostimano il

[59] *Ibidem*.

[60] Prosegue Francario, *op. cit.*: "*E se la voluntas fosse stata quella di creare una nuova ipotesi di nullità, ciò avrebbe dovuto in ogni caso comportare l'espressa comminatoria della nullità medesima. Per come la si voglia interpretare, la norma non contiene una espressa comminatoria di nullità*".

[61] Nel riformulato processo civile si è appurato che manca una norma che riconosca al giudice il potere di invitare le parti a riformulare un atto se risulta eccessivamente prolisso o ridondante, ma si potrebbe argomentare che il potere del giudice di sollecitare e gestire il processo trovi fonte nell'art. 175, c. 1, c.p.c. che gli conferisce il potere di chiedere alle parti di riformulare un atto se risulta eccessivamente lungo o ridondante.

[62] Alcuni esempi di limiti superati tratti dalle sopra citate decisioni: l'eccessiva lunghezza dell'atto di appello, che consta di ben 82 pagine, caratterizzate da diverse reiterazioni delle medesime argomentazioni ovvero dall'eccessivo sviluppo delle stesse, con conseguente esposizione in modo talvolta non specifico (cfr. Cons. St., n. 1450/2021), il ricorso in appello conta 37 pagine; la memoria difensiva di controparte conta 32 pagine; la memoria finale dell'appellata conta 31 pagine; la memoria di replica dell'appellante conta 21 pagine (Cons. St., n. 3006/2021); appello di 217 pagine (Cons. St., n. 4636/2016); il ricorso si dilunga per ben 94 pagine, certamente eccessive a fronte di una sentenza di 14 pagine e con un unico motivo di impugnazione, reca una esposizione dei fatti di causa sovrabbondante e ripetitiva che si estende da pagina 13 a pagina 33… (Cass. sez. un., n. 37552/2021).

rischio di imbattersi nella responsabilità professionale verso il cliente, e di vedersi negata la copertura assicurativa del danno.

Attenta dottrina ha già espresso seri dubbi sulla legittimità costituzionalmente, con riferimento agli artt. 21 e 24 Cost., della norma che "*imponga al difensore la connotazione e le peculiarità della sua difesa*"[63]. E questa potrebbe essere una via che ad oggi, a quanto mi consta, non è stata percorsa.

In alternativa sarebbe auspicabile un intervento della Plenaria sulla falsariga della recente Cassazione.

Infine, una soluzione molto semplice potrebbe trovarsi nel rispondere alla tecnologia digitale (del copia incolla, dell'uso della copiatura dalle banche dati) con gli stessi strumenti informatici: creare dei formulari-recinti con spazi limitati al numero di parole o battiture previste dalle disposizioni tecniche (similmente già previsto nei giudizi Cedu) oppure introdurre dei sistemi di conteggio ed *editing* che impediscano il caricamento dell'atto quando è in esubero (tecnica del semaforo rosso) oppure dei sistemi più blandi di mero avvertimento per il redattore di aver superato le dimensioni (tecnica del manometro), dall'altro canto esistono altresì degli ausili informatici in grado di sintetizzare o riassumere i testi o parti di esse e che potrebbero costituire un valido strumento di supporto alla primitiva tecnica del copia incolla.

[63] M.A. Sandulli, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso del processo o diniego di giustizia?,* in *Federalismi.it* https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=21035&dpath=document&dfile=2310 2012113431.pdf&content=Le%2Bnuove%2Bmisure%2Bdi%2Bdeflazione%2Bdel%2Bcontenzioso%2Bamministrativo%3A%2Bprevenzione%2Bdell%E2%80%99abuso%2Bdi%2Bprocesso%2Bo%2Bdiniego%2Bdi%.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2947 – 9 novembre 2023

Note in tema di «concerto», «parere vincolante» e «cogestione» di funzioni amministrative

Filippo D'Angelo

1. Con sempre maggior frequenza accade di imbattersi in sentenze o pareri di organi giudiziari che maneggiano – talvolta con indubbia destrezza – istituti tradizionali del diritto amministrativo.

Un esempio in tal senso è offerto dal parere del Consiglio di Stato, 2 ottobre 2023, n. 1254 che si è soffermato sul meccanismo del «concerto» di amministrazioni pubbliche[1], ricavandone alcune conclusioni in tema di «cogestione» delle funzioni amministrative.

Il parere consultivo ricorda in via preliminare che il concerto realizza un «significativo momento codecisionale» in cui è «implicita (come fatto palese anche dall'etimologia, che evoca un confronto contestuale) la discussione, il confronto tra plurime volontà, che trovano una composizione proprio a seguito ed in virtù del concerto stesso, in un momento in cui la volontà definitiva non sia stata ancora formata»[2].

In tale prospettiva il concerto «esprime – in ordine alla proposta elaborata, in via preliminare, dall'autorità concertante – una adesione sostanziale, conseguente al concreto apprezzamento di compatibilità degli interessi pubblici a confronto (anche di ordine organizzativo ed infrastrutturale), che abilita del resto alla formulazione di eventuali suggerimenti e alla elaborazione di proposte di modifica o di integrazione»[3].

Per questo la natura del concerto è procedimentale: esso «realizza una effettiva compartecipazione alla elaborazione del provvedimento o dell'atto, per la quale l'autorità concertata esprime sulla proposta elaborata dall'autorità concertante una effettiva valutazione di compatibilità con gli interessi di cui è portatrice, con ciò realizzandosi una forma di concorso nel volere

[1] In tema rimane ancora fondamentale lo studio monografico di G. Correale, *Contributo allo studio del concerto*, Padova, 1974, cui si rinvia.

[2] Pagina 11 del parere.

[3] *Ivi*.

che è, ad un tempo, sostanziale codeterminazione del voluto»[4].

2. La giurisprudenza amministrativa – e ci si riferisce alla coeva sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610 – ha detto qualcosa di simile anche a proposito del metodo formativo delle volontà espresse dalle amministrazioni coinvolte nell'esercizio della funzione consultiva vincolante[5].

Al riguardo la sentenza ha affermato che un parere che «non lasci nessuno spazio di scelta in capo all'organo di amministrazione attiva non esprime nessuna consulenza, ma pone in essere una decisione preliminare, sicché solo atecnicamente può essere definito alla stregua di «parere». Invero, anche dal punto di vista della collocazione in seno alla fattispecie procedimentale, dovrebbe concludersi che i pareri vincolanti determinano il contenuto della decisione finale, per cui bisognerebbe espungerli dal novero degli atti preparatori e ricondurli nell'ambito di quelli decisori o co-decisori»[6].

Pertanto la fattispecie configura un procedimento e una «decisione "a doppia chiave" e dunque – un'ipotesi di cogestione della funzione (cd. decisione pluristrutturata)»[7]; e ciò si ha quando le «due Amministrazioni (quella titolare del procedimento e quella interpellata) condividano la funzione decisoria, nel senso che entrambe devono essere titolari di una funzione decisoria sostanziale»[8]. Tale meccanismo sfocia nella decisione finale che «tenga in debita considerazione anche l'interesse pubblico sotteso all'atto di assenso»[9].

3. Le due pronunce annotate mettono in luce due aspetti sicuramente degni di nota.

Anzitutto che, tanto in caso di concerto quanto in caso di parere vincolante, vi è un fascio di competenze amministrative che s'intrecciano in un procedimento complesso e refluiscono nella determinazione finale imputabile all'autorità principale: è il meccanismo tipico dei procedimenti composti – non solo europei ma anche interni – in cui il momento della sintesi tra figure soggettive, a un esame non esteriore, disvela il profilo organizzatorio della fattispecie legale che si esprime in forma di relazioni organizzative a struttura procedimentale (riscontrabile in entrambi i casi descritti nella relazione organizzativa dell'equiordinazione decisoria)[10].

In secondo luogo le medesime pronunce valorizzano l'intero ragionamento rimarcando il ruolo degli interessi pubblici in gioco; specie quando alludono alla necessità di svolgere un «*apprezzamento di compatibilità degli interessi pubblici*» in concerto o di tenere in «*debita considerazione anche l'interesse pubblico sotteso all'atto di assenso*» vincolante: ovverosia di trovare, volta per volta, un punto di incontro tra interessi distinti secondo la logica tipica del coordinamento amministrativo[11].

---

[4] *Ivi*.

[5] Tra i molteplici contributi, e senza pretesa di esaustività, si rinvia a G. Ghetti, *La consulenza amministrativa*, I, Padova, 1974; F. Trimarchi, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milano, 1974; C. Barbati, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, 2002.

[6] Punto 8.3 della parte motiva in diritto.

[7] Punto 8.4 della parte motiva in diritto.

[8] Punto 8.6 della parte motiva in diritto.

[9] Punto 10.2 della parte motiva in diritto.

[10] Per questi aspetti sia consentito rinviare a F. D'Angelo, *Pluralismo degli enti pubblici e collaborazione procedimentale. Per una rilettura delle relazioni organizzative nell'amministrazione complessa*, Torino, 2022.

[11] Cfr. V. Bachelet, *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 630 ss.; si veda anche la sentenza della Corte costituzionale, 30

Se sul primo aspetto si può senz'altro convenire, sembra però che ci sia spazio – probabilmente – per tentare di rimeditare in parte la seconda osservazione.

Valgano allora due esempi concreti.

Il primo è il caso del concerto previsto nel procedimento di VIA ai sensi dell'art. 25 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152; il secondo è il parere obbligatorio richiesto per l'autorizzazione paesaggistica dall'art. 146 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 22.

Procedendo con ordine.

È noto che l'art. 5, co. 1, lett. c) del d.lgs. n. 152/2006 precisa che il provvedimento di VIA serve a verificare gli «impatti ambientali» di un progetto; e cioè gli «effetti significativi, diretti e indiretti, di un piano, di un programma o di un progetto» su popolazione e salute umana; biodiversità; territorio, suolo, acqua, aria e clima; beni materiali, patrimonio culturale, paesaggio.

L'art. 23 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 stabilisce che per i progetti di competenza statale l'istanza di VIA è presentata dal privato all'autorità competente corredata dei documenti richiesti dalla legge. Entro quindici giorni l'amministrazione raccoglie tutti i documenti e li pubblica. Dalla pubblicazione iniziano a decorrere i termini per avviare una consultazione pubblica anche nelle forme dell'inchiesta amministrativa (artt. 24 e 24-*bis*). Scaduti i termini la autorità competente, entro sessanta giorni, «adotta il provvedimento di VIA previa acquisizione del concerto del competente direttore generale del Ministero della cultura entro il termine di trenta giorni» (art. 25, co. 2).

Per contro l'art. 146 del d.lgs. n. 22/2004 stabilisce che i proprietari di immobili e aree di interesse paesaggistico tutelati dalla legge non possono modificarli senza l'autorizzazione degli enti regionali competenti (co. 2) che sono chiamati a verificare la «compatibilità fra interesse paesaggistico tutelato ed intervento progettato» (co. 3). È previsto che la regione si pronunci sull'istanza del privato dopo aver acquisito il «parere vincolante del soprintendente» ai beni culturali e paesaggistici (co. 5) che si pronuncia «limitatamente alla compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo complesso ed alla conformità dello stesso alle disposizioni contenute nel piano paesaggistico» (co. 8).

4. Quanto precede sembra a offrire lo spunto per revisionare criticamente l'assunto della citata sentenza n. 8610/2023 per cui – in caso di parere vincolante e altrettanto per il concerto – la «amministrazione procedente valuta comunque l'interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione interpellata», assumendo una «decisione conclusiva del procedimento (comunque necessaria) che tenga in debita considerazione anche l'interesse pubblico sotteso all'atto di assenso» acquisito[12].

Ciò per una ragione specifica: il fatto che i procedimenti composti appena descritti chiamino in causa due autorità amministrative distinte non dimostra di per sé che duplici siano anche gli interessi pubblici implicati nella decisione finale.

In effetti l'esame dei due testi legislativi non sembra d'ostacolo a una lettura parzialmente differente; e cioè a quella per cui in entrambi i casi l'interesse tutelato sia soltanto uno: nel primo che il progetto del privato non impatti negativamente sull'ambiente

dicembre 2003, n. 380, punto 3 della parte motiva in diritto: il concerto è un «modulo procedimentale volto al coordinamento di una pluralità di interessi».

[12] Così ancora Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610, punto 11.3 della parte motiva in diritto.

(interesse ambientale); nel secondo che il progetto sia compatibile con l'interesse paesaggistico[13].

In simili circostanze, piuttosto che di pluralismo d'interessi, si potrebbe parlare di interessi pubblici a struttura 'mista'; tutelabili, cioè, attraverso un concorso di competenze intestate a figure soggettive distinte[14].

5. Si giunge così al punto finale.

Concerto e parere obbligatorio sono istituti nominalmente distinti, ma nella sostanza assai prossimi: così come il parere vincolante obbliga l'autorità consultante ad agire in conformità alle indicazioni ricevute; altrettanto avviene nel concerto dove l'autorità agente deve adottare una decisione che tenga in effettivo conto l'avviso espresso dal soggetto interpellato[15].

Se ne consideri più da vicino la struttura fondamentale: entrambi sono doverosi nell'architettura legale della funzione complessa; entrambi poggiano su competenze amministrative collegate; entrambi cospirano a fini comuni; entrambi richiedono una sintesi di volontà in una stessa direzione e quindi unità d'intenti.

A dispetto di quant'osserva la giurisprudenza avanti richiamata se ne potrebbe dedurre che i due istituti non servono solo a raggiungere una sintesi tra interessi distinti e imputabili ad autorità diverse; ma sono utilizzabili anche quando vi sia un solo interesse tutelato in concorso da più autorità amministrative.

In ciò sembra effettivamente risiedere l'essenza del concetto di «cogestione» di funzioni amministrative: nel concorso doveroso di più soggetti all'esercizio del potere – determinativo – di tratteggiare gli effetti della fattispecie legale[16]; ciò che proietta all'esterno il rilievo giuridico del concetto di «collaborazione» – e non di «coordinamento» – tra amministrazioni in vista di fini comuni[17].

È esattamente sul piano dell'unicità dell'interesse curato da competenze amministrative intrecciate che si potrebbe cogliere l'elemento in grado di differenziare la collaborazione dalla nozione finitima di coordinamento che nella sua intima sostanza consiste pur sempre in un'armonizzazione di attività e interessi intestati ad amministrazioni separate[18].

[13] Cfr. P. Marzaro, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento 'orizzontale' all'interno della 'nuova amministrazione' disegnata dal Consiglio di Stato*, in *Federalismi.it*, 19, 2016, 32 ss.; citata da M. Occhiena - N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Dir. econ.*, 3, 2019, 57.

[14] Per quest'ordine d'idee si veda A. Ruggeri, *Riforma del titolo V ed esperienze di normazione, attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale: profili processuali e sostanziali, tra continuo e discontinuo*, in *Nuove aut.*, 6, 2005, 910.

[15] Si confronti sul punto M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 283.

[16] Il riferimento è a F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento amministrativo*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995, 286.

[17] Tema risalente e mai apertamente affrontato se non in una celebre occasione congressuale efficacemente intitolata *Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali*, Milano, 1961, da cui però un preciso discrimine tra i due concetti non emerse del tutto (lo ricorda L. Arcidiacono, *Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento. Profili dogmatici*, Milano, 1974, 107, nota 27); e tuttavia che il coordinamento amministrativo richieda una sintesi di interessi pubblici contrapposti si può dedurre dall'art. 14, co. 1 della legge n. 241/1990 quando parla di "*esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo, ovvero in più procedimenti amministrativi connessi, riguardanti medesime attività o risultati*" (e in simile prospettiva si veda il volume a cura di G. Amato – G. Marongiu, *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna, 1982).

[18] È favorevole a riconoscere una pur sfumata discriminazione tra le due figure anche A. Police, *Enti pubblici di Ricerca ed Università: le persistenti ragioni di una differenziazione e le indifferibili esigenze di uno sforzo comune*, in *Nuove aut.*, 1, 2021, 72.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2879 – 14 settembre 2023

Ancora sulla responsabilità della pubblica amministrazione da illegittimo esercizio della funzione pubblica e sull'autonomia dell'azione risarcitoria

(nota a Cons. Stato, 27 marzo 2023 n. 3094)

Raffaella Dagostino

Sommario: 1. La vicenda. – **2.** L'accertamento incidentale dell'illegittimità a soli fini risarcitori. – **3.** Della responsabilità della p.a. da provvedimento illegittimo e dei presupposti costitutivi. – **4.** Del danno ingiusto e del danno-conseguenza. – **5.** Dell'onere della prova gravante sul danneggiato. – **6.** Brevi considerazioni conclusive.

1. La vicenda.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza del 27 marzo 2023, n. 3094 torna nuovamente a occuparsi della responsabilità civile della p.a., ribadendone la natura extracontrattuale e chiarendo presupposti e limiti dell'azione di risarcimento del danno da illegittimo esercizio della funzione pubblica, per lesione di interesse legittimo.

La questione verte su una vicenda risarcitoria intentata dai genitori esercenti la potestà sul figlio minorenne, in particolari condizioni di salute, per il mancato superamento dell'esame conclusivo del primo ciclo d'istruzione per la sessione 2019-2020.

Nel ricorso introduttivo di primo grado, i genitori avevano domandato l'annullamento del provvedimento di mancato superamento dell'esame di Stato conclusivo del primo ciclo d'istruzione da parte del figlio minore, studente privatista, lamentandone l'illegittimità per molteplici motivi, quali: la mancata predisposizione da parte dell'Istituto scolastico di un piano didattico a misura dello studente, che avrebbe al medesimo consentito di prepararsi adeguatamente all'esame, nonché le modalità di svolgimento della prova, in quanto non confacenti alle particolari e delicate condizioni di salute dell'alunno.

Il T.A.R. adito, con decreto cautelare ordinava all'Istituto scolastico resistente di

organizzare una nuova prova d'esame per il minore, tenendo in debita considerazione le condizioni di salute dello studente. Quest'ultima veniva superata con esito positivo.

Pertanto, preso atto di ciò, il T.A.R. in camera di consiglio, si pronunciava con sentenza in forma semplificata *ex* art. 60 c.p.a. dichiarando il ricorso improcedibile in ragione dell'avvenuto superamento dell'esame di Stato da parte del minore.

I genitori presentavano appello avverso la sentenza di prime cure per omessa pronuncia su alcuni motivi d'illegittimità del provvedimento dedotti in primo grado e sulla domanda di risarcimento del danno conseguente, proposta assieme alla principale domanda di annullamento dell'impugnato provvedimento e non esaminata in primo grado.

Pertanto, in sede d'appello, si domandava l'accertamento delle dedotte illegittimità degli atti impugnati al solo fine di conseguire il richiesto risarcimento del danno, avendo, il giudice di primo grado, erroneamente definito il giudizio con pronuncia d'improcedibilità del ricorso.

2. L'accertamento incidentale dell'illegittimità a soli fini risarcitori.

La prima questione d'interesse affrontata nella pronuncia in esame è quella dell'accertamento incidentale dell'illegittimità del provvedimento impugnato a soli fini risarcitori, ai sensi e per gli effetti dell'art. 34, comma 3, c.p.a.

Il Consiglio di Stato, richiamando l'orientamento espresso in una recente sentenza emessa in Adunanza Plenaria[1], ha reputato fondati i motivi d'appello, così come dedotti, in quanto, per procedere all'accertamento dell'illegittimità di un provvedimento, ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a. sarebbe sufficiente aver dichiarato di avervi interesse ai fini risarcitori, nelle forme e nei termini previsti dall'art. 73 c.p.a., non essendo invece necessario specificare i presupposti dell'eventuale domanda risarcitoria, né averla proposta nel medesimo giudizio d'impugnazione.

Pertanto, il giudice di primo grado avrebbe errato nel dichiarare l'improcedibilità del ricorso permanendo l'interesse risarcitorio dei ricorrenti, avendo essi non semplicemente manifestato un interesse risarcitorio nelle forme e nei termini previsti dall'art. 73 c.p.a., bensì espressamente domandato, nel medesimo giudizio, la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni cagionati in conseguenza del suo illegittimo agire.

Deve ritenersi, infatti, che nel caso di improcedibilità della domanda di annullamento per sopravvenuto difetto di interesse perduri ciononostante l'interesse all'accertamento dell'illegittimità del provvedimento al fine della tutela risarcitoria per equivalente quando il danno sia ascrivibile al provvedimento amministrativo stesso, purché l'interesse risarcitorio sia stato debitamente manifestato, con apposita domanda, presentata nel medesimo giudizio impugnatorio, oppure anche in via autonoma.

E invero, la peculiare fattispecie di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. riconosce al Giudice amministrativo, la possibilità di proce-

[1] Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8. In commento alla Plenaria si veda: A. Scognamiglio, *Carenza sopravvenuta d'interesse e interesse alla pronuncia di illegittimità "a fini risarcitori"*, in questa *Rivista*.

dere a un mero accertamento incidentale dell'illegittimità del provvedimento impugnato, ancorché sia venuto meno l'interesse alla pronuncia di merito, ove permanga il differente e conseguente interesse alla condanna della p.a. a fini risarcitori.

L'accertamento incidentale dell'illegittimità del provvedimento previamente impugnato è, infatti, meramente strumentale alla condanna risarcitoria della p.a., senza costituire oggetto di un autonomo giudizio.

Il che è diretta conseguenza del riconoscimento della questione di legittimità come mera pregiudiziale logica[2], o sostanziale[3], se si preferisce, ai fini della condanna risarcitoria, essendosi ormai superata, con il codice del processo amministrativo, quella concezione rigorosa della pregiudiziale amministrativa, almeno per il profilo processuale, avendo il legislatore adottato una soluzione c.d. temperata che consente, con determinati limiti, di rendere autonoma l'azione risarcitoria rispetto a quella caducatoria (artt. 30 e 34, comma 3, c.p.a.).

E invero, l'azione di condanna prevista dall'art. 30 c.p.a. pone una regola di carattere generale: l'azione di condanna è proposta contestualmente ad altra azione e, in via d'eccezione, anche in via autonoma «nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo»[4].

L'azione di condanna, dunque, pur nella sua configurazione autonoma, assume una connotazione normalmente sussidiaria rispetto a quella di annullamento[5].

Pertanto, non si può escludere che un accertamento mero dell'illegittimità del provvedimento amministrativo sia ammissibile quandanche – come accaduto nel caso di specie – il ricorrente abbia ottenuto una tutela in forma specifica in conseguenza di un nuovo esercizio della funzione amministrativa che, sebbene conseguente all'adozione della misura cautelare con cui il G.A. di prime cure abbia ordinato all'amministrazione resistente in giudizio di riesaminare la situazione sulla base di parametri e criteri dallo stesso indicati, si sia poi rivelata esse-

[2] Per un'accurata ricostruzione della differenza fra fra pregiudizialità logica e pregiudizialità tecnica: R. Tiscini, *Itinerari ricostruttivi intorno a pregiudizialità tecnica e pregiudizialità logica*, in *Giust. civ.*, 3/2016, 571 ss.

[3] Sulla pregiudizialità amministrativa, senza pretesa di esaustività: G. Falcon, *Il giudice amministrativo fra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287 ss.; E. Follieri, *La decorrenza degli effetti nella estensione del giudicato a soggetti estranei alla lite*, in *Urb. e app.*, 2009, 347; Id., *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 18-32; R. Villata, *Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 897-932; Id., *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 271 ss.; F. Cortese, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e processuale*, Padova, 2007; A. Romano Tassone, *Morire per la pregiudiziale amministrativa?*, in *Giust. amm.*, 2008, 273; L.V. Moscarini, *Risarcibilità degli interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa*, Torino, 2008; E. Barbieri, *Considerazioni sui fini della giustizia amministrativa (a difesa della c.d. pregiudiziale amministrativa)*, in *Giust. amm.*, 2008, 251-258; A. Carbone, *Pregiudiziale amministrativa e risarcimento del danno*, in *Giust. amm.*, 2009, 274-284.

[4] E. Follieri, *Le azioni di condanna*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F. Scoca, Torino, 2020, 196 ss. Sui rapporti fra azione caducatoria e azione risarcitoria si veda altresì: M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad. plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU.23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in *www.federalismi.it*, 2011.

[5] Quest'aspetto è stato di recente ribadito dalla dottrina, che ha sottolineato l'importanza di evitare un "ricorso abusivo" alla tutela risarcitoria a discapito di quella caducatoria, non potendo certamente considerarsi la prima un modo alternativo ed equivalente rispetto all'altra per tutelare l'interesse legittimo, snaturandosi, altrimenti, il ruolo del giudice amministrativo e quella che è la sua missione istituzionale (e costituzionale), ossia, assicurare la giustizia nell'amministrazione. Così: F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in questa *Rivista*, maggio 2021.

re satisfattiva dell'interesse legittimo pretensivo vantato dal ricorrente medesimo.

In tali casi, infatti, non è da escludere la permanenza di un interesse a fini risarcitori, purché manifestato con apposita domanda, potendo residuare in capo al ricorrente la possibilità di vedersi risarcire il danno ingiusto, cagionato in conseguenza del ritardo con cui si è ottenuto il provvedimento favorevole[6], oppure l'eventuale perdita di *chance*, nella diversa ipotesi in cui non sia possibile accertare con certezza la spettanza del bene della vita in capo al ricorrente, potendo il danno patrimoniale liquidarsi previo accertamento di una probabilità seria e concreta o di una elevata probabilità di conseguire il bene anelato[7].

Presupposto per il riconoscimento della risarcibilità del danno conseguente all'illegittimo esercizio della funzione amministrativa è dato, chiaramente, dal previo accertamento della responsabilità in capo alla p.a., «non [*essendo*] possibile far valere in giudizio un debito o un credito senza sottoporre contestualmente a decisione l'intero rapporto»[8].

3. Della responsabilità della p.a. da provvedimento illegittimo e dei presupposti costitutivi.

Affinché il giudice amministrativo possa procedere nell'azione di risarcimento dei danni, il medesimo dovrà accertare la presenza degli elementi richiesti dalla fattispecie risarcitoria in via diretta ed autonoma, senza poter acquisire fatti rilevanti ai fini (della prova) dell'illecito, utilizzando il procedimento amministrativo[9].

Ciò sarebbe innanzitutto una diretta conseguenza della qualificazione del processo amministrativo come processo di parti, in ragione dell'ormai prevalente concezione soggettiva del processo amministrativo, che porta a ritenere inammissibile una verifica d'ufficio di qualsivoglia interesse di parte[10].

Di poi, essendo il processo amministrativo ispirato al principio dispositivo (art. 63, comma 1 c.p.a.), pur contemperato dal metodo acquisitivo (art. 64, comma 1, c.p.a.), non potrà non ritenersi, come regola generale, che ai fini dell'accertamento dei fatti incerti gravi sulle parti l'assolvimento dell'onere della prova.

Ciò vale, a maggior ragione nell'ipotesi di azione risarcitoria nei confronti della p.a. per cui è pacificamente ritenuto che incomba sulle parti un onere probatorio pieno, ai sensi dell'art. 2697 c.c., e più in particolare, che competa alla parte lesa l'onere di allegare e provare i fatti oggetto di prova, essendo essi ritenuti nella disponibilità del

[6] Da ultimo, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7. In commento alla Plenaria, si veda: E. Zampetti, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza plenaria n. 7 del 2021,* in questa *Rivista*; in senso critico, invece: A. Palmieri - R. Pardolesi, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: così è se vi pare (Nota a Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7)*, in *Foro it.*, 2021, 406 ss.

[7] Da ultimo: Cons. Stato, sez. V, 15 novembre 2019, n. 7845; ma si veda anche la ben più risalente pronuncia del Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2008, n. 490, secondo cui: «il danno, per essere risarcibile, deve essere certo e non meramente probabile, o comunque deve esservi una rilevante probabilità del risultato utile» e ciò al fine di poter «distingue(re) la chance risarcibile dalla mera e astratta possibilità del risultato utile, che costituisce aspettativa di fatto, come tale irrisarcibile».

[8] S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 109.

[9] Così E. Follieri, *Le azioni di condanna*, cit., 200.

[10] A. Scognamiglio, *Carenza sopravvenuta d'interesse e interesse alla pronuncia di illegittimità "a fini risarcitori*, cit.

ricorrente, in ragione del principio della vicinanza della prova.

Pertanto, se ai fini della prosecuzione del giudizio per finalità risarcitorie, divenuta inutile la tutela demolitoria a causa di sopravvenienze di fatto o di diritto, potrà reputarsi sufficiente l'avvenuta manifestazione dell'interesse risarcitorio da parte del ricorrente, previa proposizione di specifica domanda, finanche in via autonoma e in un successivo giudizio, purché ciò avvenga nel rispetto del termine di centoventi giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di mera improcedibilità del ricorso, non potrà certamente escludersi, ai fini del riconoscimento effettivo della tutela risarcitoria, che il giudice amministrativo accerti positivamente l'esistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie in esame.

Di conseguenza, il Consiglio di Stato, nel caso di specie, ai fini dell'accertamento nel merito della fondatezza o dell'infondatezza della pretesa risarcitoria, ha sentito nuovamente l'esigenza di ripercorrere le tesi prospettate dalla giurisprudenza sulla natura della responsabilità della p.a.[11], per ribadirne la natura extracontrattuale e scolpirne i tratti e gli elementi costitutivi.

In particolare, il Consiglio di Stato è ritornato sulle ragioni poste a fondamento della qualificazione extracontrattuale, o da fatto illecito *ex* art. 2043 c.c., della responsabilità civile della pubblica amministrazione, ribadendo che sia da escludere la possibilità di configurare un rapporto obbligatorio nell'ambito di un procedimento amministrativo, per due fondamentali ragioni: la prima, che nel procedimento amministrativo, a differenza del rapporto obbligatorio, sussisterebbero due situazioni attive, il potere della P.A. e l'interesse legittimo del privato; la seconda, che il rapporto tra le parti non è paritario, ma di supremazia della P.A.[12].

A tali ragioni, basterebbe certamente aggiungerne un'altra dirimente, ossia che il potere amministrativo è un potere discrezionale, e come tale, non consentirebbe di ricondurre l'attività autoritativa della p.a. a una obbligazione, perché quandanche l'esercizio del potere amministrativo possa dirsi doveroso, l'Amministrazione non potrà mai esser "obbligata", alla stregua di un debitore, ad eseguire una determinata e spe-

[11] Secondo il tradizionale orientamento, la responsabilità civile della p.a. dovrebbe rientrare nell'ambito di operatività della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. (Cons. Stato, Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4337; T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III, sentenza n. 11808/2014; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 02/03/2018, n. 1350; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I 25 settembre 2017 n. 4483). Secondo un indirizzo minoritario, invece, dovrebbe essere concepita quale responsabilità da inadempimento da contatto sociale qualificato (Cons. Stato, VI, 4 luglio 2012, n. 3897; Consiglio di Stato, sez. VI, 30/12/2014, n. 6421, nonché più di recente: Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136). Questa tesi troverebbe sostegno anche da parte della Corte di Cassazione; in particolare, si veda da ultimo: Cass. Civ. n. 8236/2020, con nota di G. Tropea - A. Giannelli, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche (Nota a Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236)*, in questa *Rivista*, 15 maggio 2020. Infine, secondo altre pronunce, si tratterebbe di una responsabilità *sui generis*, e, pertanto, non interamente riconducibile al paradigma della responsabilità né extracontrattuale, né contrattuale (Consiglio di Stato, sez. VI, 14/03/2005, n. 1047; Consiglio di Stato, sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5611; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 05/03/2018, n. 617; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III 06 aprile 2016 n. 650). Sulla questione della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione da illegittimo esercizio delle funzioni pubblicistiche si è recentemente pronunciata l'Adunanza Plenaria n. 7/2021. Sul tema: E. Zampetti, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza plenaria n. 7 del 2021,* op.cit., alla cui considerazioni si rinvia. Sulla natura giuridica della responsabilità civile della p.a. si veda: M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'adunanza plenaria (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136)*, in questa *Rivista*, febbraio 2021.

[12] *Funditus* sul tema: E. Zampetti, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza plenaria n. 7 del 2021,* it.; bensì anche: M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione,* cit.

cifica obbligazione. Pertanto, non sarebbe configurabile un vincolo obbligatorio a carico della p.a. che agisce nell'esercizio della propria funzione.

Portando avanti il ragionamento e considerando sempre le caratteristiche del potere amministrativo – in particolare l'unilateralità – si dovrebbe convenire che una delle principali ragioni che giustificherebbe il risarcimento del danno ingiusto al privato per esercizio illegittimo della funzione amministrativa, sarebbe quella per cui l'azione della p.a. sia per definizione predisposta ad arrecare un pregiudizio alla situazione soggettiva del privato, posto che la sua essenza è data dalla possibilità di incidere unilateralmente su di essa, senza il consenso del privato. Il perseguimento (legittimo) dell'interesse pubblico, infatti, giustifica sul piano giuridico il sacrificio della posizione del privato; cosa che non sarebbe concepibile in un rapporto paritario. In tale ottica, pertanto, solamente la presenza di un'azione legittima consentirebbe di escludere l'illiceità (ma non la dannosità, se si vuole) dell'azione amministrativa per il privato, fosse anche solo per le conseguenze patrimoniali che ne sono derivate.

La qualificazione della responsabilità della p.a. da esercizio illegittimo della funzione amministrativa in termini extracontrattuali, come noto, è risalente alla celeberrima sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unte n. 500 del 22 luglio 1999, che ne ha sancito la costruzione teorica fondata sul riconoscimento del carattere primario della norma di cui al 2043 c.c., e dunque, su una nozione ampia di «danno ingiusto» che ha consentito il riconoscimento della risarcibilità anche degli interessi legittimi, alla stregua dei diritti soggettivi[13].

Questa ricostruzione, come è stato più volte ribadito dalla dottrina, anche recente[14], appare certamente preferibile rispetto alla diversa qualificazione della responsabilità della p.a. in termini di illecito contrattuale, o da contatto qualificato, non solo per l'evidente forzatura con cui il rapporto giuridico amministrativo sarebbe da ricondurre a un rapporto obbligatorio, piuttosto anche per l'inutilità di tale costruzione teorica ai fini dell'ampliamento dei margini di effettività della tutela da riconoscere al privato nei confronti dell'amministrazione.

Infatti, è stato chiaramente evidenziato[15] come lo sforzo profuso, soprattutto dalla recente giurisprudenza, nella riconduzione della responsabilità della p.a. al modello della responsabilità contrattuale, finanche nell'ambito del rapporto di diritto pubblico, non gioverebbe comunque al privato, che

[13] Si ricordano, senza pretesa di esaustività, i primi contributi offerti dalla dottrina a commento della sentenza, fra cui: F.G. Scoca, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1/2000, 13 -54; G. Abbamonte, *L'affermazione legislativa e giurisprudenziale della risarcibilità del danno derivante dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa. Profili sostanziali e risvolti processuali*, in *Cons. St.*, 2000, 743 ss.; A. Luminoso, *Danno ingiusto e responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 60 ss.; F.D. Busnelli, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 335; A. Falzea, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.,* 2000, 679; nonché le note a sentenza a Cass., Sez. un., 22 luglio 1999 n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487 ss., di A. Palmieri - R. Pardolesi; R. Caranta, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*; F. Fracchia, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*; e ancora: A.G. Orofino, *L'irrisarcibilità degli interessi legittimi: da giurisprudenza «pietrificata» a dogma in via d'estinzione?*, in www.giustamm.it, 1999.

[14] M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione,* cit.

[15] M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione,* cit.

vedrebbe oltremodo ridotti i margini di tutela essendo, ad esempio, esclusa la risarcibilità dei danni imprevedibili, ai sensi e per l'effetto dell'applicazione dell'art. 1225 c.c., bensì anche perché tale ricostruzione teorica richiederebbe un maggior rigore nell'apprezzamento dei danni, o meglio nella quantificazione del pregiudizio risarcibile.

Infine, nel rispetto del principio della certezza del diritto, e dunque del principio di legalità, non dovrebbe trascurarsi il dato normativo che, sebbene posto nella disciplina del codice del processo amministrativo, appare abbastanza chiaro nel richiamare concetti impiegati nel codice civile in materia di responsabilità extracontrattuale, oltre che porre un formale rinvio all'art. 2058 c.c. per il risarcimento in forma specifica. Si allude, evidentemente, agli artt. 7 e 30 c.p.a.

Di conseguenza, la riconduzione della responsabilità della p.a. da esercizio illegittimo della funzione al modello della responsabilità extracontrattuale, imporrebbe l'accertamento di tutti gli elementi costitutivi la fattispecie dell'illecito aquiliano, ossia: fatto causativo del danno ingiusto (consistente nel provvedimento illegittimo o nel mancato doveroso esercizio della funzione pubblica), il nesso di causalità c.d. materiale (da accertarsi ai sensi degli artt. 40 e ss. c.p.), il danno ingiusto, l'elemento soggettivo, il nesso di causalità c.d. giuridica (con applicazione degli artt. 1223 c.c. ss.) e, infine, il danno conseguenza, sia esso patrimoniale o non patrimoniale.

È ben evidente, pertanto, che l'applicazione del 2043 c.c. all'esercizio dell'attività funzionale della p.a. non avvenga automaticamente, imponendo l'accertamento del fatto giuridicamente rilevante la conoscenza da parte dell'organo giudicante del tratto autoritativo dell'azione amministrativa.

Pertanto, come detto, il riconoscimento della responsabilità della p.a., ai sensi dell'art. 2043 c.c., passa per il sindacato, anche in via incidentale, sulla funzione amministrativa, necessario per poter ascrivere l'operato della p.a. all'attributo di «fatto causativo di un danno ingiusto».

Tutti questi elementi, compete al ricorrente danneggiato allegarli e provarli, sebbene con alcuni contemperamenti e accorgimenti che la stessa giurisprudenza ha elaborato nel corso del tempo al fine di evitare che l'*onus probandi* gravante sul ricorrente possa trasformarsi in una *probatio diabolica*[16].

L'interesse risarcitorio, dunque, sussisterebbe solo se il giudice amministrativo accerti positivamente l'esistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie dell'illecito con la conseguenza che il giudice potrebbe anche non esaminare i profili di illegittimità del provvedimento in caso di accertata mancanza anche di uno solo degli elementi dell'illecito, posto che ognuno di essi assumerebbe valore assorbente[17].

4. Del danno ingiusto e del danno-conseguenza.

La ricostruzione della responsabilità civile della p.a. in termini di illecito aquiliano pone, come problema centrale, quello dell'ingiustizia del danno, da dimostrare in giudizio, diversamente da quanto avviene per la responsabilità da inadempimento contrattuale, in cui la valutazione sull'ingiustizia del danno sarebbe assorbita dalla violazione della regola contrattuale.

[16] Il discorso vale, in particolare, come noto, per la prova relativa alla sussistenza dell'elemento soggettivo. Sul tema si tornerà oltre.

[17] Così: Cons. stato, Ad. Plen., n. 8/2022.

E invero, seguendo il consolidato orientamento giurisprudenziale, il Consiglio di Stato si è soffermato sul requisito dell'ingiustizia del danno, ribadendo che l'ingiustizia che fonda la responsabilità della p.a. da esercizio illegittimo della funzione si correli alla dimensione sostanzialistica dell'interesse legittimo, per cui ferma la qualificazione della fattispecie risarcitoria di cui all'art. 2043 c.c. come previsione aperta alla tutela di qualsiasi interesse protetto dall'ordinamento, trattandosi di norma primaria, non sarebbe possibile una indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale, dovendo piuttosto accertarsi che dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica sia derivata al privato una lesione della propria sfera giuridica.

Il danno ingiusto, dunque, andrebbe inteso come danno *non iure* e *contra ius* che consentirebbe la risarcibilità di un interesse legittimo solo qualora l'esercizio illegittimo del potere amministrativo abbia leso un bene della vita del privato, bene che quest'ultimo avrebbe dovuto mantenere o ottenere, secondo la dicotomia esistente fra interessi legittimi oppositivi e pretensivi.

Questa concezione riecheggia la costruzione del modello di responsabilità extracontrattuale operata dalla storica sentenza della Cassazione a sezioni unite n. 500/1999, in virtù della quale potrebbe pervenirsi al risarcimento del danno soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, bene che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento.

Pertanto, stando a questa ricostruzione teorica, la lesione dell'interesse legittimo sarebbe condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria *ex* art. 2043 c.c., poiché occorrerebbe altresì che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo.

Di conseguenza, per quanto concerne gli interessi legittimi oppositivi, potrà ravvisarsi danno ingiusto nel sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio conseguente all'illegittimo esercizio del potere; per ciò che attiene agli interessi pretensivi dovrà, invece, vagliarsi la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente. Valutazione che implica un giudizio prognostico sulla fondatezza o meno della istanza, per stabilire se il ricorrente sia titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione meritevole di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva.

Pertanto, ancora una volta, *punctum prueris* della questione è la relazione intercorrente fra bene della vita perseguito dal cittadino e interesse legittimo, ai fini dell'individuazione del danno risarcibile.

Come noto, questa impostazione non mette d'accordo la dottrina amministrativistica[18], in quanto la ricostruzione della responsabilità della p.a. per attività provvedimentale illegittima dipende dalla concezione stessa di interesse legittimo[19].

[18] Sui temi, ampiamente: M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione,* cit. *Ivi* ampi riferimenti bibliografici, in particolare si v. note da 45 a 50.

[19] Sulle "ultime frontiere" della ricostruzione del concetto d'interesse legittimo e del potere amministrativo, senza poter indugiare sul tema: E. Follieri, *L'identità della struttura dell'interesse legittimo e del potere amministrativo autoritativo*, in M*etamorfosi del diritto amministrativo. Liber amicorum per Nino Longobardi*, Napoli, 2023, 169 e ss. nonché in *www.giustamm.it*, n. 11/2022; A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo.*

Infatti, per i sostenitori della tesi sostanziale[20], l'interesse legittimo consisterebbe in quella situazione giuridica soggettiva correlata all'esercizio del potere della pubblica amministrazione e tutelata in maniera diretta dalla stessa norma attributiva del potere medesimo, che attribuirebbe al privato una serie di poteri e facoltà volti a influire, per quanto possibile, sull'esercizio del potere amministrativo allo scopo di conservare o acquisire un bene della vita. Ragion per cui, configurando l'interesse legittimo come quella posizione di vantaggio riservata ad un determinato soggetto in relazione a un determinato bene della vita interessato dal potere pubblicistico[21], il baricentro per la ricostruzione dell'interesse legittimo si sposterebbe dal collegamento con l'interesse pubblico, a quello con l'utilità finale o "bene della vita" che il soggetto mira a conservare o a conseguire[22].

Diversamente, secondo autorevole dottrina[23], dell'interesse legittimo dovrebbe perpetrarsi una concezione strumentale, posto che lo stesso andrebbe definito come quella situazione giuridica soggettiva, manifestazione dell'interesse all'esito favorevole del esercizio del potere precettivo della p.a., tutelato mediante facoltà di collaborazione dialettica, dirette a influire sul merito della decisione amministrativa ed esperibili lungo tutto il corso dell'esercizio del potere e dello svolgimento della funzione amministrativa.

Pertanto, secondo questa diversa teorica, la ricostruzione dell'ingiustizia del danno basata sulla lesione del bene della vita, non farebbe che negare ciò che *in nuce* vorrebbe affermare, ossia la risarcibilità dell'interesse legittimo[24].

Stando alla ricostruzione della giurisprudenza amministrativa prevalente, tuttavia, la lesione dell'interesse legittimo non sarebbe da sola sufficiente (danno *contra ius*) essendo essenziale, ai fini della configurazione della responsabilità, che l'evento dannoso leda ingiustamente una situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento (danno *non iure datum*); pertanto, occorrerebbe verificare che sia leso, per effetto dell'attività illegittima e colpevole della p.a., il bene della vita cui il soggetto aspirava.

Di conseguenza, sarebbe la lesione del bene della vita a qualificare, in termini d'ingiustizia, il danno derivante da provvedimento illegittimo[25].

E quindi, il nodo della questione si sposta necessariamente più a valle, dovendo il giudice amministrativo, ai fini della risarcibilità del danno, compiere un giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita.

Prognosi che impone di verificare la sussistenza di conseguenze dannose, da accertare secondo il distinto regime di causalità giuridica, che prefigura la risarcibilità del danno soltanto quando tali conseguenze si atteggino, secondo un canone di normalità

I) situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo), Torino, Giappichelli, 2020; nonché la sezione monografica dedicata al dibattito sul tema nella rivista *P.A. - Persona e amministrazione*, n. 2/2021.

[20] Si v. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2022, 133 ss.

[21] Cons. Stato, Ad. pl., 23 marzo 2011, n. 3.

[22] In tal senso sempre M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 133.

[23] Il riferimento è a F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

[24] Si veda M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione,* cit., che richiama e ricostruisce il pensiero di F.G. Scoca, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 6 ss.

[25] Cons. stato, sez. IV, 27 aprile 2021, 3398; Cons. stato, sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1496; Cons. stato, sez. IV, 6 luglio 2020, 4338; Cons. stato, sez. IV, 27 febbraio 2020, n. 1437.

e adeguatezza causale, quale esito immediato e diretto della lesione del bene della vita ai sensi degli artt. 1223 e 2056 c.c.[26].

Giudizio, dunque, di tipo ipotetico e controfattuale, possibile in caso di provvedimenti a bassa discrezionalità o a discrezionalità conformata, invece, altamente opinabile nel caso di attività amministrativa discrezionale.

Non a caso, come ricorda lo stesso Consiglio di Stato, nelle ipotesi in cui non sia possibile accertare con certezza la spettanza del bene della vita in capo al ricorrente, residuerebbe eventualmente la possibilità di risarcire il danno da perdita di chance, previo accertamento di una probabilità seria e concreta o di una elevata probabilità di conseguire il bene sperato, poiché «il danno, per essere risarcibile, deve essere certo e non meramente probabile, o comunque deve esservi una rilevante probabilità del risultato utile», livello probatorio minimo, quest'ultimo, che consente di «distingue(re) la chance risarcibile dalla mera e astratta possibilità del risultato utile, che costituisce aspettativa di fatto, come tale irrisarcibile» (orientamento consolidato a partire da: Consiglio di Stato, sez. V, 2 febbraio 2008 n. 490).

Infine, il risarcimento del danno andrebbe comunque escluso nell'ipotesi in cui, per effetto dell'annullamento del provvedimento amministrativo, non derivi altresì l'accertamento della fondatezza della pretesa, bensì un vincolo conformativo a carico della p.a. a rideterminarsi, senza esaurimento però della discrezionalità ad essa spettante.

5. Dell'onere della prova gravante sul danneggiato.

Scolpiti gli elementi costitutivi dell'illecito, il Consiglio di Stato si sofferma sull'onere della prova gravante sul danneggiato.

In particolare, il danneggiato è chiamato a provare:

- sul piano oggettivo, la presenza di un provvedimento illegittimo causa di un danno ingiusto, con la necessità di distinguere l'evento dannoso, derivante dalla condotta, che coincide con la lesione o compromissione di un interesse qualificato e differenziato, meritevole di tutela nella vita di relazione, e il conseguente pregiudizio patrimoniale o non patrimoniale scaturitone, suscettibile di riparazione in via risarcitoria;
- sul piano soggettivo, l'integrazione del coefficiente di colpevolezza, con la precisazione che l'accertata illegittimità del provvedimento amministrativo, l'ingiustificata o illegittima inerzia dell'amministrazione o il ritardato esercizio della funzione amministrativa non integrano la colpa dell'Amministrazione.

I maggiori dubbi sorgono proprio in relazione alla ricostruzione dell'*onus probandi* gravante sul ricorrente circa la sussistenza dell'elemento soggettivo.

E invero, vera l'affermazione di principio per cui, la colpevolezza della p.a. non possa presumersi per la sola illegittimità del provvedimento impugnato, potendo l'illegittimità del provvedimento essere utilizzata come indice presuntivo della colpa della p.a., ai sensi e per gli effetti dell'art. 1227 c.c., il Consiglio di Stato, nel declinare il proprio ragionamento sembra spingersi oltre rispetto a quello che è il prevalente e consolidato orientamento giurisprudenziale, ponendo, a carico del ricorrente, un

[26] Così lo stesso Cons. Stato n. 3094/2023, nonché *ex multis*: Consiglio di Stato, Sez. V, 4 agosto 2015, n. 3854.

criterio probatorio più rigoroso ai fini della prova dell'elemento soggettivo.

È noto, infatti, che il giudice amministrativo col tempo, si è in parte discostato dalla tesi posta dalla Cassazione nella storica pronuncia n. 500/1999[27], semplificando in parte il regime probatorio gravante sul ricorrente, relativo all'elemento soggettivo, con lo scopo di contemperare l'asimmetria fra le parti processuali che caratterizza il processo amministrativo[28].

E, infatti, le critiche mosse dalla dottrina[29] al concetto di colpa di apparato, così come configurato dalla Cassazione, percepito come grimaldello per arginare la responsabilità dell'amministrazione, ha portato la giurisprudenza a riconoscere una inversione dell'onere probatorio tale per cui, l'illegittimità dell'atto configurerebbe presunzione semplice di colpa, spettando invece alla p.a. dimostrare di esser incorsa in errore scusabile.

Errore scusabile, configurabile, ad esempio, nelle ipotesi d'incertezza normativa, di novità o di rilevante complessità della questione affrontata, oppure ancora, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma di riferimento e, infine, nel caso di illegittimità sopravvenuta, derivante da successiva dichiarazione d'incostituzionalità della disposizione normativa applicata[30].

Si deve dare atto, invece, che parte minoritaria della giurisprudenza, cui è da ricondurre la sentenza che si commenta, sembra adottare un criterio interpretativo più rigoroso ai fini della prova della colpa della p.a. a carico del danneggiato e, dunque, ai fini del suo positivo accertamento[31], che sembra di fatto riecheggiare l'orientamento espresso dalla cassazione.

E invero, stando a questo filone giurisprudenziale, per poter affermare la responsabilità extracontrattuale della P.A. derivante dall'adozione di un provvedimento illegittimo, sarebbe necessario che il danneggiato dimostri, *ex* art. 2969 c.c., la sussistenza di tutti gli elementi previsti dall'art. 2043 c.c. Per quanto riguarda più propriamente la dimostrazione della colpa, sebbene si ammetta che il danneggiato possa avvalersi della prova presuntiva ai sensi degli artt. 2727 c.c. e 2729 c.c., si ritiene non sufficiente per

[27] Come noto, la Corte di Cassazione nel riconoscere la responsabilità della p.a. per danni da lesione di interessi legittimi ha ritenuto non più sufficiente l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento amministrativo, dovendo invece positivamente accertarsi l'elemento soggettivo dell'illecito, ossia la colpa dell'apparato amministrativo – non già del singolo funzionario. Questo elemento si sostanzierebbe nella violazione di regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione che devono ispirare la condotta e l'azione della p.a. e che al ricorrente competerebbe provare.

[28] In dottrina sul tema: E. Follieri, *L'elemento soggettivo nella responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi (nota a sentenza: Consiglio di stato, sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482)*, in *Urb. app.*, 6/2012, 694 ss.; M.C. Cavallaro, *La rilevanza dell'elemento soggettivo nella struttura dell'illecito della pubblica amministrazione: un ulteriore chiarimento del Consiglio di Stato*, nota a Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32, in *Nuove autonomie*, 4-5/2005, 741 ss.; O. Ciliberti, *L'elemento soggettivo nella responsabilità civile della pubblica amministrazione conseguente a provvedimenti illegittimi*, in *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, a cura di E. Follieri, Giuffrè, Milano, 2004, 251; S. Cimini, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2008; F. Fracchia, *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*, in *Atti del Convegno di Varenna 2008*, Giuffrè, Milano, 2009, 211; F. Trimarchi Banfi, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Giappichelli, Torino, 2009, spec. 87 ss.

[29] Per una ricostruzione delle problematiche: si v. E. Follieri, *L'elemento soggettivo nella responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi*, cit.

[30] In giurisprudenza, *ex multis*: Cons. Stato, sez. IV, n. 5012/2004; Cons. Stato, sez. V, n. 1307/2007; Cons. Stato, sez. VI, n. 213/08; Cons. Stato, sez. IV, n. 482/2012; Cons. Stato, sez. VI, 16 aprile 2015, n. 1944; Cons. stato, sez. V, 18 gennaio 2016, n. 148.

[31] In particolare, fra le pronunce più recenti: Cons. Stato, Sez. II, 20 maggio 2019, n. 3217; T.A.R. Lazio, sez. I - Roma, 11 gennaio 2022, n. 226 e T.A.R. Lombardia, sez. II - Milano, 04 agosto 2016, n. 1560.

quest'ultimo, al fine di considerare assolto il suo onere, l'allegazione e la dimostrazione dell'illegittimità del provvedimento causativo del danno, reputandosi invece necessaria la verifica della violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede, cui l'esercizio della funzione pubblica si deve costantemente attenere.

Violazione di regole di condotta che competerebbe al ricorrente provare.

Di conseguenza, al ricorrente non basterebbe far affidamento, ai fini della prova, sull'accertata illegittimità del provvedimento, dovendo invece positivamente provare che il comportamento negligente tenuto dalla pubblica amministrazione sia in palese contrasto con i canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa[32].

Un *quid pluris*, dunque, che aggraverebbe l'onere probatorio della parte.

Orbene, se così fosse, si compirebbe un passo indietro nel sistema di contemperamento dei contrappesi che faticosamente si è certato di raggiungere per superare le asimmetrie processuali fra le parti, perché ciò significherebbe gravare il ricorrente di una *probatio diabolica* o, quantomeno, cancellare la prassi consolidata dell'inversione dell'onere della prova, basata sulla dimostrazione dell'errore scusabile, o ridurla a mera *fictio*, non potendo il ricorrente, nel fornire la prova di tale negligenza con efficacia cogente, che ispirarsi proprio a quei criteri che la giurisprudenza ha elaborato per consentire alla p.a. di dimostrare di essere incorsa in errore scusabile. Dunque verrebbe sostanzialmente eluso il criterio della *vicinitas*.

6. Brevi considerazioni conclusive.

La sentenza oggetto di analisi, nel voler ribadire quell'orientamento giurisprudenziale maggiormente consolidato che qualifica la responsabilità de esercizio illegittimo della funzione come responsabilità extracontrattuale, si atteggia quasi a "sentenza-scuola".

Si percepisce, infatti, la chiara intenzione dell'organo giudicante di voler scolpire, in maniera quasi assertiva e minuziosa, gli elementi costitutivi della fattispecie dell'illecito aquiliano, per come applicati dalla giurisprudenza maggioritaria all'attività autoritativa illegittima della p.a.

E invero, la soluzione della controversia è vista quasi come un'occasione utile per ripercorrere nel dettaglio la struttura dell'illecito aquiliano, posto che di ciascun elemento è fornita ampia dissertazione, corroborata da una corposa ricognizione dei precedenti giurisprudenziali, anche risalenti, fondativi della tesi ivi sostenuta.

Al di là di questa impressione, si ritiene, tuttavia, al di là di alcuni punti critici nella ricostruzione e concreta applicazione della fattispecie, che si sono segnalati, che la tesi della responsabilità extracontrattuale per esercizio di attività provvedimentale illegittima sia, a sistema vigente, quella più calzante ai fini della configurazione della responsabilità della p.a., ferma, pro futuro, la possibilità, avvertita e suggerita dalla dottrina, di ripensare seriamente il regime della responsabilità della p.a. con un certo grado di autonomia rispetto alla tradizione civilistica[33].

[32] Così espressamente le stesso Cons. Stato, n. 3094/2023.

[33] Così, da ultimo, espressamente: M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione*,

Pertanto, a regime vigente, certamente non è da escludere la possibilità di vedere configurati differenti regimi di responsabilità a carico della p.a. amministrazione per atti (attività) e fatti (comportamenti) non riconducibili (nemmeno mediatamente) all'esercizio illegittimo della funzione pubblica, non perché si possa o si voglia configurare un regime di responsabilità a geometria variabile, piuttosto perché differenti sarebbero i presupposti che giustificherebbero l'applicazione di altre fattispecie normative di riferimento.

Infine, la sentenza è apprezzabile per lo sforzo compiuto ai fini della valorizzazione dell'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella caducatoria, pur nel rispetto del limite sostanziale della sussidiarietà dell'una rispetto all'altra.

---

cit. Si ricordano le tesi espresse da E. Follieri, *Sul modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 18 ss.; nonché sempre E. Follieri, *L'elemento soggettivo nella responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi*, cit., che richiama altresì: A. Zito, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, 172 ss.; L. Garofalo, *La* responsabilità dell'amministrazione per l'autonomia degli schemi ricostruttivi, in *Dir. Amm.*, 2005, 1 ss.; F.G. Scoca, *Interesse legittimo come situazione giuridicamente protetta e tutela giurisdizionale*, Catania 24-25-26 aprile 2003 in Atti del convegno Roma, 2004, 92; L. Maruotti, *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo: la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo*, in *www.griurisprudenza.it* 2005.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2935 – 15 novembre 2023

Brevi considerazioni sulla differenza tra responsabilità precontrattuale della P.A. e responsabilità da provvedimento illegittimo
(nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5989)

Gianluigi Delle Cave

Sommario: 1. La questione in sintesi. – **2.** La responsabilità "precontrattuale" della P.A.: inquadramento giurisprudenziale. – **3.** Note sulla responsabilità da "provvedimento illegittimo". – **4.** Le responsabilità "a confronto": differenze e dissomiglianze secondo i giudici amministrativi. – **5.** Riflessioni conclusive.

1. La questione in sintesi.

Muovendo da una controversia relativa alla materia dei contratti pubblici[1], il Consiglio di Stato si è nuovamente espresso sulla portata e i confini della responsabilità "precontrattuale" della P.A., configurabile – in estrema sintesi – quando l'amministrazione agisce in violazione del canone della buona fede e commette, pertanto, una scorrettezza foriera di pregiudizio economico per l'impresa partecipante che, tuttavia, non integra l'illegittimità di alcun atto della serie: o perché non è causata dall'adozione di un atto

[1] La sentenza in commento, in particolare, conferma la pronuncia di primo grado resa da T.A.R. Calabria, Catanzaro, 28 novembre 2022, n. 2172, in *giustizia-amministrativa.it*. Al di là dei plurimi motivi di gravame, le doglianze specifiche da cui prende le mosse il Consiglio di Stato sulla questione in commento sono le seguenti. (A) Circa la responsabilità precontrattuale e da ritardo: l'appellante, dalla premessa secondo cui la sentenza del T.A.R. Catanzaro cit. aveva accertato l'illegittimità del silenzio serbato dalla Regione Calabria in relazione alla domanda di stipulazione del contratto, faceva discendere la prova del nesso causale tra l'illegittimo comportamento dell'amministrazione e i danni da essa riportati a titolo di responsabilità precontrattuale. In particolare, rilevava che la condotta della P.A. avrebbe dovuto essere qualificata come colposa ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., con conseguente obbligo risarcitorio; (B) In merito alla responsabilità da atto illegittimo: l'appellante contestava, *ex aliis*, l'assenza dei presupposti previsti dall'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990 per pervenire ad un provvedimento di revoca, e segnatamente la mancanza di una sopravvenienza, fattuale o normativa, rispetto ai fatti già conosciuti dall'Amministrazione, oltre che l'assenza di una nuova ponderazione dell'interesse pubblico rispetto agli interessi antagonisti.

amministrativo (si veda il caso del rifiuto di stipulare il contratto con l'aggiudicatario) o perché l'atto amministrativo che la integra non è illegittimo (è il caso, ed esempio, dell'annullamento d'ufficio legittimo della aggiudicazione).

I giudici di Palazzo Spada, tuttavia, con la sentenza in commento, rilevano un quid extra, in particolare con riferimento alla differenza tra la responsabilità appena citata e quella da "provvedimento illegittimo".

Nel dettaglio, la responsabilità da mancata aggiudicazione «entra in gioco» se, per le circostanze del caso concreto, l'annullamento dell'atto illegittimo non può assicurare la tutela specifica dell'interesse del ricorrente (il che si verifica, ad esempio, quando all'annullamento dell'aggiudicazione non può far seguito l'inefficacia del contratto e l'aggiudicazione in favore del ricorrente o, quantomeno, la ripetizione della procedura, nei casi previsti dagli artt. 121-124 c.p.a). Viceversa, secondo il giudice di seconde cure, la responsabilità propriamente "precontrattuale", in quanto finalizzata alla riparazione di pregiudizi derivanti da attività illecita e tuttavia non illegittima, costituisce, al ricorrere delle relative condizioni, l'unico strumento di tutela a disposizione dell'impresa, attivabile malgrado il pregiudizio non trovi causa in un atto illegittimo, suscettibile di impugnazione o di annullamento, bensì in un atto legittimo o in un comportamento che neppure configura i caratteri propri dell'atto amministrativo.

Per completezza (checché il profilo non riguardi direttamente l'argomento oggetto del presente scritto), la sentenza in commento merita di essere segnalata anche sotto altra prospettiva, ossia con riferimento ai limiti del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale *ex* art. 9 del d.lgs. 36/2023 "Nuovo Codice dei Contratti Pubblici"[2]. Secondo i giudici amministrativi infatti, al di là dell'innovativo principio de quo e il dovere ex fide bona di rinegoziazione del contratto, vi è comunque un limite espresso all'applicazione dello stesso, costituito dalla «mancata alterazione della sostanza economica del contratto»[3], nonché dalla necessità che «le modifiche al contratto non siano "sostanziali"»[4] ovvero non incidano sulla struttura dell'operazione economica sottesa al contratto di affidamento del servizio. Ciò senza contare che, nella prospettiva della tutela della parità dei potenziali concorrenti, occorrerebbe ritenere praticabili, secondo i giudici amministrativi, esclusivamente quelle modifiche che siano state in qualche modo "preventivate" nel bando di gara medesimo[5].

---

[2] Il comma 1 dell'articolo citato prevede che "se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali".

[3] Cfr. art. 9, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, ove meglio si descrive la finalità sottesa alla rinegoziazione, ossia il "ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento", anche attraverso "l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione" al fine di meglio curare la gestione delle "sopravvenienze" di cui al comma 1 (art. 9, comma 4, d.lgs. cit.). Così perimetrata la rinegoziazione, è possibile, peraltro, cogliere pure la differenza tra l'istituto appena descritto e l'"eccessiva onerosità sopravvenuta" di cui all'art. 1467 c.c. Ed infatti, l'art. 9 *supra* parla di una tutela "manutentiva", conforme all'interesse dell'operatore e della S.A., anche in virtù dell'interesse pubblico alla base della contrattazione; l'art. 1467 c.c. tratta una tutela "demolitoria", ove si prevede che la parte "può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458".

[4] Cfr. art. 120, commi 5 e 6, d.lgs. n. 36/2023.

[5] Sul punto, si veda il parere espresso dalla commissione speciale del Consiglio di Stato n. 1084/00 del 12 ottobre 2001. Nell'occasione, la commissione del Consiglio di Stato ebbe in particolare modo di affermare che anche la rinegoziazione successiva all'aggiudicazione potrebbe alterare la par condicio dei concorrenti, e ciò in quanto «il divieto di rinegoziare le offerte deve razionalmente intendersi in linea di principio […] anche successivamente all'aggiudicazione, in quanto la possibilità di rinegoziazione tra la stazione appaltante e

2. La responsabilità "precontrattuale" della P.A.: inquadramento giurisprudenziale.

Giova premettere, nei limiti di quanto qui di interesse, che l'affidamento nella legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione – e più in generale sulla correttezza del suo operato – è riconosciuto, pure da risalente giurisprudenza, come situazione giuridica soggettiva tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno[6].

Secondo i principi ivi formulati, le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, «uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte»[7]. Oltre che distinti, dunque, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi[8].

Ancora in giurisprudenza, si è affermato che l'affidamento «è un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività»[9]. Pur sorto nei rapporti di diritto civile, con lo scopo di tutelare la buona fede ragionevolmente riposta sull'esistenza

---

l'aggiudicatario, modificando la base d'asta, finirebbe (seppure indirettamente) coll'introdurre oggettivi elementi di distorsione della concorrenza, violando in tal modo i principi comunitari in materia».

[6] L'affermazione di principio può essere fatta risalire alla sentenza Cons. Stato, A.P., 5 settembre 2005, n. 6, in *giustizia-amministrativa.it*, in cui l'impresa aggiudicataria di una procedura di affidamento di un appalto pubblico aveva chiesto la condanna al risarcimento dei danni nei confronti dell'amministrazione che aveva legittimamente revocato la gara. Sul presupposto che nell'applicare le norme sull'evidenza pubblica quest'ultima è anche soggetta alle «norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune», e malgrado la legittimità dell'intervento in autotutela, l'Adunanza plenaria ha riconosciuto il risarcimento per la lesione dell'affidamento maturato dall'aggiudicataria sulla conclusione del contratto, una volta che la sua offerta era stata selezionata in gara come la migliore ed era stato emesso a suo favore il provvedimento definitivo. Cfr. pure Cons. Stato, A.P., 04 maggio 2018, n. 5, in *giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, S. Amato, *I nuovi confini della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 1, 1 ss.; G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 198 ss.; F. Manganaro, *Riflessioni su talune recenti tendenze in tema di riparto di giurisdizione e responsabilità civile dell'amministrazione*, in *Giustamm.it*, 2009; M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in *federalismi.it*, 2011, 7; S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico, Responsabilità precontrattuale*, Milano, 2003, 1267 ss.; F.G. Scoca, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, in L. Garofalo (a cura di*), Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova, 2003, vol. III; E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo, ivi*; M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1023 ss.

[7] Si veda, in particolare, Cons. Stato, A.P., 29 novembre 2021, n. 21, in *giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, C. Napolitano, Legittimo affidamento e risarcimento del danno: la Plenaria si pronuncia (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20), in *giustiziainsieme.it*, 2021.

[8] L'«ordinaria possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento» è stata in particolare affermata dalla suddetta A.P., 04 maggio 2018, n. 5, in cui si è anche precisato che la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nelle procedure di affidamento di contratti pubblici è una responsabilità «da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale».

[9] Cons. Stato, sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5011, in *giustizia-amministrativa.it*.

di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata[10], l'affidamento è ormai considerato canone ordinatore anche dei comportamenti delle parti coinvolte nei rapporti di diritto amministrativo, ovvero quelli che si instaurano nell'esercizio del potere pubblico, sia nel corso del procedimento amministrativo sia dopo che sia stato emanato il provvedimento conclusivo[11]. A fronte del dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede possono pertanto sorgere aspettative, che per il privato istante si indirizzano all'utilità derivante dall'atto finale del procedimento, la cui frustrazione può essere per l'amministrazione fonte di responsabilità[12].

Orbene, con riferimento ai limiti entro cui può essere riconosciuto il risarcimento per lesione dell'affidamento, il settore dei contratti pubblici è quello in cui tradizionalmente e più volte è stata riconosciuta la responsabilità di quest'ultima. Le ragioni alla base dell'orientamento di giurisprudenza favorevole al privato venutosi a creare in questo settore si spiega sulla base del fatto che, sebbene svolta secondo i moduli autoritativi ed impersonali dell'evidenza pubblica, l'attività contrattuale dell'amministrazione è nello stesso tempo inquadrabile nello schema delle trattative prenegoziali, da cui deriva quindi l'assoggettamento al generale dovere di «comportarsi secondo buona fede» enunciato dall'art. 1337 c.c.

Ora, per comune acquisizione di diritto civile, la tutela risarcitoria per responsabilità precontrattuale «è posta a presidio dell'interesse a non essere coinvolto in trattative inutili, e dunque del più generale interesse di ordine economico a che sia assicurata la serietà dei contraenti nelle attività preparatorie e prodromiche al perfezionamento del vincolo negoziale»[13]. Applicata all'evidenza pubblica, la responsabilità precontrattuale sottopone l'amministrazione alla duplice soggezione alla legittimità amministrativa e agli obblighi di comportamento secondo correttezza e buona fede, i quali costituiscono, come in precedenza esposto, profili tra loro autonomi, e da cui può rispettivamente derivare l'annullamento degli atti adottati nella procedura di gara e le responsabilità per la sua conduzione[14]. Nei rapporti di diritto civile, affinché un affidamento sia legittimo occorre tuttavia che

[10] E di cui sono applicazioni concrete, tra le altre, la "regola possesso vale titolo" *ex* art. 1153 c.c., l'acquisto dall'erede apparente di cui all'art. 534 c.c., il pagamento al creditore apparente *ex* art. 1189 cod. civ. e l'acquisto di diritto di diritti dal titolare apparente *ex* artt. 1415 e 1416 c.c.

[11] C. Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 755 ss. Si vedano anche le riflessioni di G. Tropea, A. Giannelli, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche (nota a Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236)*, in *giustiziainsieme.it*, 2020.

[12] Inoltre la lesione dell'aspettativa può configurarsi non solo in caso di atto legittimo, ma anche nel caso di atto illegittimo, poi annullato in sede giurisdizionale. Anche in questa seconda ipotesi può infatti darsi il caso che il soggetto beneficiario dell'atto per sé favorevole abbia maturato un'aspettativa ragionevole alla sua stabilità, che dunque può essere ingiustamente lesa per effetto dell'annullamento in sede giurisdizionale. Ed infatti, secondo l'A.P., n. 21/2021 cit. «nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi».

[13] Cons. Stato, A.P., n. 21/2021 cit., secondo cui «la reintegrazione per equivalente è pertanto ammessa non già in relazione all'interesse positivo, corrispondente all'utile che si sarebbe ottenuto dall'esecuzione del contratto, riconosciuto invece nella responsabilità da inadempimento, ma dell'interesse negativo, con il quale sono ristorate le spese sostenute per le trattative contrattuali e la perdita di occasioni contrattuali alternative, secondo la dicotomia ex art. 1223 cod. civ. danno emergente - lucro cessante».

[14] Si veda Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 2021, n. 5274; Id., 12 aprile 2021, n. 2938; Id., 02 febbraio 2018, n. 680, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

esso sia fondato su un livello di definizione delle trattative tale per cui la conclusione del contratto, di cui sono già stati fissati gli elementi essenziali, può essere considerato come uno sbocco prevedibile, e rispetto al quale il recesso dalle trattative, in linea di principio libero, risulti invece ingiustificato sul piano oggettivo e integrante una condotta contraria al dovere di buona fede ex art. 1337 c.c.[15]. Analogamente, per diffusa opinione nella giurisprudenza amministrativa[16], l'affidamento è legittimo «quando sia stata pronunciata l'aggiudicazione definitiva, cui non abbia poi fatto seguito la stipula del contratto, ed ancorché ciò sia avvenuto nel legittimo esercizio dei poteri della stazione appaltante». L'aggiudicazione è dunque considerato il punto di emersione dell'affidamento ragionevole, tutelabile pertanto con il rimedio della responsabilità precontrattuale[17].

Peraltro, è stato pure affermato che la responsabilità precontrattuale può insorgere «anche prima dell'aggiudicazione e possa derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai più volte richiamati doveri di correttezza e buona fede»[18]. Più in generale, l'Adunanza plenaria ha precisato che la tutela civilistica della responsabilità precontrattuale, pur nel quadro del principio generale dell'autonomia negoziale delle parti, ivi compresa l'amministrazione, opera nel senso di assicurare la serietà delle trattative finalizzate alla conclusione del contratto, per cui essa costituisce il punto di equilibrio: «tra la libertà contrattuale della stazione appaltante e la discrezionalità nell'esercizio delle sue prerogative pubblicistiche da una parte, rispetto del limite della correttezza e della buona fede, dall'altro», tenuto conto che ciascun contraente assume «un ineliminabile margine di rischio in ordine alla conclusione del contratto» e che dunque non può confidare sempre sulla positiva conclusione delle trattative, ma solo quando queste abbiano raggiunto un grado di sviluppo tale da rendere ragionevolmente prevedibile la stipula del contratto[19].

[15] Si veda Cass. civ., sez. II, 15 aprile 2016, n. 7545; Id., sez. III, 29 marzo 2007, n. 7768, in *cortedicassazione.it*.

[16] Si veda, *amplius*, Cons. Stato, sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237, in *giustizia-amministrativa.it*.

[17] Il recesso ingiustificato assume i connotati provvedimentali tipici della revoca o dell'annullamento d'ufficio della gara, che interviene a vanificare l'aspettativa dell'aggiudicatario alla stipula del contratto e che, pur legittimo, non vale quindi ad esonerare l'amministrazione da responsabilità per avere inutilmente condotto una procedura di gara fino all'atto conclusivo ed avere così ingenerato e fatto maturare il convincimento della sua positiva conclusione con la stipula del contratto d'appalto. In senso parzialmente diverso si è espressa Cass. civ., sez. I, 03 luglio 2014, n. 15260, ove si afferma che l'affidamento del concorrente ad una procedura di affidamento di un contratto pubblico è tutelabile «indipendentemente da un affidamento specifico alla conclusione del contratto»; la stazione appaltante è quindi responsabile sul piano precontrattuale «a prescindere dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante».

[18] Cons. Stato, A.P., 04 maggio 2018, n. 5, in *giustizia-amministrativa.it*.

[19] Nell'ambito della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione appaltante, «è ammessa la risarcibilità del danno non solo nel caso di declaratoria dell'illegittimità dell'atto di revoca dell'aggiudicazione, ma anche nelle fattispecie comportamentali (come un comportamento inerte o dilatorio) che prescindono dall'accertamento dell'invalidità di una pregressa attività provvedimentale; in tali casi, tuttavia, la responsabilità può ritenersi sussistente soltanto ove: a) l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all'amministrazione»; cfr. T.A.R. Sardegna, sez. I, 27 settembre 2021, n. 658, in *giustizia-amministrativa.it*.

Individuato, quindi, un primo requisito dell'affidamento tutelabile nella sua ragionevolezza e nel correlato carattere ingiustificato del recesso, il secondo consiste nel carattere colposo della condotta dell'amministrazione, nel senso che la violazione del dovere di correttezza e buona fede deve esserle imputabile quanto meno a colpa, secondo le regole generali valevoli in materia di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. (sul punto, si rinvia, sinteticamente, al paragrafo successivo). A sua volta, poi, non deve essere inficiato da colpa[20] l'affidamento del concorrente[21].

3. Note sulla responsabilità da "provvedimento illegittimo".

Sulla natura giuridica dell'azione di risarcimento danni per responsabilità della P.A. da illegittimo provvedimento diverse sono state le tesi seguite dalla giurisprudenza[22].

Secondo il tradizionale orientamento, rientrerebbe nell'ambito di operatività della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c.[23]; secondo un indirizzo mi-

[20] Sul punto va richiamato l'art. 1338 c.c., il quale assoggetta a responsabilità precontrattuale la «parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte», ed in base al quale viene escluso il risarcimento se la conoscenza di una causa invalidante il contratto è comune ad entrambe le parti che conducono le trattative, poiché nessuna legittima aspettativa di positiva conclusione delle trattative può mai dirsi sorta (in questo senso, Cass. civ, sez. III, 18 maggio 2016, n. 10156; Id., sez. lav., 31 gennaio 2020, n. 2316). Secondo Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2016, n. 3674, in *giustizia-amministrativa.it*, «al fine di escludere la risarcibilità del pregiudizio patito dal privato a causa dell'inescusabilità dell'ignoranza dell'invalidità dell'aggiudicazione, che il giudice deve verificare in concreto se il principio di diritto violato sia conosciuto o facilmente conoscibile da qualunque cittadino mediamente avveduto, tenuto conto dell'univocità dell'interpretazione della norma di azione e della conoscenza e conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità».

[21] Come rilevato da Cons. Stato, A.P., n. 21/2021 cit., «nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa».

[22] Recentemente, cfr. Cons. Stato, sez. VII, 27 marzo 2023, n. 3094, in *giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, A. Travi, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2001, 20; L. Garofolo, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 16 ss.; G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, *passim*. Cfr. pure V. Parisio, *La responsabilità civile in materia urbanistica e di lavori pubblici*, *in Riv. giur. ed.*, 2000, 517 ss.

[23] Si veda Cons. Stato, sez. V, 31 luglio 2012, n. 4337; T.A.R. Lazio, Roma, sez. 3, sentenza n. 11808 del 08 ottobre 2014; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 02 marzo 2018, n. 1350; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 25 settembre 2017 n. 4483, tutte in *giustizia-amministrativa.it*. Secondo tale indirizzo, che muove dalla sentenza Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, la responsabilità prevista dall'art. 2043 c.c. presuppone che l'agente «non abbia normalmente alcun rapporto o contatto con la parte danneggiata. A tale stregua, la norma prevede una clausola generale da cui discende l'osservanza del dovere generale del *neminem laedere* a tutela di qualunque posizione soggettiva meritevole di protezione giuridica». Cfr. R. Chieppa, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 683 ss. Peraltro, secondo la sentenza n. 500 del 1999 cit., «l'imputazione *ex* art. 2043 c.c. alla P.a. di una responsabilità extracontrattuale (in materia diversa da quella degli appalti pubblici) non può avvenire sulla base del mero dato obiettivo dell'illegittimità dell'azione amministrativa, ma il giudice deve svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente e da riferire ai parametri della negligenza o imperizia, ma dell'amministrazione intesa come apparato, che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo e lesivo dell'interesse del danneggiato siano avvenute in violazione delle regole di

noritario, dovrebbe, invece, essere concepita quale responsabilità da inadempimento da contatto sociale qualificato[24]; secondo, infine, altre pronunce, costituirebbe una responsabilità sui generis, e, pertanto, non interamente riconducibile al paradigma della responsabilità né extracontrattuale, né contrattuale[25].

Ora, sebbene, infatti, la tesi tradizionale, ancora prevalente, ritenga riconducibile siffatta responsabilità nell'ambito di quella aquiliana ai sensi dell'art. 2043 c.c.[26], da alcuni decenni è stata sostenuta in giurisprudenza anche la diversa tesi secondo cui quella dell'Amministrazione in questi casi sarebbe una responsabilità da inadempimento di obblighi scaturenti dal "contatto sociale"[27] che si sarebbe instaurato tra la Pubblica Autorità e l'interessato nell'ambito del procedimento amministrativo[28], con conseguente applicazione della disciplina di cui all'art. 1218 c.c.

Più nel dettaglio, l'Adunanza Plenaria[29] ha chiarito che la responsabilità della Pubblica Amministrazione da illegittimo esercizio della funzione pubblicistica è di natura extracontrattuale, non potendo, infatti, configurarsi un rapporto obbligatorio nell'ambito di un procedimento amministrativo in

imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi». In dottrina, si veda V. Parisio, *Primi brevissimi spunti di riflessione in tema di risarcimento del danno per violazione di interessi legittimi alla luce della sentenza della cass. sez. un. civ. n. 500 del 1999*, in *Riv. giur. ed.*, 1999, 6, 1239 ss.

[24] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 04 luglio 2012, n. 3897; Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 2014, n. 6421, in *giustizia-amministrativa.it*.

[25] Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047; Id., sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5611; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 05 marzo 2018, n. 617; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 06 aprile 2016, n. 650, tutte in giustizia-amministrativa.it. In dottrina, si veda C. Cacciavillani, *Il risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo*, nota a T.A.R. Sicilia, Catania, 18 gennaio 2000, n. 38 e T.A.R. Lombardia, Milano, 23 dicembre 1999, n. 5049, in *GC*, 2000, 5, 1573 ss., secondo cui la lesione dell'interesse legittimo «può essere individuata con aderenza ai nuovi principi giuspubblicistici solo se si riesce ad uscire dal condizionamento classico della bipartizione delle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali che male si attaglia al rapporto pubblicistico». In merito alla natura della responsabilità derivante da illegittima emanazione del provvedimento autoritativo, cfr. L. Maruotti, *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2007, rileva che «per ragioni ontologiche, storiche, normative e istituzionali, l'esercizio del potere autoritativo non è assimilabile alla condotta delle parti di un rapporto contrattuale […] non è assimilabile alla condotta dichi […] cagioni un danno ingiusto».

[26] Secondo parte della dottrina civilistica, la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sarebbe entrata in crisi, in quanto «è parsa ad un tempo arbitraria ed inesatta» e «sfumata»; G. Alpa, *La responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Bologna, 1991, 17 ss. In particolare, l'Autore rileva come «l'obbligazione contrattuale tende a considerarsi come struttura complessa e pertanto involge anche obblighi accessori; nel contempo la responsabilità civile tende a coinvolgere anche fenomeni contrattuali».

[27] Secondo tale orientamento, per un verso tra la pubblica amministrazione e la parte lesa non è rinvenibile l'estraneità giuridica tipica della responsabilità extracontrattuale, che prescinde dall'esistenza di un previo legame di natura obbligatorio. Per altro verso, tale impostazione individua il fondamento normativo del "contatto" tra cittadino e pubblica amministrazione, nella legge n. 241/1990. Sul piano processuale, tale ricostruzione presenta un vantaggio probatorio per il privato, in quanto consentirebbe di superare le criticità relative alla prova dell'elemento soggettivo della colpa del danneggiante, in virtù dell'applicazione dell'art. 1218 c.c. Cfr. Cass. civ., 19 novembre 2002, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78 ss., nota di F. Fracchia, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentale*, e da Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Danno resp.*, 2001, 1211, nota di M. Passoni, *Responsabilità per "contatto" e risarcimento per lesioni di interessi legittimi*.

[28] In un contesto di generalizzata possibilità per il giudice amministrativo di disporre il risarcimento dal danno, valgano da monito le considerazioni di F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in *giustiziainsieme.it*, 2021, secondo cui la patrimonializzazione dell'interesse legittimo non deve diventare un pretesto per «abbandonare la forma di tutela specifica dell'annullamento, l'erogazione della quale ha rappresentato la ragione primaria per cui è stata introdotta nel nostro ordinamento una giurisdizione generale di legittimità re se ne è individuato il suo giudice naturale in quello amministrativo».

[29] Cons. Stato, A.P., 23 aprile 2021, n. 7, in *giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, cfr. E. Zampetti, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, in *giustiziainsieme.it*, 2021; M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'Adunanza Plenaria (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020 n. 1136)*, in *giustiziainsieme.it*, 2021.

quanto: (i) nel procedimento amministrativo, a differenza del rapporto obbligatorio, sussistono due situazioni attive, cioè il potere della P.A. e l'interesse legittimo del privato; (ii) il rapporto tra le parti non è paritario, ma di supremazia della P.A.[30].

Centrale è quindi l'ingiustizia del danno, da dimostrare in giudizio, diversamente da quanto avviene per la responsabilità da inadempimento contrattuale, in cui la valutazione sull'ingiustizia del danno è assorbita dalla violazione della regola contrattuale[31]. Declinata nel settore relativo al "risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi"[32], di cui all'art. 7, comma 4, c.p.a., il requisito dell'ingiustizia del danno implica che il risarcimento può essere riconosciuto se l'esercizio illegittimo del potere amministrativo abbia leso un bene della vita del privato, che quest'ultimo avrebbe avuto titolo per mantenere o ottenere, secondo la dicotomia interessi legittimi oppositivi e pretensivi. Infatti, diversamente da quanto avviene nel settore della responsabilità contrattuale, il cui aspetto programmatico è costituito dal rapporto giuridico regolato dalle parti contraenti mediante l'incontro delle loro volontà concretizzato con la stipula del contratto-fatto storico, il rapporto amministrativo «si caratterizza per l'esercizio unilaterale del potere nell'interesse pubblico, idoneo, se difforme dal paradigma legale ed in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito, ad ingenerare la responsabilità aquiliana dell'amministrazione».

L'ingiustizia del danno che fonda la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi si correla alla sopra menzionata dimensione sostanzialistica di questi ultimi, per cui solo se dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica sia derivata per il privato una lesione della sua sfera giuridica quest'ultimo può fondatamente domandare il risarcimento per equivalente monetario. Secondo un orientamento risalente dell'Adunanza plenaria[33], mai posto in discussione, il risarcimento è quindi escluso quando l'interesse legittimo riceva tutela idonea con l'accoglimento dell'azione di annullamento, ma quest'ultimo sia determinato da una illegittimità, solitamente di carattere formale, da cui non derivi un accertamento di fondatezza della pretesa del privato ma un vincolo per l'amministrazione a rideterminarsi,

[30] Secondo Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047, in *giustizia-amministrativa.it*, la responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo «risponde ad un modello speciale non riconducibile ai modelli di responsabilità che operano nel settore del diritto civile».

[31] La giurisprudenza qualifica la responsabilità precontrattuale nei termini di «una responsabilità da comportamento, non da provvedimento, che incide non sull'interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza»; Cons. Stato, sez. VI, 01 febbraio 2013, n. 633, in *giustizia-amministrativa.it*. Per dimostrare la colpa, inoltre, possono «operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie», con la precisazione che «il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile» e che «spetterà, di contro, all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile, ad esempio, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata»; Cons. Stato, sez. III, 05 giugno 2014, n. 2867, in *giustizia-amministrativa.it*.

[32] F.G. Scoca, L'interesse legittimo. Storia e teoria, Torino, 2017, 296 ss., nonché G. Greco, *Dal dilemma di diritto soggettivo - interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale - interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 3, 479 ss.; A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020.

[33] Cons. Stato, A.P., 03 dicembre 2008, n. 13, in *giustizia-amministrativa.it*.

senza esaurimento della discrezionalità ad essa spettante.

Gli elementi costitutivi della responsabilità civile della pubblica amministrazione, pertanto, sono quelli di cui all'art. 2043 c.c., ed ossia, sotto il profilo oggettivo, il nesso di causalità materiale e il danno ingiusto, inteso come lesione alla posizione di interesse legittimo, e, sotto il profilo soggettivo, il dolo o la colpa. Sul piano delle conseguenze, il fatto lesivo deve essere collegato, con un nesso di causalità giuridica o funzionale, con i pregiudizi patrimoniali o non patrimoniali lamentati. Occorre allora verificare la sussistenza dei presupposti di carattere oggettivo (ingiustizia del danno, nesso causale, prova del pregiudizio subito), e successivamente quelli di carattere soggettivo (dolo o colpa della p.a.). Con riferimento alla ingiustizia del danno, deve rilevarsi, altresì, che presupposto essenziale della responsabilità è l'evento dannoso che ingiustamente lede una situazione soggettiva protetta dall'ordinamento e, affinché la lesione possa considerarsi ingiusta, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria - anche se non sufficiente - per accedere alla tutela risarcitoria[34] occorre quindi anche verificare che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole dell'amministrazione pubblica), il bene della vita al quale il soggetto aspira[35]; ovvero il risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa non può prescindere dalla spettanza di un bene della vita, atteso che è soltanto la lesione di quest'ultimo che qualifica in termini di ingiustizia il danno derivante dal provvedimento illegittimo[36].

Il danneggiato, quindi, dovrà provare: (a) sul piano oggettivo, la presenza di un provvedimento illegittimo causa di un danno ingiusto, con la necessità, a tale ultimo riguardo, di distinguere l'evento dannoso (o c.d. "danno-evento") derivante dalla condotta, che coincide con la lesione o compromissione di un interesse qualificato e differenziato, meritevole di tutela nella vita di relazione, e il conseguente pregiudizio patrimoniale o non patrimoniale scaturitone (c.d. "danno-conseguenza")[37], suscettibile di riparazione in via risarcitoria[38]; (b) sul pia-

[34] Cons. Stato, sez. II, 20 maggio 2019, n. 3217, in *giustizia-amministrativa.it*.

[35] Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, affermatosi a partire dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 5/2005 (da ultimo ribadito incidentalmente dall'Adunanza Plenaria n. 7 /2021) l'inosservanza del termine per la conclusione del procedimento amministrativo costituisce condizione necessaria, ma non sufficiente a fondare un obbligo risarcitorio dell'amministrazione ai sensi dell'art. 2 *bis*, comma 1, legge n. 241/1990. Nel settore del danno conseguente alla ritardata conclusione del procedimento amministrativo il requisito dell'ingiustizia esige, pertanto, la dimostrazione che il superamento del termine di legge abbia impedito al privato di ottenere il provvedimento ampliativo favorevole, per il quale aveva presentato istanza.

[36] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2021, n. 3398; Id., sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1496; Id., sez. IV, 06 luglio 2020, n. 4338; Id., sez. IV, 27 febbraio 2020, n. 1437, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[37] Sul piano probatorio, l'accertamento del nesso di causalità tra la condotta e l'evento lesivo – c.d. "causalità materiale" – impone di verificare «se l'attività illegittima dell'Amministrazione abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento»; Cons. Stato, sez. II, 25 maggio 2020, n. 3318, in *giustizia-amministrativa.it*. Positivamente definito lo scrutinio in ordine alla causalità materiale, a fronte d'un evento dannoso causalmente riconducibile alla condotta illecita, occorre verificare la sussistenza di conseguenze dannose, da accertare secondo un (distinto) regime di causalità giuridica che ne prefigura la risarcibilità soltanto in quanto si atteggino, secondo un canone di normalità e adeguatezza causale, ad esito immediato e diretto della lesione del bene della vita ai sensi degli artt. 1223 e 2056 c.c.

[38] Cfr. Cons. Stato, A.P., 23 marzo 2011, n. 3, in *giustizia-amministrativa.it*. Peraltro, il danneggiato deve, *ex* art. 2697 c.c., provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda e, in particolare, sia i presupposti di carattere oggettivo (prova del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale) sia quelli di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante). In giurisprudenza, Cons. Stato, sez. II, 28 aprile

no soggettivo l'integrazione del coefficiente di colpevolezza, con la precisazione che la sola riscontrata ingiustificata o illegittima inerzia dell'amministrazione[39] o il ritardato esercizio della funzione amministrativa non integra la colpa dell'amministrazione[40].

Per la configurabilità della colpa dell'Amministrazione, occorre, quindi, la dimostrazione che la P.A. abbia tenuto un comportamento negligente in palese contrasto con i canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 Cost., avuto riguardo al carattere della regola di azione violata[41]: se la stessa è chiara, univoca, cogente, si dovrà riconoscere la sussistenza dell'elemento nella sua violazione; al contrario, se il canone della condotta amministrativa contestata è ambiguo, equivoco o, comunque, costruito in modo tale da affidare all'Autorità amministrativa un elevato grado di discrezionalità, la colpa potrà essere accertata solo nelle ipotesi in cui il potere è stato esercitato in palese spregio delle regole di correttezza e di proporzionalità[42].

4. Le responsabilità "a confronto": differenze e dissomiglianze secondo i giudici amministrativi.

Anche alla luce della pronuncia in commento, dunque, ciò che preme evidenziare in questa sede è che la responsabilità precontrattuale è prospettabile, di fatto, quando l'amministrazione «agisce in violazione del

2021 n. 3414 e 24 luglio 2019, n. 5219; Id., sez. VI, 5 maggio 2016 n. 1768, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[39] Come evidenziato in giurisprudenza, «la possibilità di risarcimento del danno da ritardo/inerzia dell'amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo non già come effetto del ritardo in sé e per sé, bensì per il fatto che la condotta (dolosa o colposa) inerte o tardiva dell'amministrazione sia stata causa di un danno prodottosi nella sfera giuridica del privato; tale danno, del quale quest'ultimo deve fornire la prova sia sull'*an* che sul quantum, deve essere riconducibile, secondo la verifica del nesso di causalità, al comportamento inerte ovvero all'adozione tardiva del provvedimento conclusivo del procedimento, da parte dell'amministrazione […]. Ora, in applicazione dei parametri individuati dall'Adunanza Plenaria (n. 7/2021) anche la fattispecie di responsabilità per inosservanza dolosa o colposa del termine fissato per la conclusione del procedimento è inquadrabile nel modello aquiliano di cui all'art. 2043 c.c. Incombe, quindi, sul ricorrente l'onere di dimostrare la sussistenza di tutti gli elementi tipici della fattispecie sussumibile sotto la disciplina dell'art. 2043 c.c., tra cui il nesso di causalità tra illegittimità della condotta e danno, l'elemento soggettivo, nel senso che l'attività illegittima deve essere imputabile alla P.A a titolo di dolo o colpa, previa verifica dell'effettiva spettanza del bene della vita che il privato intende acquisire alla propria sfera giuridica attraverso l'esercizio del potere e l'emanazione del provvedimento amministrativo richiesto. […] In applicazione delle anzidette coordinate ermeneutiche la valutazione del dolo o colpa della P.A. non può essere fondata soltanto sul dato oggettivo del superamento del termine di conclusione del procedimento amministrativo, essendo necessario verificare se il comportamento della P.A abbia travalicato i canoni della correttezza e della buona amministrazione, ovvero se sia stato caratterizzato da negligenza, omissioni o errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili»; *ex plurimis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. V, 02 maggio 2022, n. 5423 e Cons. Stato, sez. II, 06 dicembre 2021, n. 8123, in *giustizia-amministrativa.it*.

[40] Cons. Stato, sez. IV, 15 gennaio 2019, n. 358, in *giustizia-amministrativa.it*.

[41] Si veda, peraltro, Cass. civ., Sez. Un., 22 giugno 2017, n. 15640, in *Foro amm.*, 2018, 3, 428; Cass. civ., Sez. Un., 02 agosto 2017, n. 19170, che ha rilevato come la domanda risarcitoria proposta nei confronti dell'Amministrazione per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo rientra nella giurisdizione ordinaria, non trattandosi di una lesione dell'interesse legittimo pretensivo del danneggiato (interesse soddisfatto, seppur in modo illegittimo), ma di una lesione della sua integrità patrimoniale *ex* art. 2043 c.c., rispetto alla quale l'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l'efficacia causale del danno-evento da affidamento incolpevole; in senso conforme, si vedano anche Cass. civ., Sez. Un., 22 maggio 2017, n. 12799, in *Giust. civ. mass.*, 2017; Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2018, n. 1654, in *Foro amm.*, 2018, 1426.

[42] E, infatti, a fronte di regole di condotta inidonee a costituire, di per sé, un canone di azione sicuro e vincolante, la responsabilità della Amministrazione potrà essere affermata nei soli casi in cui l'azione amministrativa ha disatteso, in maniera macroscopica ed evidente, i criteri della buona fede e dell'imparzialità, restando ogni altra violazione assorbita nel perimetro dell'errore scusabile; cfr. Cons. Stato sez. III, 24 maggio 2018, n. 3131; Id., 16 maggio 2018, n. 2921, in *giustizia-amministrativa.it*.

canone della buona fede e commette, pertanto, una scorrettezza foriera di pregiudizio economico per l'impresa partecipante»[43], che tuttavia non integra l'illegittimità di alcun atto della serie; e ciò (i) o perché non è causata dall'adozione di un atto amministrativo (può essere il caso, ad esempio, del rifiuto di stipulare il contratto con l'aggiudicatario) oppure (ii) perché l'atto amministrativo che la integra non è illegittimo (è il caso, ed esempio, dell'annullamento d'ufficio legittimo dell'aggiudicazione)[44]. Parimenti sarà prospettabile la responsabilità precontrattuale se l'annullamento legittimo dell'aggiudicazione interviene dopo la stipula del contratto: può qui trovare applicazione lo schema dell'art. 1338 c.c. che costituisce una peculiare applicazione del principio del rispetto della buona fede nelle trattative prescritto dall'art. 1337 c.c.

Ora, va da sé che, chiarito quanto sopra, la responsabilità precontrattuale si differenzia da quella da provvedimento illegittimo.

Ed infatti, la responsabilità da mancata aggiudicazione entra in gioco se, per le circostanze del caso concreto, «l'annullamento dell'atto illegittimo non può assicurare la tutela specifica dell'interesse del ricorrente», il che si verifica, ad esempio, quando all'annullamento dell'aggiudicazione non può far seguito l'inefficacia del contratto e l'aggiudicazione in favore del ricorrente o, quantomeno, la ripetizione della procedura (nei casi previsti dagli artt. 121- 124 c.p.a.). Viceversa la responsabilità propriamente precontrattuale, «in quanto finalizzata alla riparazione di pregiudizi derivanti da attività illecita e tuttavia non illegittima», costituisce, al ricorrere delle relative condizioni, l'unico strumento di tutela a disposizione dell'impresa, attivabile malgrado il pregiudizio non trovi causa in un atto illegittimo, suscettibile di impugnazione o di annullamento, bensì in un atto legittimo o in un comportamento che neppure configura i caratteri propri dell'atto amministrativo[45].

L'altra differenza di regime concerne la selezione dei danni risarcibili. Infatti, la responsabilità precontrattuale mira a ristorare il valore delle occasioni perdute per effetto della scorrettezza della controparte, mentre la responsabilità derivante da illegittimità dell'azione amministrativa è commisurata, al valore del bene della vita spettante e non attribuito, che in questo caso è il contratto. Come evidenziato dai giudici di Palazzo Spada, dunque, il presupposto di carattere concettuale della responsabilità precontrattuale risiede nella circostanza per cui «la violazione della buona fede deve essere apprezzabile in modo autonomo rispetto alla legittimità dell'azione amministrativa, ovvero nel fatto che il pregiudizio subito dall'impresa non trovi causa in un atto illegittimo della serie».

Del resto, l'autonomia dell'illiceità rispetto alla illegittimità dell'azione amministrativa nelle procedure ad evidenza pubblica è argomentata dalla giurisprudenza con il ri-

[43] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5989, in *giustizia-amministrativa.it*.

[44] Peraltro, sulla tutela risarcitoria erogata dal giudice amministrativo e le relative implicazioni nell'attuale contesto di riferimento, si vedano le profonde riflessioni di F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in *giustiziainsieme.it*, 2021. Sul ruolo dell'affidamento nell'ambito dell'annullamento in autotutela, cfr. M. Trimarchi, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2017, 1; M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 99 ss.; F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 847 ss.; F. Francario, *Autotutela e tecniche di buona amministrazione*, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, 2010.

[45] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5989, in *giustizia-amministrativa.it*.

corso alla distinzione, di matrice civilistica, tra regole di validità e regole di comportamento come la buona fede e la correttezza: assumendo vigenti nelle procedure di scelta del contraente le une come le altre, le regole di comportamento possono risultare violate anche quando quelle di validità siano state rispettate, nel qual caso l'attività amministrativa è legittima ma illecita e dunque fonte di responsabilità precontrattuale. La possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento è stata in particolare affermata anche dall'Adunanza Plenaria, in cui si è significativamente affermato che la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nelle procedure di affidamento di contratti pubblici è una responsabilità «da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale»[46].

La distinzione, peraltro, riflette l'ambivalenza dell'azione amministrativa che si svolge nel procedimento: essa è per un verso funzione, cioè luogo di formazione progressiva della decisione (che culmina nell'esercizio, o nel non esercizio, del potere) e per altro verso, contemporaneamente, comportamento che si svolge all'interno di un rapporto col privato[47]. Il fenomeno, a ben vedere, è ontologicamente unico, e come tale potrebbe anche essere qualificato, ma è il diritto a prenderlo in considerazione in modo duplice, sebbene tramite precetti in larga parte coincidenti[48]. Sul punto, si è ancora affermato in giurisprudenza[49] che, in realtà, la buona fede e la tutela del legittimo

[46] Il riferimento è a Cons. Stato, A.P., 04 maggio 2018, n. 5, in *giustizia-amministrativa.it*. In particolare, si è evidenziato come anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle 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), 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 illecite frutto dell'altrui scorrettezza». Peraltro, si è pure affermato che «nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, in seno a tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento». Si vedano pure Cons. Stato, sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236, in *giustizia-amministrativa.it* e Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636, Id., sez. I, 03 luglio 2014, n. 15260 e Id., Sez. Un., 08 aprile 2011, n. 8034, in *cortedicassazione.it*. In dottrina, cfr. G.D. Comporti, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*, in *Giur. it.*, 2018, 8, 1983 ss.; F. Trimarchi Banfi, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, in *Corr. giur.*, 2018, 12, 1547 ss.; S. Foà, M.R. Calderaro, *Responsabilità precontrattuale della P.A. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 5, 1598 ss.; I. Pannullo, *Responsabilità precontrattuale P.A.: estesa a tutti i comportamenti posti in essere nella fase di evidenza pubblica*, in *Resp. civ.*, 2018, 3, 234 ss.

[47] Si segnala, sul danno da mero ritardo e sui profili di risarcibilità, G.D. Comporti, L'Adunanza delle occasioni perse: responsabilità della P.A. in cerca di qualità, in Giur. it., 2022, 708 ss.; G. Sabato, Sulla natura aquiliana della responsabilità amministrativa, in Giorn. dir. amm., 2022, 111 ss.

[48] Le norme sull'azione amministrativa, quindi, secondo la pronuncia in commento, sono ad un tempo di validità e di comportamento: due qualificazioni che rispecchiano i due differenti referenti oggettivi delle disposizioni stesse, rispettivamente il provvedimento e, appunto, il comportamento.

[49] V. Cons. Stato, A.P., 29 novembre 2021, n. 20, in *giustizia-amministrativa.it*, ove si rileva che la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sia insorto «un ragionevole convincimento sulla legittimità dell'atto, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento». In dottrina, V. Di Capua, *Danno da lesione dell'affidamento incolpevole e riparto di giurisdizione: l'Adunanza plenaria aggiunge un altro capitolo alla saga*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3, 679 ss.; E. Zampetti, *Annullamento giurisdizionale di provvedimento favorevole e giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3, 663 ss.

affidamento[50] sono regole comuni ad ogni rapporto giuridico, come tali non ascrivibili né al diritto pubblico né al diritto privato, traendone conferma dalla prescrizione della buona fede nell'art. 1 della l. n. 241/1990.

L'assunto, vi è da rilevare, trova significativo riscontro sul piano del diritto positivo proprio nella riforma dell'art. 1 cit. che, nella sua attuale formulazione, al comma 2 bis[51], prescrive che "i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai princìpi della collaborazione e della buona fede"[52]. A fronte del dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede, dunque, possono pertanto sorgere aspettative, che per il privato istante si indirizzano all'utilità derivante dall'atto finale del procedimento, la cui frustrazione può essere per l'amministrazione fonte di responsabilità[53].

5. Riflessioni conclusive.

Orbene, alla luce di quanto sopra detto, sebbene in maniera sintetica e non esaustiva (non essendo questa la sede per una trattazione "di dettaglio" delle complesse questioni e dei diversi istituti sottesi alle tematiche citate), appare evidente, con riferimento al tema della "responsabilità" qui richiamata, che proprio la codificazione

[50] Sul punto, si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività, a F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; Id., *Buona fede e diritto pubblico*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987; Id., *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; F.G. Scoca, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede, in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, Padova, 2003, 471 ss.; V. Cerulli Irelli, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Riv. it. scien. giur.*, 2014, 247 ss.; A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ed attività economiche)*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 1 ss.; E. Zampetti, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 173 ss.; M. Calabrò, *La (negata) tutela dell'affidamento in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili*, in *giustiziainsieme.it*, 2021.

[51] Articolo che dispone che "i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai princìpi della collaborazione e della buona fede" (comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, legge 11 settembre 2020, n. 120, di conversione, con modificazioni, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76). La disposizione ora richiamata ha positivizzato una regola di carattere generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione, che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97, comma 2, Cost.) e che porta a compimento la concezione secondo cui il procedimento amministrativo - forma tipica di esercizio della funzione amministrativa - è il luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio del primo. Per il migliore esercizio della discrezionalità amministrativa il procedimento necessita pertanto «dell'apporto dei soggetti a vario titolo interessati, nelle forme previste dalla legge sul procedimento del 7 agosto 1990, n. 241». Concepito in questi termini, il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede ha quindi portata bilaterale, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata; ed in ragione di ciò esso si rivolge all'amministrazione e ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento; Cfr. Cons. Stato, A.P., n. 21/2021 cit.

[52] Per un'analisi delle principali innovazioni introdotte dal d.l. n. 76 del 2020 agli istituti della legge generale sul procedimento amministrativo, si rinvia a F. Liguori, *Il problema amministrativo in trent'anni di fermento normativo: dalla legge sul procedimento del 1990 al decreto semplificazioni del 2020. Una introduzione*, in Id. (a cura di), *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2021, 11 ss.; F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *federalismi.it*, 2020, 33 ss.; M. Macchia, *Le misure generali (commento al Decreto "Semplificazioni")*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 727 ss.; G. Taglianetti, *L'impatto del d.l. n. 76/2020 sul diritto processuale dei contratti pubblici, tra vetera et nova*, in *Munus*, 2020, 624 ss.

[53] Si consideri, inoltre, che «le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte». In sostanza, oltre che distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi; cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2023, n. 8273 e Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2020, n. 4514, in *giustizia-amministrativa.it*.

della collaborazione e della buona fede[54], doveri di condotta gravanti reciprocamente sulle parti, comporta una serie di rilevanti conseguenze.

Ed infatti, in primo luogo, elimina i dubbi sull'individuazione del momento in cui sorge l'affidamento del privato, che coincide con l'avvio del procedimento[55]. Non a caso, sin dal momento del suo avvio, d'ufficio o su istanza di parte, si instaura tra le parti un dovere di lealtà, di protezione e di correttezza, oggi cristallizzato in una norma di legge, la cui violazione può dar luogo a responsabilità risarcitoria. In secondo luogo, "consolida e generalizza" il modello di responsabilità per danno da affidamento, che diviene praticabile sia quando la lesione abbia avuto causa in atti formali sia quando sia derivata da condotte comportamentali. In terzo luogo, sgancia l'area dei danni risarcibili dal criterio di spettanza, ponendo a carico dell'Amministrazione «il dovere di comunicare subito al privato il rigetto di un'istanza inammissibile o infondata, senza ingenerare false aspettative o porre in essere condotte dilatorie», con rilevanti conseguenze sulla risarcibilità del danno da mero ritardo[56].

Peraltro, pare appena il caso di rilevare come tale lettura trovi pure dimora, nella materia dei contratti pubblici, anche nel d.lgs. n. 36/2023 ("Nuovo Codice dei Contratti Pubblici")[57]. Ed infatti, l'art. 5, recante "Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento", introduce una norma specifica[58]

---

[54] Cfr. M.G. Pulvirenti, *Considerazioni sui principi di collaborazione e di buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, 1, 118 ss.; M.C. Cavallaro, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2022, 2, 139 ss.

[55] Come evidenziato in dottrina (Di Capua, *op. cit.*) con il procedimento, infatti, si instaura tra l'Amministrazione e i soggetti coinvolti una relazione «socialmente e giuridicamente qualificata che trasforma il dovere di solidarietà reciprocamente gravante, in forza dell'articolo 2 della Costituzione, sui membri della collettività in dovere di correttezza e di protezione, e genera ragionevoli e reciproci affidamenti sulla correttezza dell'altrui condotta».

[56] Sul punto, si vedano le riflessioni di V. Di Capua, *op. cit.*, 534. Secondo la citata Adunanza Plenaria n. 5/2018, il danno da ritardo si configura anche a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione d'interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento, con la precisazione che il danno «deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale». La pronuncia evidenzia che il ritardo nell'adozione del provvedimento genera una «situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione». Nella prospettiva indicata, verrebbe quindi in rilievo un danno "da comportamento" e non da provvedimento, nel senso che la violazione del termine di conclusione del procedimento non determina l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo, ma «rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali». In dottrina, L. Lorenzoni, *I principi di diritto comune nell'azione amministrativa tra regole di validità e regole di comportamento*, in di F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto amministrativo*, Roma, 2020, 53 ss.; A. Romano Tassone, *La responsabilità della p.a. tra procedimento e comportamento*, in *Dir. amm.*, 2004, 2, 224 ss.; E. Zampetti, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2021, 222 ss.

[57] In dottrina, si segnala, *ex plurimis*, M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *giustiziainsieme.it*, 2022; G. Napolitano, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *Astrid*, 2023; A. Crosetti, *Principio di buona fede e contrattazione pubblica*, in M. Andreis, G. Crepaldi, S. Foà, R. Morzenti Pellegrini e M. Ricciardo Calderaro (a cura di), *Studi in onore di C.E. Gallo*, Torino, 2023, I, 246 ss.; A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 144; L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023, 5 ss.; L. Carbone, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, in *giustizia-amministrativa.it*; F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *giustiziainsieme.it*, 2023.

[58] L'articolo in commento così recita: "1. Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento. 2. Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo

sull'obbligo reciproco di correttezza (tra P.A. e operatore economico) che a maggior ragione si giustifica nell'ambito delle procedure a evidenza pubblica, dalla chiara valenza precontrattuale. In particolare il comma 2, nel prevedere che "nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede", recepisce proprio i principi sulla tutela dell'affidamento incolpevole (anche con riferimento al danno da provvedimento favorevole poi annullato) enunciati dall'Adunanza Plenaria con le richiamate pronunce[59]. Pur non intervenendo sul riparto della giurisdizione, la norma si basa, comunque, sul presupposto secondo cui la lesione dell'affidamento che viene in rilievo nell'ambito del procedimento di gara, anche quando realizzato attraverso comportamenti, presenta un collegamento forte con l'esercizio del potere; pertanto, anche quando il privato lamenta la lesione della propria libertà di autodeterminazione negoziale, la relativa controversia risarcitoria rientra nella giurisdizione amministrativa, specie in considerazione del fatto che, nella materia degli appalti pubblici, il giudice amministrativo gode di giurisdizione esclusiva (art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.), che si estende, oltre che ai comportamenti amministrativi (in base alla previsione generale contenuta nell'art. 7 c.p.a.), anche alle "controversie risarcitorie"[60]. Il comma 3, infine, disciplina le "condizioni" di risarcibilità del danno da provvedimento favorevole poi annullato. La norma, nell'escludere il carattere incolpevole dell'affidamento in caso di illegittimità agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti, recepisce nella sostanza proprio i principi espressi dall'Adunanza plenaria n. 20/2021.

In sostanza, l'affidamento, per essere tutelabile in via risarcitoria, deve essere ragionevole, id est incolpevole. Esso deve quindi fondarsi su una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione con il provvedimento, o con il suo comportamento correlato al pubblico potere, in cui il privato

al principio di buona fede. 3. In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico. 4. Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito".

[59] Cfr. Cons. Stato, A.P., n. 5/2018 e nn. 19 e 20 del 2021. In linea con tale giurisprudenza, il senso della norma è quello di evidenziare che l'affidamento rappresenta un limite al potere amministrativo che può venire in considerazione sia in materia di diritti soggettivi che di interessi legittimi ed inerire, pertanto, anche ai rapporti connotati da un collegamento con l'esercizio del potere.

[60] Nella Relazione di accompagnamento al Nuovo Codice, si legge, peraltro, che, sotto tale profilo, «l'espressa menzione delle "controversie risarcitorie" nel testo dell'art. 133, c. 1, lett. e) n. 1 – in un contesto ordinamentale in cui la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo non richiede previsioni di giurisdizione esclusiva (cfr. Corte cost. n. 204 del 2004) – non può che leggersi come volontà del legislatore di includere nella giurisdizione esclusiva in materia di appalti proprio le controversie di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, a cui fa riferimento la norma in commento». Sarebbe, tuttavia, opportuno che le incertezze in punto di giurisdizione (come chiaramente emergente dal conflitto interpretativo delineatosi fra Sezioni Unite della Corte di Cassazione e Adunanza plenaria del Consiglio di Stato) vengano risolte con una norma ad hoc, che espliciti che, almeno in materia di procedure di evidenza pubblica e in tutti gli altri casi di giurisdizione esclusiva, quest'ultima include anche il danno da lesione dell'affidamento, laddove esso matura in un contesto procedimentale e il comportamento "scorretto" imputato all'amministrazione presenta collegamenti, anche indiretti o mediati con l'esercizio del potere.

abbia senza colpa confidato. Nella fattispecie del provvedimento favorevole poi annullato (o revocato), il soggetto beneficiario deve dunque vantare una ragionevole aspettativa alla conservazione del bene della vita ottenuto con il provvedimento stesso, la frustrazione della quale possa quindi essere considerata meritevole di tutela per equivalente in base all'ordinamento giuridico[61].

La tutela risarcitoria non interviene, quindi, a compensare il bene della vita perso a causa dell'annullamento del provvedimento favorevole, che comunque si è accertato non spettante nel giudizio di annullamento, ma a ristorare il convincimento ragionevole che esso spettasse. Nella descritta prospettiva, il grado della colpa dell'amministrazione - e dunque la misura in cui l'operato di questa è rimproverabile - va correlato al profilo della riconoscibilità dei vizi di legittimità da cui potrebbe essere affetto il provvedimento.

E ciò in quanto proprio la tutela dell'affidamento si fonda sui principi di correttezza e buona fede che regolano, al contempo, l'esercizio del pubblico potere ma anche il comportamento del privato[62].

Ad ogni buon conto, ciò che emerge dalla sentenza in commento è una - rimarcata - distinzione tra responsabilità precontrattuale della P.A. e responsabilità da provvedimento illegittimo. Distinzione che si riverbera, ovviamente, in plurimi aspetti, ossia, ex aliis: (i) con riferimento alla *causa petendi*, da un lato vi è la lesione dell'interesse legittimo (responsabilità da provvedimento illegittimo), per cui la giurisdizione su tale responsabilità spetta al g.a. come giudice di legittimità; dall'altro, la lesione di un diritto soggettivo (la responsabilità precontrattuale, in quanto responsabilità da comportamento violativo di una regola privatistica), per il quale il giudice competente dovrebbe invece essere il g.o.[63]; (ii) quanto al danno risarcibile, nella responsabilità precontrattuale quest'ultimo segue quanto previsto dagli artt. 1337 e 1338 c.c., e cioè il c.d. "interesse negativo", consistente esemplificativamente nel tempo e nel danaro persi nella gara, le eventuali occasioni alternative mancate, ecc.; nella responsabilità da provvedimento illegittimo il danno risarcibile è invece il bene della vita, e cioè, l'interesse positivo alla partecipazione alla gara, all'aggiudicazione del contratto, alla stipula del contratto[64].

Il raffronto, che cela le enormi difficoltà conciliative tra i momenti civilistici e amministrativistici, non è esente da contrasti che, tuttavia, rendono il tema, senza dubbio alcuno, ricco di spunti seducenti.

---

[61] Un affidamento incolpevole non è certamente predicabile nel caso in cui il comportamento inadempiente dell'aggiudicataria abbia indotto l'amministrazione ad emanare il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione. Se, pertanto, il motivo che ha determinato la stazione appaltante ad annullare in autotutela una gara è non soltanto conoscibile dalla società aggiudicataria concorrente, ma addirittura ad essa causalmente riconducibile, la responsabilità dell'amministrazione deve certamente escludersi.

[62] C. Fragomeni, *Responsabilità dell'amministrazione tra affidamento legittimo od incolpevole (nota a Cassazione Civile, Sezioni Unite, 19 gennaio 2023, n. 1567)*, in *giustiziainsieme.it*, 2023.

[63] Come noto, in materia di contratti pubblici il legislatore ha ritenuto di attribuire la giurisdizione esclusiva al g.a. con la conseguenza che anche le questioni relative alla responsabilità precontrattuale sono attratte nella giurisdizione di quest'ultimo. Per un approfondimento di dettaglio, si veda R. Pusceddu, *La responsabilità precontrattuale della pubblica Amministrazione nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *dirittoamministrativo.it*, 2019.

[64] R. Pusceddu, *op. cit.*

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2886 – 21 settembre 2023

Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti del Gestore dei Servizi Energetici – GSE s.p.a.*

Paola Anna Gemma Di Cesare

Gli autorevoli e diversificati interventi di queste Giornate di Studio ci hanno offerto l'occasione per riflettere sulla ormai più che secolare esperienza del sindacato sulla discrezionalità della pubblica amministrazione.

Da alcuni casi portati in rassegna dai relatori che mi hanno preceduto emerge che il tipo di sindacato del giudice amministrativo è inevitabilmente legato alla fiducia o sfiducia verso l'operato della pubblica amministrazione. In particolare, come evidenziato magistralmente dal Presidente Marco Lipari, durante i lavori di queste giornate di studio sono emerse due prospettive di analisi: "*troppo sindacato o troppo poco sindacato del giudice amministrativo*".

La presunta differenziazione tra un eccesso e un difetto di sindacato giurisdizionale mi convince che non c'è, anzi che non deve esserci, una regola uniforme applicabile a tutte le fattispecie oggetto di cognizione da parte del giudice amministrativo. Diversamente opinando, per la risoluzione delle controversie, basterebbe affidarsi all'intelligenza artificiale. Ritengo, dunque, che il sindacato sia a geometria variabile ovvero vari a seconda dei settori nei quali viene esercitato (pianificazione urbanistica, interdittive antimafia, pianificazione e programmazione sanitaria, concorsi pubblici, ecc.).

Il mio intervento, quindi, muove dall'assunto che non sia possibile stabilire una regola standard, in quanto il tipo di sindacato del giudice amministrativo è influenzato da vari fattori e muta, altrettanto, in relazione al grado di dettaglio della norma attributiva del potere alla pubblica amministrazione.

In tale contesto, partendo dal caso singolo, il mio contributo intende analizzare l'esercizio del potere nel settore dell'incentivazione energetica, alla luce dei principi ormai consolidati nella giurisprudenza[1]. An-

* Intervento al convegno di Modanella 16-17 giugno 2023 "Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione.

[1] Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, sentenze nn. 18 del 2020 e 9 del 2019; Corte costituzionale sentenze n. 237 del 2020 e n. 51 del 2017 e Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. X,

drò quindi a focalizzare il sindacato giurisdizionale sugli atti del G.S.E.

Al centro del mio interesse sono il potere e il suo esercizio da parte del Gestore, il correlativo controllo giudiziale in relazione alla natura del potere esercitato, assumendo, quale prospettiva di analisi, la necessità che sia assicurata la tutela piena ed effettiva al cittadino o all'impresa.

Il GSE s.p.a. è il soggetto che, seppur nella veste di società per azioni, il cui azionista unico è il Ministero dell'economia e delle finanze, svolge funzioni di natura pubblicistica nel settore elettrico e, in particolare, in tema di incentivazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile, sovraintendendo alla gestione del relativo sistema pubblico di incentivazione, anche mediante la concreta erogazione delle tariffe. Rientra, quindi, nel novero dei soggetti privati svolgenti pubbliche funzioni, posto che è munito dalla legge di funzioni pubbliche correlate – tra l'altro – alla diffusione delle energie da fonte rinnovabile[2], al controllo ed alla gestione dei flussi energetici di tale provenienza ed all'assolvimento degli obblighi imposti dalla legge agli operatori del settore energetico.

Il Gestore dei Servizi Energetici S.p.a. cura sia i procedimenti amministrativi volti al riconoscimento del diritto all'incentivo sia la successiva erogazione.

Le modalità per l'ammissione ai benefici sono disciplinate attraverso lo svolgimento di procedure di gara competitive, condotte in base a principi di trasparenza e non discriminazione.

Il rapporto incentivante è regolato da una convenzione che accede al provvedimento di accoglimento dell'istanza di incentivazione. Al riguardo, la Corte costituzionale, n. 16 del 2017, ha evidenziato che le convenzioni stipulate con il Gestore sono negozi di diritto privato accessori ai provvedimenti di concessione degli incentivi e "costituiscono strumenti di regolazione, volti a raggiungere l'obiettivo dell'incentivazione di certe fonti energetiche nell'equilibrio con le altre fonti di energia rinnovabili, e con il minimo sacrificio per gli utenti che pure ne sopportano l'onere economico".

Nella normativa internazionale e in quella comunitaria si rinviene un netto favore, con conseguente politica di incentivazione per le fonti energetiche rinnovabili, al fine di eliminare la dipendenza dai carburanti fossili. Il sistema di sostegno alle fonti di energia rinnovabile è funzionale al raggiungimento di una pluralità di obiettivi, tra i quali la tutela dell'ambiente e la realizzazione di meccanismi di risparmio ed efficienza energetica diffusi a tutti i livelli, che consentono di conseguire lo sviluppo sostenibile della società con un minore impiego di energia, così soddisfacendo le esigenze delle generazioni attuali, senza compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future.

Tale *favor* si traduce in concreto in varie forme di incentivazione economica e in un sistema di semplificazione normativa[3] per

11 luglio 2019, C-180/18, C-286/18, Agrenergy.

[2] Le fonti energetiche rinnovabili, anche definite alternative, sono quelle forme di energia che per loro caratteristica intrinseca si rigenerano o non sono "esauribili", il cui utilizzo non pregiudica le risorse naturali per le generazioni future.

[3] Nel sistema italiano - che già aveva sperimentato le misure di incentivazione introdotte dal D.Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 (Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità) – si rivela cruciale l'emanazione del D.Lgs. n. 28 del 2011, che, recependo la direttiva 28/2009/CE, nell'esercizio della delega di cui alla L. 4 giugno 2010, n. 96 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2009), ha riordinato il sistema degli incentivi nel rispetto, in particolare, del criterio direttivo di "adeguare e potenziare il sistema di incentivazione delle fonti rinnovabili" (art. 17, comma 1, lettera h, della legge di delega), perseguendo,

l'installazione degli impianti di produzione di energia da fonte rinnovabile. Le forme di incentivazione economica alle imprese che operano nella produzione di energie alternative hanno l'obiettivo di tendere ad una equiparazione delle capacità di reddito dei relativi impianti rispetto a quelli tradizionali, così favorendo gli investimenti nel settore.

La previsione di contributi tariffari, e quindi lo stesso regime di sostegno e promozione delle fonti rinnovabili di energia, costituisce uno strumento d'indirizzo della produzione energetica nazionale, innestandosi in un'area dominata dalla necessità di tutelare e bilanciare rilevanti interessi pubblici e privati.

In genere, al GSE sono affidati i compiti di verificare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti normativi per l'accesso e il mantenimento degli incentivi per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili.

Tra le funzioni svolte dal Gestore vi è quella, tra l'altro, di verificare se gli importatori o i produttori di energia prodotta da fonti non rinnovabili abbiano o meno rispettato, in rapporto all'annualità chiusa al 31 dicembre dell'anno precedente alla verifica, la cd. quota d'obbligo, e cioè l'obbligo legale di produrre e immettere in rete (ovvero di acquistare per il tramite dei cd. certificati verdi) una quota di energia prodotta da fonte rinnovabile.

Tale compito di verifica si risolve in una eminente funzione amministrativa di controllo sull'attività economica privata e, come tale, si caratterizza per la sua significativa rilevanza pubblica, inquadrandosi nell'alveo dei controlli, espressamente previsti dalla Carta costituzionale (art. 41, comma 3 Cost.), che i pubblici poteri esercitano sull'attività economica privata per assicurare che la stessa persegua gli specifici fini sociali previsti dalla legge[4]. In tale contesto, l'adempimento della quota d'obbligo, riguardata dal versante dei soggetti obbligati, si atteggia alla stregua di una prestazione patrimoniale imposta (art. 23 Cost.), la cui previsione a livello di normazione primaria (art. 11 del d.lgs. n. 79/99) soddisfa il requisito costituzionale della riserva relativa di legge.

Da queste premesse consegue che hanno natura provvedimentale gli atti a mezzo dei quali il GSE dispone la decadenza degli incentivi o accerta il mancato assolvimento, da parte degli importatori o produttori di energia da fonte non rinnovabile, degli obblighi, previsti dalla normativa di settore, per il conseguimento e mantenimento delle tariffe incentivanti.

In sintesi, i procedimenti tesi all'erogazione di incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili hanno tratti prettamente pubblicistici di natura evidenziale, in quanto: 1) gestiti da un soggetto a totale partecipazione pubblica e deputato al perseguimento di fini pubblici;

2) caratterizzati da una predeterminazione normativa dei requisiti e dei criteri di priorità (penso all'iscrizione nei registri degli impianti idroelettrici); 3) volti ad individuare gli operatori economici meritevoli di percepire una risorsa scarsa, quale è l'ausilio finanziario pubblico; 4) fondate sull'autoresponsabilità dei concorrenti; nella logica si semplificazione del procedimento – secondo una linea confermata recentemente in

tra l'altro, l'obiettivo indicato dallo stesso decreto legislativo di raggiungere nel 2020 la quota complessiva di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo di energia pari al 17 per cento (art. 3, comma 1).

[4] *Cass., S.U., 10 aprile 2019, n. 10020, Cass., Sez. U., 24 febbraio 2014, n. 4326; Cass., S.U., 27 aprile 2017, n. 10409; Cass., S.U., 4 maggio 2017, n. 10795; Cass., S.U., 13 giugno 2017, n. 14653*

generale anche dalla previsione dell'art. 18, comma 3-bis, L. 7 agosto 1990, n. 241[5] – grava sull'interessato l'onere di fornire tutti gli elementi documentali e dichiarativi idonei a dar prova della sussistenza delle condizioni per l'ammissione ai benefici inerenti alle tariffe incentivanti per gli impianti fotovoltaici, ricadendo sullo stesso eventuali carenze che incidano sul perfezionamento della fattispecie agevolativa.

Illustrato il quadro normativo di riferimento, prima di passare ad analizzare il sindacato giurisdizionale sugli atti del GSE occorre circoscrivere il perimetro del sindacato del GA, in base alla natura degli atti del GSE.

L'Adunanza plenaria 9/2019 evidenzia la natura duale (provvedimentale/non provvedimentale) degli atti del GSE ai fini della tutela in giudizio:

se viene in contestazione un provvedimento di rigetto o di decadenza dagli incentivi ovvero un atto accertativo della inadempienza dell'operatore agli obblighi stabiliti, attesa la natura provvedimentale dell'atto, si applica l'ordinario termine decadenziale di impugnazione di 60 giorni;

se viene in contestazione, invece, la determinazione del dovuto da parte del GSE, con una azione di ripetizione dell'indebito, la controversia non afferisce all'esercizio di un potere autoritativo, ma a mere posizioni patrimoniali delle parti, giustiziabili nel termine prescrizionale del diritto fatto valere.

Tale natura duale, d'altra parte, risulta pienamente coerente con la scelta del legislatore, non altrimenti giustificabile ove non connessa all'esercizio di potere autoritativi (cfr. Corte Cost. 204/2004), di attribuire alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo la giurisdizione in questa materia (art. 133, comma 1, lett.o c.p.a.[6]).

Passando al tema del sindacato del GA sugli atti del GSE è evidente che questo varia in relazione alla diversa natura del potere esercitato.

Con riferimento ai provvedimenti con i quali il GSE dispone la "revoca" (in senso a-tecnico) degli incentivi, la giurisprudenza li qualifica come provvedimenti di decadenza[7], adottati all'esito di una vicenda pubblicistica estintiva, *ex tunc* (o in alcuni casi *ex nunc*), di una posizione giuridica di vantaggio (c.d. beneficio).

È stato, infatti, chiarito che la decadenza è un istituto che, pur presentando tratti comuni con il più ampio *genus* dell'autotutela e del riesame, ne deve essere opportunamente differenziato, caratterizzandosi specificatamente:

per la tipologia del vizio, more solito individuato nella falsità o non veridici-

[5] L'art. 12, comma 1, lett. h), n. 2), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, ha aggiunto all'art. 18 della legge 241/1990 il comma 3 bis, il quale prevede che: *"nei procedimenti avviati su istanza di parte, che hanno ad oggetto l'erogazione di benefici economici comunque denominati, indennità, prestazioni previdenziali e assistenziali, erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni, da parte di pubbliche amministrazioni ovvero il rilascio di autorizzazioni e nulla osta comunque denominati, le dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, ovvero l'acquisizione di dati e documenti di cui ai commi 2 e 3, sostituiscono ogni tipo di documentazione comprovante tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti dalla normativa di riferimento, fatto comunque salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159"*.

[6] La norma devolve alla giurisdizione esclusiva del GA: *"le controversie, incluse quelle risarcitorie, attinenti alle procedure e ai provvedimenti della pubblica amministrazione concernenti la produzione di energia, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche e quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti"*.

[7] Cons. Stato, Adunanza Plenaria 18/2020.

tà degli stati e delle condizioni dichiarate dall'istante, o nella violazione di prescrizioni amministrative ritenute essenziali per il perdurante godimento dei benefici, ovvero, ancora, nel venir meno dei requisiti di idoneità per la costituzione e la continuazione del rapporto; b) per il carattere vincolato del potere, una volta accertato il ricorrere dei presupposti previsti dalla legge.

Tale potere è vincolato nei provvedimenti di rigetto della domanda o di decadenza dagli incentivi. A sua volta tale decadenza può essere totale o parziale. È parziale se è disposta solo con riferimento ad una determinata maggiorazione tariffaria[8] oppure in applicazione del potere di decurtazione (*infra*).

Tali provvedimenti, alla luce della numerosa casistica giurisprudenziale, implicano l'espletamento di accertamenti tecnici[9] da parte del GSE.

I provvedimenti di decadenza emessi dal Gestore ai sensi dell'art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2011 dalla pacifica e unanime giurisprudenza hanno carattere vincolato**.** Questi non sono stati ritenuti assimilabili a quelli di autotutela amministrativa e ciò anche dopo la novella all'art. 42 operata dall'art. 56, comma 7, del D.L.76/2020, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n.120, che rimanda, nell'esercizio del potere di decadenza, alla verifica dei presupposti di cui all'art. 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241. Trattandosi di potere vincolato e di procedimenti ad istanza di parte, ciò comporta la necessità di motivare da parte del GSE il provvedimento di decadenza dal regime incentivante. Dunque, con le novità introdotte dall'art. 56 il GSE, anche in fase di recupero degli incentivi, dovrà valutare e ponderare, non solo l'interesse pubblico a tutela della finanza pubblica, ma anche il distinto interesse pubblico alla produzione energetica da fonte rinnovabile e quindi i valori ambientali e produttivi, confrontandolo con l'interesse privato al mantenimento del beneficio concesso. In altri termini, il GSE non può conferire automatica priorità alla conservazione delle risorse assegnategli tenuto conto che il DL 76/2020, impone, sia in fase di decadenza sia in fase di riesame, una motivazione sulle singole fattispecie che hanno indotto alla decadenza dall'incentivazione[10].

Occorre ora passare ad esaminare l'esercizio del potere discrezionale del GSE.

[8] Cons. Stato, Adunanza Plenaria 18/2020 ha ritenuto scindibile il beneficio, con conseguente possibilità per il GSE, di disporre una decurtazione parziale degli incentivi, ad esempio limitandole alla sola porzione incentivante, laddove la normativa prevede, in caso di ricorrenza di determinati presupposti, l'applicazione di una maggiorazione tariffaria (v. ad es. Decreto del Ministero dello sviluppo economico 5 maggio 2011, che stabilisce maggiorazioni tariffarie per gli impianti fotovoltaici aventi determinate caratteristiche, quali quella del 10 per cento per impianti costruiti con moduli provenienti, per almeno il 60%, dall'Unione europea).

[9] L'art. 2 del DM 31 gennaio 2014, che disciplina i controlli in materia di erogazione degli incentivi, prevede, ad esempio, che, "*ai fini della verifica del diritto all'incentivo e della relativa determinazione, il GSE valuta, nell'esercizio delle funzioni di controllo, l'eventuale necessità di effettuare operazioni di campionamento e caratterizzazione chimico-fisica dei combustibili utilizzati negli impianti alimentati da biogas, bioliquidi e biomasse, ivi inclusi i rifiuti*". Ancora, ad esempio: accertamento se un impianto fotovoltaico sia o meno integrato architettonicamente; accertamento della sussistenza del deflusso minimo vitale negli impianti idroelettrici ai fini dell'ottenimento di un maggiore incentivo; se il cogeneratore sia o meno di nuova installazione.

[10] Tar Lazio, sentenza 5 maggio 2022, n. 5602, Sezione III ter ha precisato che, in base ai principi affermati dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 17 ottobre 2017, n. 8, in materia di autotutela, «*l'onere motivazionale gravante sul Gestore dei Servizi Energetici (GSE), in sede di esercizio del potere a questi spettante, potrà risultare "attenuato" in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati e coinvolti nella vicenda oggetto di riesame, "al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze di 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*».

Il potere è puramente discrezionale**:** nella valutazione della non grave rilevanza delle violazioni accertate, presupposto che giustifica la decurtazione della sanzione (decadenza parziale), anziché la decadenza totale dall'incentivo.

L'accertamento della "rilevanza" della violazione assume importanza primaria anche con riferimento all'intensità del collegamento tra il comportamento violativo e il beneficio goduto, di modo che la decadenza non abbia a provocare effetti ablatori esorbitanti rispetto al beneficio innanzi riconosciuto.

È pure frutto di scelta discrezionale, non solo l'"an", ma anche il "quantum" ovvero la misura della decurtazione dell'incentivo, che la legge consente di effettuare tra il minimo del 10 e il massimo del 50 % , in ragione dell'entità della violazione, eccettuati i casi in cui è la legge stessa che, per gli impianti fotovoltaici, al dichiarato fine di salvaguardare la produzione di energia elettrica derivante da tale fonte rinnovabile, ha già stabilito la decurtazione minima del 10 % della tariffa incentivante per l'ipotesi di installazione di moduli non certificati o con certificazioni non rispondenti alla normativa europea, con previsione di una minore decurtazione del 5% per l'ipotesi di "ravvedimento operoso" ovvero qualora tale mancanza sia dichiarata dal soggetto beneficiario al di fuori dei procedimenti di controllo.

A tali diversi poteri corrisponde, sul piano del sindacato giurisdizionale, un diverso grado di tutela.

In caso di rigetto della domanda o di decadenza dall'incentivo il provvedimento del GSE sottrae un bene economico al privato e comprime la sua sfera giuridica con un atto restrittivo a fronte del quale si configura un interesse legittimo di tipo oppositivo. In questi casi, il processo ha finalità caducatorie: l'interesse materiale del ricorrente è immediatamente e pienamente soddisfatto dall'annullamento dell'atto, a seguito del quale la situazione sostanziale si riespande ed assume la dimensione che per legge deve avere. Possono ad esempio rendersi necessarie, eventualmente, misure ripristinatorie e risarcitorie, oggi esplicitamente previste anche dal codice del processo amministrativo (artt. 30 e 34, comma 1, lett. c), c.p.a.), al fine di rendere la situazione di fatto conforme a quella di diritto e di reintegrare, dal punto di vista patrimoniale, la posizione di colui che è stato danneggiato dall'illegittimo uso del potere. Il privato, per ottenere tutela contro gli atti di decadenza dagli incentivi del GSE, non ha bisogno che venga emanato un nuovo atto o un nuovo provvedimento, essendo sufficiente l'annullamento di quello impugnato; anzi, la sua aspirazione è che sia impedito al GSE di incidere nuovamente sulla sua posizione giuridica, con atti di contenuto uguale o simile a quello annullato. Il giudicato, quindi, deve ostacolare la riedizione del potere, impedendo l'emanazione di nuovi atti (lesivi) di tipo ripetitivo.

L'accoglimento del ricorso, con l'annullamento del provvedimento di decadenza, comporta la reviviscenza dell'originario provvedimento di erogazione degli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili, con conseguente pieno soddisfacimento della pretesa sostanziale. La tutela in questi procedimenti può dirsi rispondere al principio-cardine, solennemente fissato dal c.p.a nel suo primo articolo, di pienezza ed effettività della tutela, che si realizza, nella maggioranza dei casi, nel giudizio di cognizione; il sindacato del GA, in sede di giurisdizione esclusiva (art. 133, comma 1, lett.o c.p.a.), si esercita, infatti, sul provvedimento che ha disposto la decadenza dagli incentivi o dall'incentivazione degli interventi

di efficienza energetica (TEE o cosiddetti certificati bianchi).

Diverso tipo di sindacato è invece configurabile sul potere di decurtazione della tariffa incentivante prevista dall'art. 42 comma 3 del D.lgs. 28/2011, come risultante dalle modificazioni introdotte dall'art. 56 del D.L. 76/2020, contenente, la previsione della decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa fra il 10 e il 50 per cento in ragione dell'entità della violazione. Il legislatore ha introdotto, nell'esercizio dei poteri di controllo in materia di riconoscimento degli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili, il principio di proporzionalità e adeguatezza dell'azione amministrativa: non tutte le violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, come tali individuate nella decretazione ministeriale attuativa, determinano l'impossibilità di accedere agli incentivi ovvero la decadenza dagli stessi, ma soltanto quelle connotate da maggiore gravità.

Il legislatore[11] ha demandato ad un decreto ministeriale attuativo del Ministero dello sviluppo economico la disciplina di un nuovo sistema organico dei controlli, con l'individuazione delle violazioni "non rilevanti", che danno luogo a decurtazione dell'incentivo, in relazione a ciascuna fonte, tipologia di impianto e potenza nominale.

Tale decreto attuativo, previsto dalla legge 205 del 2017 (art. 1, comma 960), alla data del presente intervento, non risulta adottato.

Il GSE ha quindi sostenuto che la mancata adozione del DM priverebbe il Gestore del potere di disporre la decurtazione dell'incentivo, potendo solo disporre la decadenza.

Tale tesi non è stata tuttavia accolta dalla Giurisprudenza, la quale ha stabilito che il potere di decurtazione percentuale, unitamente alla misura minima e massima di decurtazione consentita, è già stabilito dalla normativa vigente. Al decreto di cui al comma 5 lett. c bis) del citato art. 42 è demandata solo la specificazione delle singole violazioni e dell'entità percentuale di decurtazione correlata a ciascuna di esse. Al decreto attuativo spetta quindi la perimetrazione dell'attività tecnico discrezionale del Gestore con conseguente semplificazione del relativo onere motivazionale.

La giurisprudenza, dunque, in mancanza della disciplina di riferimento, ha stabilito che la rilevanza delle violazioni accertate deve essere ancorata alle fattispecie indicate nell'allegato 1 al c.d. decreto controlli (d.m. 31 gennaio 2014)[12], con una elenca-

[11] Art. 1, comma 960, lett. b), della legge 205/2017, che ha modificato l'art.42, comma 5, d.lgs. 28/2001 prevede che: "*Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il GSE fornisce al Ministero dello sviluppo economico gli elementi per la definizione di una disciplina organica dei controlli che, in conformità ai principi di efficienza, efficacia e proporzionalità, stabilisca: … c-bis) le violazioni che danno luogo a decurtazione dell'incentivo ai sensi dell'ultimo periodo del comma 3*".

[12] Questo l'elenco delle violazioni rilevanti contenuto nell'allegato 1 al DM 2014:
a) presentazione al GSE di dati non veritieri o di documenti falsi, mendaci o contraffatti, in relazione alla richiesta di incentivi, ovvero mancata presentazione di documenti indispensabili ai fini della verifica della ammissibilità agli incentivi;
b) violazione del termine per la presentazione dell'istanza di incentivazione e, nel caso in cui sia determinante ai fini dell'accesso degli incentivi, la violazione del termine per l'entrata in esercizio;
c) inosservanza delle prescrizioni contenute nel provvedimento del GSE relativo all'esito dell'attività di controllo;
d) indisponibilità della documentazione da tenere presso l'impianto ai sensi dell'art. 9, comma 3, nel caso in cui se ne sia già accertata l'assenza nell'ambito di una precedente attività di controllo;
e) comportamento ostativo od omissivo tenuto dal titolare dell'impianto nei confronti del preposto al controllo o del gestore di rete, consistente anche nel diniego di accesso all'impianto stesso ovvero alla documentazione;
f) manomissione degli strumenti di misura dell'energia incentivata;

zione per la quale, peraltro, viene espressamente esclusa la tassatività (ex art. 11 del citato decreto controlli).

Al di fuori di questa elencazione, non tassativa e in attesa dell'adozione del nuovo decreto controlli è demandata alla discrezionalità del Gestore, la verifica, caso per caso, nelle fattispecie concrete di violazioni, elusioni o inadempimenti, pur rilevanti ma diversi da quelli contemplati nell'allegato 1, dai quali consegua l'indebito accesso agli incentivi che giustifica il provvedimento di decadenza[13].

In particolare, il GSE è tenuto a ponderare gli interessi in gioco: la salvaguardia del particolare interesse economico sotteso alla realizzazione dell'investimento, nonché dell'interesse generale alla produzione di energia da fonti rinnovabili; la tutela dell'interesse pubblico al corretto e razionale utilizzo delle risorse della collettività.

Quindi il GSE, non solo decide quali sono le violazioni rilevanti che comportano la decadenza dagli incentivi, ma, per le violazioni non gravi, ha anche il potere di stabilire la decurtazione dell'incentivo nell'ambito delle percentuali minime e massime stabilite dalla legge, tenendo in considerazione la gravità e la rilevanza della violazione riscontrata.

In questi casi, viene in gioco un ampio potere discrezionale del GSE che, in virtù del principio di riserva di amministrazione, non consente al GA di sostituirsi al GSE nella valutazione della gravità e rilevanza della violazione ai fini dell'esercizio del potere di decurtazione dell'incentivo da applicare.

Può il giudice amministrativo valutare la congruità della decurtazione della tariffa operata dal GSE?

Il sindacato sul potere di decurtazione e sulla valutazione di rilevanza delle violazioni, in assenza di un potere regolatorio da parte del Ministero, apre inevitabilmente il varco ad un ampio spazio di discrezionalità del GSE.

Il ragionamento sin qui svolto ci permette così di giungere al cuore della questione, concernente l'intensità del sindacato del giudice amministrativo nei confronti degli

---

g) alterazione della configurazione impiantistica, non comunicata al GSE, finalizzata ad ottenere un incremento dell'energia incentivata;
h) interventi di rifacimento e potenziamento realizzati in difformità dalle norme di riferimento ovvero da quanto dichiarato in fase di qualifica o di richiesta dell'incentivo;
i) inefficacia del titolo autorizzativo per la costruzione ed esercizio dell'impianto;
j) insussistenza dei requisiti per la qualificazione dell'impianto, per l'accesso agli incentivi ovvero autorizzativi;
k) utilizzo di combustibili fossili di due punti percentuali oltre la soglia consentita, non previamente comunicato al GSE;
l) utilizzo di combustibili rinnovabili in difformità dal titolo autorizzativo o dalla documentazione presentata in sede di qualifica ovvero di istanza di incentivazione;
m) mancata trasmissione al GSE della certificazione di fine lavori dell'impianto nei termini previsti dalla normativa di incentivazione, nel caso in cui sia determinante ai fini dell'accesso o della determinazione agli incentivi;
n) utilizzo di componenti contraffatti ovvero rubati.

[13] Cons. Stato, II, 4 gennaio 2023, n. 127, nel sindacare l'esercizio del potere di decadenza, anziché di decurtazione, ha ritenuto rilevanti, sulla base del parametro indicato nell'allegato 1 del d.m. 31 gennaio 2014 le seguenti violazioni:
"a) la mancata riferibilità dei moduli fotovoltaici installati all'attestato di factory inspection e al certificato di conformità presentati dal soggetto responsabile;
b) l'origine dei moduli a marchio Lenus Solar, per i quali non è possibile identificare in maniera univoca lo stabilimento di produzione;
c) le difformità rilevate con riferimento alla marcatura CE;
d) l'assenza dei requisiti di cui all'art. 7 co. 3 del decreto, con riferimento alla conformità alle norme CEI EN 61215 e CEI EN 61730-2; il mancato rispetto delle prescrizioni dell'art. 7 co. 5, lett. b e c del decreto, aventi ad oggetto il possesso di requisiti di certificazione sulla qualità del processo produttivo; il mancato rispetto della condizione di cui all'art. 2 co. 1 lett. v. del decreto, che richiede "impianti con componenti principali realizzati unicamente all'interno di un Paese che risulti membro dell'UE/SEE";
e) il mancato rispetto delle condizioni e dei requisiti che rendono legittimo il riconoscimento della tariffa, richiesta ed erogata, "su edificio";
f) la mancata evidenza, nel corso del procedimento di verifica, del titolo abilitativo alla realizzazione dell'impianto".

atti del GSE, avendo delineato alcune linee di fondo e, soprattutto, avendo operato una chiara scelta sul piano metodologico che richiede, coerentemente con quell'approccio pragmatico che è stato seguito, una preventiva indagine sulla struttura del potere di volta in volta sottoposto al vaglio del giudice amministrativo, da intendersi quale condizione imprescindibile per una verifica della coerenza del controllo giurisdizionale concretamente esercitato, con il canone della pienezza ed effettività del sindacato. Quest'ultimo è principio-cardine, solennemente fissato nel primo articolo del codice del processo amministrativo.

Più si allargano i confini della discrezionalità e del merito amministrativo, più il sindacato giurisdizionale incontrerà dei limiti e, di conseguenza, il grado di intensità della tutela sarà meno penetrante. Di contro, laddove nell'ambito delle scelte dell'amministrazione sia possibile operare una distinzione tra attività discrezionale e attività di interpretazione, ovvero, escludere in radice l'esistenza di profili di discrezionalità, il controllo giurisdizionale nei confronti della relativa attività ermeneutica svolta dall'amministrazione non incontrerà limiti, risultando perciò il relativo sindacato pieno ed effettivo.

Sul piano processuale, nel caso del potere di decurtazione, qualora il ricorrente contesti l'eccessiva misura della decurtazione subita (decadenza parziale dall'incentivo) l'interesse del ricorrente non è soddisfatto dal semplice annullamento dell'atto, ma è necessario che sia posto in essere un nuovo atto per conseguire il bene della vita. Da qui, l'esigenza che il giudicato definisca il potere e la sua fattispecie e che dia un comando e una regola di condotta pregnanti e vincolanti, di modo che al titolare sia vietato di addurre elementi impeditivi ulteriori, al fine di contrastare la realizzazione della pretesa della controparte. In virtù del principio di separazione dei poteri (c.d. riserva di amministrazione) il giudice non può sostituirsi all'amministrazione.

Mi avvio alle conclusioni.

Il potere amministrativo, come nel caso della mancata adozione del Decreto previsto dalla legge 205/2017, non sempre è conformato dal legislatore. In questo caso, il Giudice amministrativo, in via interpretativa, al fine di garantire una tutela piena ed effettiva, ha individuato un parametro legale nel "decreto controlli" del 2014.

Credo, dunque, che non sia possibile operare una teorizzazione generale sulla possibilità/impossibilità di sindacare la discrezionalità amministrativa ovvero sulla misura del sindacato esercitabile ("troppo sindacato/troppo poco sindacato"). Inevitabilmente occorre prendere atto che l'attività interpretativa del giudice amministrativo è influenzata da alcuni fattori: il dettaglio normativo; l'esistenza di principi nell'ordinamento di settore e gli scopi per cui il legislatore attribuisce un determinato potere.

Non è possibile quindi individuare una teoria unica della discrezionalità: ogni potere richiede un tipo di sindacato diverso. Si può discutere, dunque, su come il singolo potere è esercitato. Insomma, non esiste un metodo di sindacato standard: va utilizzato il metodo casistico del diritto romano, analizzando gli interessi di volta in volta coinvolti. D'altra parte, il diritto è una scienza pratica e quindi, nel caso analizzato, il giudice, a fronte di fior di investimenti realizzati dalle imprese nel settore dell'energia e, al fine di tutelare l'interesse pubblico perseguito dal legislatore (la prosecuzione degli impianti alla produzione di energia da fonte rinnovabile), in alcune fattispecie, ha ritenuto non coerente con tale politica di incentivazione, l'esercizio, da parte del Gestore, del potere di decadenza dagli in-

centivi, affermando la diretta applicazione, da parte del GSE, della decurtazione degli incentivi, pur in mancanza del decreto attuativo.

Ciò dimostra che, laddove il legislatore (o comunque il soggetto pubblico al quale il primo delega il potere di normazione) abdica all'esercizio pieno della propria funzione inevitabilmente – pena la realizzazione di un deficit di tutela – aumentano le maglie del sindacato del giudice amministrativo.

E quest'ultimo può intervenire solo in via interpretativa, non come "inventore" del diritto, ma come investigatore del significato dello *ius positum*, analizzando il quadro sistematico in coerenza con gli atti di indirizzo politico, nel rispetto del primato della legge e dello Stato costituzionale di diritto, nel quale spetta al legislatore dettare il riferimento normativo dell'agire.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2854 – 26 luglio 2023

Brevi riflessioni sulla natura giuridica del software (a partire da TAR Lazio, sez. III-*bis*, n. 8384/2023)

Daniele Diaco

Sommario: 1. La vicenda processuale. – **2.** Nozioni preliminari. – **3.** Sulla natura "attizia" del *software*. – **4.** La corretta qualificazione giuridica del *software* e le sue implicazioni. – **5.** Il *software* quale modulo operativo alla prova dell'Intelligenza Artificiale. – **6.** La soluzione del T.A.R. Lazio: conclusioni e prospettive.

1. La vicenda processuale.

La pronuncia in commento ha riguardato la richiesta di annullamento di una serie di provvedimenti inerenti a una procedura di assegnazione delle sedi scolastiche presso cui effettuare attività di supplenza[1].

Nonostante il Collegio avesse dato avviso alle parti di un possibile profilo di inammissibilità per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, i ricorrenti «ha[nno] insistito per la giurisdizione amministrativa sui fatti di causa, atteso che l'oggetto delle contestazioni veicolate con l'atto introduttivo del giudizio riguarderebbe l'algoritmo del *software* utilizzato dalla p.a. per lo scorrimento delle graduatorie e l'assegnazione delle sedi di servizio».

Secondo la parte privata, infatti, «la regola veicolata dal citato algoritmo resta sempre una "*regola amministrativa generale*" di natura tecnica, che rappresenta l'oggetto del […] ricorso, col quale sarebbe dunque stata contestata la modalità con cui il Ministero resistente avrebbe proceduto all'assegnazione delle sedi presso cui effettuare le supplenze, utilizzando il predetto *software*,

[1] In particolare:
- del decreto dirigenziale recante gli esiti della procedura di assegnazione delle sedi scolastiche;
- dell'ordinanza n. 112/2022, con cui il Ministero dell'Istruzione ha indetto la procedura di assegnazione delle sedi scolastiche ai fini dell'aggiornamento delle graduatorie provinciali per le supplenze (GPS) e delle graduatorie di istituto per il biennio relativo agli anni scolastici 2022-23 e 2023-24;
- della nota ministeriale n. 28597 del 29 luglio 2022, specificamente nella parte in cui prescrive che «[l]'assegnazione di una delle sedi indicate nella domanda comporta l'accettazione della stessa. L'assegnazione dell'incarico preclude il conferimento delle supplenze di cui all'articolo 2, comma 4, lettere 3) e b) dell'Ordinanza ministeriale n. 112 del 6 maggio 2022, per qualsiasi classe di concorso o tipologia di posto»;
- del bollettino recante il "risultato nomine" pubblicato da ATP Roma Istruzione il 5 ottobre 2022;
- di ogni altro atto e/o provvedimento connesso o consequenziale che sia lesivo degli interessi della ricorrente.

in spregio alle preferenze espresse dalla parte ricorrente».

Il T.A.R. Lazio ha dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione, ricordando che, come chiarito da costante giurisprudenza, «in materia di graduatorie del personale scolastico la giurisdizione del giudice amministrativo de[ve] intendersi limitata alla sola conoscenza di profili di illegittimità degli atti ministeriali (decreti/ordinanze) che disciplinano la loro formazione, ove questi siano in grado di ledere in via immediata la sfera giuridica dei privati, rientrando nella giurisdizione ordinaria le rimanenti questioni relative alla costituzione e alla gestione degli anzidetti elenchi graduati, nell'ambito delle quali a venire in rilievo sono dei poteri di natura privatistica esercitati dalla p.a. con funzioni proprie del datore di lavoro».

Il collegio ha, dunque, osservato che, nel caso di specie, la parte privata aveva contestato «un segmento dell'azione della p.a. che si pone ben oltre a quello della formazione delle graduatorie di cui trattasi e con riferimento alle quali la giurisdizione amministrativa è limitata ai soli profili di illegittimità dell'ordinanza ministeriale presupposta». L'intera procedura di formazione delle GPS e delle graduatorie di istituto, nonché la successiva assegnazione delle sedi per effettuare le supplenze, rientrerebbe, infatti, a giudizio del T.A.R., nella giurisdizione ordinaria, avendo la pubblica amministrazione svolto, in quel segmento temporale, le funzioni di datore di lavoro.

La sentenza ha, quindi, dichiarato la tardività del ricorso con riferimento all'ordinanza di indizione della procedura – ritenuto l'unico atto conoscibile dal giudice amministrativo – nonché, in ogni caso, la sua inammissibilità, «in quanto non assistit[o] da specifici motivi di gravame intesi a contestarne la legittimità».

2. Nozioni preliminari.

Uno dei temi che continua a destare attenzione è la corretta implementazione della tecnologia digitale nello svolgimento dell'attività dei pubblici uffici.

Scoperchiato il vaso di Pandora, la sentenza in commento torna sull'ultima delle grandi innovazioni interessanti la pubblica amministrazione: l'automazione procedimentale mediante algoritmi[2].

Lungi dal voler qui spiegare analiticamente cosa siano gli algoritmi[3] e il lungo percorso, ancora neanche concluso, ai fini del riconoscimento del loro utilizzo nei procedimenti amministrativi, ci soffermeremo sul principale spunto d'interesse fornito dalla pronuncia annotata: la natura giuridica del programma informatico.

Preme, in prima battuta, sgomberare il campo da equivoci di carattere tecnico, opportunamente distinguendo i concetti di al-

[2] *Ex multis*, G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

[3] M. Durante, *Potere computazionale. L'impatto delle ICT su diritto, società, sapere*, Meltemi, Milano, 2019, 237: gli algoritmi sono «procedure codificate per trasformare i dati di 'input' in un 'output' desiderato, in base a calcoli specifici»; in termini, T. Gillespie, *The relevance of algorithms*, in T. Gillespie, P.J. Boczkowski, K.A. Foot (a cura di), *Media Technologies: Essays on Communication, Materiality and Society*, MIT Press, Cambridge, 2014, 167. Un'interessante lettura sul tema è quella di D. Cardon, *Che cosa sognano gli algoritmi*, trad. it. di C. De Carolis, Mondadori, Milano, 2018: «[t]ale e quale a una ricetta di cucina, un algoritmo è una serie d'istruzioni che permettono di ottenere un risultato. In modo ultrarapido, l'algoritmo opera un insieme di calcoli a partire da gigantesche masse di dati (i *big data*). Organizza gerarchicamente l'informazione, indovina ciò che ci interessa, seleziona i beni che preferiamo e si sforza di sostituirci in numerosi compiti. Siamo noi a fabbricare questi calcolatori, ma in cambio loro ci costruiscono» (p. 3). Cfr., altresì, P. Ferragina, F. Luccio, *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al* coding, Il Mulino, Bologna, 2017, 10, secondo cui «un *Algoritmo* soddisfa le seguenti proprietà: (1) è utilizzabile su diversi input generando i corrispondenti output; (2) ogni passo ammette un'interpretazione univoca ed è eseguibile in un tempo finito; (3) la sua esecuzione si ferma qualunque sia l'input».

goritmo e di *software*[4]. L'algoritmo è una procedura computazionale per l'ottenimento di un valore in uscita (l'*output*) a partire da uno o più valori in ingresso (*inputs*); il programma (*software*) è, invece, la trascrizione dell'algoritmo in un linguaggio di programmazione[5]. La differenza non è di poco conto, atteso che, se un algoritmo appare facilmente comprensibile a un essere umano, potendo essere scritto in qualunque linguaggio, il *software* richiede un ben diverso livello di approfondimento, ossia un «linguaggio di programmazione sintatticamente preciso»[6].

Altra distinzione da tenere a mente è quella tra algoritmi tradizionali e algoritmi "intelligenti" o, più correttamente alla luce della precedente puntualizzazione, tra programmi tradizionali, che traducono algoritmi deterministici, e programmi "intelligenti", che implementano algoritmi non deterministici, in particolare di apprendimento (cc. dd. *machine-learnings*).

La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire la distinzione tra le due grandi famiglie di algoritmi: l'algoritmo deterministico è «semplicemente una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato», mentre il *machine-learning* «crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole del *software* e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo tradizionale) ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico»[7].

3. Sulla natura "attizia" del software.

Si intende adesso brevemente ripercorrere le principali tesi sostenute in dottrina sulla natura giuridica del *software*/algoritmo (spesso i due concetti sono stati adoperati come sinonimi), per poi analizzare quanto affermato al riguardo nella sentenza annotata.

Seguendo le prime riflessioni sul tema, il programma sarebbe da inquadrare all'interno degli atti amministrativi, in quanto la pubblica amministrazione, già nel momento di creazione e adozione del *software*, prenderebbe una decisione, limitando la propria discrezionalità e assumendo delle precise posizioni, tradotte in istruzioni informatiche, per lo svolgimento di un procedimento

[4] Vi è chi non pone tale distinzione, riscontrando semmai una nozione pre-tecnologica e una nozione tecnologica di algoritmi: così V. Dardano, *I limiti nell'utilizzo delle decisioni automatizzate e la legalità algoritmica*, in www.amministrativamente.com, n. 2/2023, 1214-1215, secondo cui, «[n]ella sua connotazione pre-tecnologica, [l'algoritmo] è identificato in una procedura che conduce alla soluzione di un problema attraverso un percorso formalizzato che si risolve in una sequenza di passaggi precostituiti, ordinati ed univoci, tali da poter essere eseguiti e ripetuti senza margini di scelta arbitraria», mentre, «con la nascita e lo sviluppo della computer science, la nozione… ha subito una parziale traslazione di significato, per cui oggi è divenuto sinonimo di "programma informatico" capace di svolgere solo funzioni precise, sequenziali e univoche».

[5] S. Crafa, *Dalle competenze alla consapevolezza digitale: capire la complessità e la non neutralità del* software, in P. Moro (a cura di), *Etica, Diritto e Tecnologia*, Franco Angeli, Milano, 2021, 6: «[u]n algoritmo rappresenta la logica di funzionamento di un programma, mentre il software è il codice di un programma scritto in un preciso linguaggio di programmazione ed eseguibile da un computer».

[6] S. Crafa, *op. cit.*, 6, che pone l'esempio dell'algoritmo di Euclide: «[s]e ad uno studente basta leggere la descrizione di questa procedura per saper calcolare il massimo comune divisore, per un computer servono delle istruzioni più specifiche. L'algoritmo va cioè implementato, tradotto in un *software* scritto in un linguaggio di programmazione sintatticamente preciso: solo questa traduzione è pienamente non ambigua ed effettivamente eseguibile».

[7] Cons. St., Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891.

amministrativo in un numero indefinito di casi futuri aventi certe caratteristiche[8].

Nello specifico, secondo alcuni studiosi, il s*oftware* rientrerebbe nella categoria degli atti normativi, in particolare regolamentari, in quanto definirebbe in via generale e astratta le regole per lo svolgimento dell'attività successiva[9]. A questa tesi possiamo, tuttavia, opporre due obiezioni, una di carattere formale e una di carattere sostanziale. Sul piano formale, un atto normativo è un atto adottato a seguito di un ben preciso *iter* di formazione, che, nel caso di specie, non si ravvisa. Sul piano sostanziale, tale atto, in quanto fonte del diritto, oltre ad essere astratto e generale, dovrebbe avere una portata innovativa per l'ordinamento, requisito che, nel programma, manca totalmente.

Un altro filone di pensiero riconduce il *software* alla categoria degli atti amministrativi generali, in grado di produrre effetti nei confronti di una generalità di soggetti, titolari di rapporti che abbiano le medesime caratteristiche, ancorché privi di forza precettiva[10]. Secondo Fantigrossi, in particolare, per mezzo del *software* l'amministrazione limiterebbe la propria discrezionalità, pre-configurando l'attività da eseguire rispetto ad una serie indeterminata di azioni future[11]. L'obiezione sollevata dai detrattori di tale tesi – che, peraltro, ha riscontrato un certo *favor*, soprattutto in un primo tempo, all'interno della giurisprudenza amministrativa – è che l'algoritmo è spesso programmato in un linguaggio incomprensibile tanto al funzionario quanto al cittadino interessato[12].

Da ultimo, una dottrina minoritaria ha qualificato il programma come atto interno[13] o, ancora, come una sorta di atto strumentale[14].

---

[8] In termini, U. Fantigrossi, *Automazione e pubblica amministrazione. Profili giuridici*, Il Mulino, Bologna, 1993, 51; A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, Napoli, 1993, 56; A. Usai, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Dir. inf.*, 1993, 163 ss., spec. 174; M. Mancarella, *Algoritmo e atto amministrativo informatico: le basi nel Cad*, in *Dir. internet*, 2019, 467; I.A. Nicotra, V. Varone, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Riv. AIC*, n. 4/2019, 86. Secondo G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Wolters Kluwer-CEDAM, Milano, 2023, 91, da un punto di vista dogmatico, queste tesi muovono «da una impostazione ancora eminentemente attizia che tende a dequotare la componente materiale ed operativa dell'attività amministrativa». Un simile approccio, tra l'altro, sarebbe, secondo l'A., il frutto dell'esigenza di «risolvere il problema della compatibilità tra automazione provvedimentale e discrezionalità amministrativa»: «il riconoscimento all'algoritmo (ed al software) della natura di atto amministrativo era in tali studi, per lo più, funzionale ad affermare che con la formazione dell'algoritmo si realizza già una prima parziale spendita di potere amministrativo che determina l'insorgenza di un autovincolo, in grado di influenzare il successivo esercizio della potestà e consumando i profili originali di apprezzamento riconosciuti all'Amministrazione».

[9] Con riguardo alla natura regolamentare dell'atto-programma, v. A. Boix Palop, *Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantias propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administraciòn para la adopciòn de decisiones*, in *Revista de Derecho Pùblico: Teorìa y Metodo*, n. 1/2020, 223; Id., *Algorithms as Regulations: Considering Algorithms, when Used by the Public Administration for Decision-making, as Legal Norms in order to Guarantee the proper adoption of Administrative Decisions*, in *European Review of Digital Administration & Law*, n. 1-2/2020, 75 ss.

[10] Per tutti, G. Della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, CEDAM, Padova, 2000.

[11] *Automazione e pubblica amministrazione*, cit., 51 ss.

[12] In questi termini, A.G. Orofino, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico. Sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 2256 ss. La giurisprudenza, tuttavia, è chiara nel ritenere del tutto irrilevante tale profilo: cfr. T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III-*bis*, 22 marzo 2017, n. 3769, che confuta partitamente le tesi contrarie alla configurazione attizia del *software*; Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, secondo cui «la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima, anche se ciò avviene in via esclusiva».

[13] A. Usai, *op. cit.*, 164; c*ontra*, A. Masucci, *op. cit.*, 59, secondo cui ha «rilevanza esterna quell'atto che (anche se di per sé non produce effetti giuridici verso l'esterno) trova, pur se attraverso un altro atto, concretizzazione in un rapporto esterno».

[14] Si tratterebbe di una nuova categoria, un atto generale a contenuto non normativo «che pone delle prescrizioni generali ed astratte con le quali l'autorità amministrativa "indirizza" il proprio agire amministrativo, predeterminandone modalità e

Volgendo, invece, brevemente lo sguardo alla giurisprudenza amministrativa, in occasione della nota vicenda dell'utilizzo dell'algoritmo introdotto dalla normativa sulla c.d. "Buona scuola", il T.A.R. Lazio definiva il *software* come un «insieme organizzato e strutturato di istruzioni contenute in qualsiasi forma o supporto capace direttamente o indirettamente di fare eseguire o fare ottenere una funzione, un compito o un risultato particolare per mezzo di un sistema di elaborazione elettronica dell'informazione»[15] e lo qualificava in termini di atto amministrativo informatico, in quanto con esso:

- si concretizzava la volontà finale dell'amministrazione procedente;
- l'amministrazione costituiva, modificava o estingueva le situazioni giuridiche individuali anche se lo stesso non produceva effetti in via diretta all'esterno;
- si realizzava lo stesso procedimento[16].

In un primo momento, tale qualificazione è stata ulteriormente ribadita dallo stesso Consiglio di Stato[17], ma con una pecca (sulla quale si tornerà *infra*): poca chiarezza nel distinguere l'atto di adozione del *software* in linguaggio naturale dal *software* stesso.

Normalmente, nella definizione di atto amministrativo informatico, vengono individuate tre figure:

a) l'atto il cui contenuto è predisposto attraverso un sistema informatico, più o meno complesso, in modo manuale, utilizzando il computer solo quale *word processor*, e che, per aver efficacia nel mondo giuridico, dev'essere trasposto su supporto cartaceo e, di regola, sottoscritto;
b) l'atto che, oltre ad essere predisposto mediante sistemi informatici, è anche emanato con gli stessi strumenti (definito atto amministrativo "in forma elettronica");
c) l'atto ottenuto attraverso un procedimento di elaborazione da parte di sistemi informatizzati che porta alla creazione di un documento giuridico collegando tra loro i dati che vengono inseriti nel computer, secondo le previsioni del *software* adottato e senza apporto umano (che viene generalmente definito "ad elaborazione elettronica")[18].

Il giudice amministrativo – pur non usando quella precisa denominazione – qualificava il *software* come atto amministrativo ad elaborazione elettronica, in quanto contenente sul piano sostanziale la futura decisione amministrativa. Si voleva in tal modo individuare un aggancio normativo idoneo a consentire l'esercizio del diritto di accesso di cui agli artt. 22 ss. della l. 7 agosto 1990, n. 241, sciogliendo così definitivamente l'intricato nodo della conoscibilità del codice sorgente.

Epperò, nonostante il meritevole fine, non si concorda con le premesse: il *software* non può essere inteso come atto amministrativo informatico in nessuno dei sensi sopra richiamati.

Premesso che quest'ultimo è ritenuto dalla dottrina maggioritaria un atto amministrativo in senso proprio, perché imputabile comunque alla pubblica amministrazione,

contenuti»: A. Masucci, *op. cit.*, 57 e 103.

[15] Sez. III-*bis*, n. 3769/2017, cit.

[16] G. Bruno, E.M. Falese, *Focus sentenze G.A. su decisioni algoritmiche – Decisioni algoritmiche: il codice sorgente è un atto amministrativo informatico accessibile ai sensi della l. n. 241/1990*, in *www.irpa.eu*, 14 giugno 2022.

[17] Sez. VI, n. 2270/2019, cit.

[18] F. Saitta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. econ.*, n. 4/2003, 615.

occorre in questa sede precisarne la definizione.

Rispetto alla nozione di atto amministrativo, si rintracciano due principali scuole di pensiero:

- la prima, più risalente, intende quest'ultimo come «qualunque dichiarazione di volontà, di desiderio, di conoscenza, di giudizio, compiuta da un soggetto della pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa»[19]. Un orientamento fondato, perciò, sui principi volontaristici, all'epoca in auge, richiamati dalla disciplina privatistica e dalla teoria generale del diritto[20];
- la seconda, ad oggi insuperata, lo qualifica come un «atto mediante il quale l'autorità amministrativa dispone in ordine all'interesse pubblico di cui è attributaria, esercitando la propria potestà e correlativamente incidendo in situazioni soggettive del privato»[21].

Entrambe le tesi colgono quelli che sono degli elementi chiave nella sua configurazione.

Sulla base della prima definizione, ricaviamo *in primis* il contenuto di un atto amministrativo, che potrà essere di accertamento, di valutazione, di giudizio o di decisione. In realtà, però, l'algoritmo è una mera sequenza di operazioni, sicché, come ben individuato dalla più recente dottrina, esso ha una valenza meramente descrittiva e non prescrittiva[22].

Oltretutto, l'atto amministrativo è una manifestazione di volontà della pubblica amministrazione.

In questi termini, adottando la qualificazione di atto amministrativo con riferimento al *software*, dovremmo concludere che esso sia una sorta di grande atto-contenitore, all'interno del quale sono predeterminati tutti i singoli atti del procedimento fino all'adozione del provvedimento, che è a sua volta un atto amministrativo.

Giova, preliminarmente, ricordare che il programma informatico ha lo scopo di automatizzare un'attività o un procedimento amministrativo, ossia un insieme di atti, autonomi tra di essi, ma collegati verso un obiettivo comune[23]. Proprio la definizione di procedimento amministrativo richiama immediatamente la nozione di algoritmo: a livello strutturale, in effetti, non si rinvengono distinzioni di sorta.

Insomma, l'algoritmo di automazione procedimentale, in quanto procedura computazionale, contiene tutta la sequenza di atti idonea a pervenire a un provvedimento amministrativo.

---

[19] G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, 8ª ed., Giuffrè, Milano, 1958, I, p. 245. Viene mantenuta la dizione "atto amministrativo" proprio in avvicinamento alle categorie del diritto privato. Non a caso si soleva parlare anche di "atto amministrativo negoziale". La connotazione provvedimentale è, invece, il frutto della progressiva pubblicizzazione della categoria.

[20] Per un approfondimento, si veda F.G. Scoca, *Atto e provvedimento: elementi essenziali e situazioni giuridiche* (Relazione alle Giornate Italo-Argentine di Diritto amministrativo, 8ª ed.), in www.aiapda.org, 4 maggio 2019.

[21] M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1988, II, 672.

[22] Così G. Gallone, *op. cit.*, 112, il quale specifica che l'algoritmo non «si propone di dichiarare o conservare ovvero innovare la realtà del diritto perché, semplicemente, non si pone un orizzonte giuridico»; in questi termini, D. Simeoli, *L'automazione dell'azione amministrativa nel sistema delle tutele di diritto pubblico*, in A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, Il Mulino, Bologna, 2022, II, 640.

[23] A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940; Id., *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1984, 622. L'A. definisce il procedimento amministrativo come «una serie di atti (istanze, accertamenti, pareri, proposte, designazioni, deliberazioni preliminari, etc.) e di operazioni (comunicazioni, notificazioni, pubblicazioni, etc.), posti in essere da un unico o da diversi agenti, solitamente culminanti in un provvedimento e strutturalmente e funzionalmente collegati dall'obiettivo avuto di mira».

Il *software*, invece, traspone siffatto algoritmo sul piano informatico, traducendo il suo codice in un linguaggio di programmazione. Esso, in sostanza, realizza una doppia operazione di formalizzazione:

1) *in primis*, la "formalizzazione dei dati di fatto o di diritto", ovvero la traduzione in linguaggio elettronico del linguaggio naturale di un testo di legge (che costituisce il dato di diritto) e dell'avvenimento concreto (il dato di fatto);
2) poi, la "formalizzazione del processo di ragionamento", ovvero la concretizzazione di quel percorso logico che, partendo dalle premesse (i dati in fatto e diritto formalizzati), addiviene a delle conclusioni[24].

Il programma non rappresenta, allora, com'è evidente, una manifestazione di volontà dell'amministrazione, ma la semplice modalità di concretizzazione dei criteri di formazione di tale volontà[25], espressi mediante un algoritmo.

Questi criteri vengono normalmente predeterminati dall'autorità all'interno (questa volta sì) di un atto amministrativo, una sorta di *pre-software*, affinché poi il programmatore li tramuti in istruzioni per l'operatività del *software* vero e proprio.

Si potrebbe dire, in definitiva, che il *pre-software* contenga l'algoritmo, espresso in linguaggio naturale, mentre il *software* lo ripropone sul piano informatico secondo il linguaggio della macchina.

Nel momento in cui decide, l'amministrazione applica i criteri stabiliti nel *pre-software* mediante il programma: parte dal fatto concreto, traduce i dati relativi al fatto in elementi di ragionamento giuridico attraverso un'analisi attenta alla luce delle norme giuridiche e ne trae le conseguenze.

Vi è anche un'altra via che conduce a un certo scetticismo verso la qualificazione del programma informatico come atto amministrativo. È stato, infatti, sottolineato che, considerato il contenuto minimo dell'atto amministrativo, emergente dall'analisi dell'art. 21- *septies* della l. n. 241/1990 (soggetto, oggetto, contenuto, finalità, volontà e forma), un programma informatico non disporrebbe di tali elementi essenziali, limitandosi, piuttosto, a ricalcare una semplice formula matematica[26][.

Si pensi alla forma. Pur vigendo nel nostro ordinamento un principio di libertà delle forme, certamente la principale modalità è quella scritta[27]. La scrittura è, in effetti, l'unico modo per lasciare una traccia indelebile, inequivocabile e immediatamente percepibile della fattispecie procedimentale.

La forma scritta postula, altresì, la comprensibilità di quanto esposto. Se è vero che l'atto amministrativo è una «dichiarazione» o, comunque, una manifestazione di volontà da parte di un'autorità nei confronti di uno o più destinatari, allora essa «deve essere esternata con modalità che consentano ai destinatari di comprenderne il significato»[28].

[24] V.R. Perrino, *L'atto amministrativo informatico e le cause della sua invalidità*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2005.

[25] Nel senso che gli algoritmi non sono altro che la traduzione in termini informatici dei criteri di valutazione che l'amministrazione utilizza nel suo giudizio, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III-*bis*, 10 luglio 2017, n. 8160.

[26] In questi termini, M. Timo, *Algoritmo e potere amministrativo,* in *Dir. econ*., n. 1/2020, 775.

[27] R. Villata Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006, 230.

[28] A.G. Orofino, *L'attuazione del principio di trasparenza nello svolgimento dell'amministrazione elettronica*, in *www.judicium.it*, 2020. Per l'A., tra l'altro, «[u]n diverso convincimento non terrebbe conto anche delle difficoltà connesse al firmare i programmi informatici, visto che la sottoscrizione elettronica di un *software* non è sempre possibile»; così già Id., *La patologia dell'atto amministrativo elettronico*, cit., 2276. Vi sarebbero, poi, ulteriori ragioni a favore della piena comprensibilità – mediante, cioè, l'uso della lingua italiana – degli atti amministrativi: ciò

Tutto ciò è ancor più vero con riferimento a un'ipotetica tutela giurisdizionale rispetto a lesioni perpetrate da un programma informatico. Premessa la supposta natura attizia del programma, dovrebbe ammettersi, infatti, finanche una pronuncia di annullamento dell'atto- *software* a seguito di specifiche censure mosse dal ricorrente (art. 40 c.p.a.). Pur tuttavia, «[a]ppare arduo immaginare che un avvocato e dei giudici siano in grado di garantire l'ossequio del principio di specificità delle censure proposte avverso un programma, il cui contenuto non siano in grado di intendere»[29].

Tornando, adesso, alla nozione di atto amministrativo informatico nel senso di atto ad elaborazione elettronica, è evidente che la qualificazione operata dal T.A.R. è il frutto di un'erronea concettualizzazione delle nozioni di *software* e di algoritmo.

Se il *software* si limita a formalizzare un processo logico, espresso in codice algoritmico, evidentemente esso da sé non può costituire un atto elaborato da un sistema informatico, limitandosi semmai a rappresentare, in chiave informatica, un certo ragionamento di carattere giuridico.

Si potrebbe sostenere che, in vero, la sentenza non intendesse riferirsi al *software* così inteso, ma, *lato sensu*, allo stesso l'algoritmo. Tuttavia, nemmeno quest'ultimo può considerarsi un atto amministrativo informatico.

In primo luogo, a livello concettuale, si è detto che l'algoritmo è, semmai, una sequenza di atti, assimilabile alla "fattispecie astratta" di un procedimento, «una sorta di schema di procedimento da seguire, dettagliatamente predeterminato in tutti i suoi elementi»[30].

Inoltre, non può dirsi che l'algoritmo sia un atto elaborato da un sistema informatizzato senza intervento umano. In realtà, i criteri che compongono l'algoritmo vengono predisposti – come si è detto – all'interno del *pre-software*. Siccome l'algoritmo in questione, non essendo di apprendimento, non ricerca delle nuove inferenze fra i dati, il programma non fa altro che trasporre le istruzioni dell'amministrazione (nella persona di un funzionario), traducendolo in un linguaggio comprensibile alla macchina. Non è il sistema informatico, perciò, ad elaborare l'atto, ma l'amministrazione stessa: ciò che cambia è solo il livello di realizzazione dell'attività, dal mondo fisico a quello digitale.

---

risulterebbe confermato dal principio di diritto comune di cui all'art. 122, co. 1, c.p.c. (cfr. T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 13 marzo 2001, n. 1853) e da tutte quelle «disposizioni che impongono il bilinguismo, ovvero da quelle che prevedono la traduzione, in lingua comprensibile al destinatario, quando i provvedimenti siano adottati nei confronti di uno straniero».

[29] Così A.G. Orofino, *L'attuazione del principio di trasparenza*, cit., secondo cui, tra l'altro, quanto statuito da T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III-*bis*, n. 3769/2017, cit., ossia che «il privato destinatario dell'atto […] può, comunque, legittimamente avvalersi dell'attività professionale di un informatico competente in materia», non è convincente «anche per gli oneri evidenti che verrebbero posti in capo alle parti processuali ed allo stesso giudice, chiamati a ricorrere ad un tecnico informatico per comprendere il senso delle istruzioni impartite all'elaboratore: si ritiene davvero eccessivamente gravoso immaginare che la possibilità di interpretare gli atti oggetto di sindacato giurisdizionale sia esercitata attraverso la mediazione di tecnici informatici». L'A. richiama, in argomento, M. Martini, *Algorithmen als Herausforderung fiu r die Rechtsordnung*, in *Juristen Zeitung*, n. 21/2017, p. 1017, il quale osserva: «[e]ine intransparente und dadurch für Betroffene nicht nachvollziehbare Entscheidungsfindung birgt Gefahren für gesellschaftliche Grundwerte» (un processo decisionale non trasparente e non comprensibile per le persone interessate mette a rischio i valori sociali fondamentali: trad. pers.).

[30] Così V.R. Perrino, *op. cit.*, con riferimento al programma informatico, che, però, definisce come «l'insieme di istruzioni individuate in un elaboratore e che sono strumentali ad un dato risultato», dimostrando, così, di adottare una prospettiva – del tutto scorretta, a parere di chi scrive – di eguaglianza tra i termini algoritmo e programma.

4. La corretta qualificazione giuridica del software e le sue implicazioni.

A fronte del riconoscimento dell'algoritmo (meglio, del *software*) come atto amministrativo informatico operato dalla sentenza annotata (purché «l'utilizzo del mezzo informatico sia strumentale all'esercizio di un potere autoritativo di stampo pubblicistico»), la soluzione da noi proposta non sembra, poi, così peregrina e trova un avallo nell'orientamento di recente seguito dal Consiglio di Stato[31], che, superando l'impostazione precedente, è nuovamente tornato sul profilo della natura del programma, individuandola in un "modulo organizzativo-operativo", ovvero un mero strumento, a livello procedimentale e istruttorio, che l'autorità può scegliere di utilizzare nell'esercizio delle proprie funzioni. Così discorrendo, l'atto amministrativo sarebbe costituito dall'atto di programmazione, contenente i criteri per la progettazione del *software* (*pre-software*), mentre il programma sarebbe solo il mezzo tecnico in cui quei criteri determinati dall'amministrazione vengono applicati per l'elaborazione della decisione, «uno strumento dell'agire amministrativo»[32].

Il problema, a questo punto, si pone in relazione al diritto di accesso: in mancanza di un atto amministrativo informatico, come si potrebbe garantire l'accesso al codice sorgente? Nella nostra elaborazione, il linguaggio sorgente è solo una traduzione meccanica della facoltà di ragionamento espressa da qualunque essere umano in linguaggio naturale; esso costituisce, cioè, la giustificazione della decisione, i passaggi logici che hanno portato ad essa: insomma, una predeterminazione delle possibili ragioni in fatto e in diritto connotanti una potenziale decisione amministrativa. Evidenti sono le interconnessioni con la nozione di motivazione del provvedimento (art. 3 della l. n. 241/1990).

A garanzia della trasparenza, perciò, si dovrebbe battere più sul fronte dell'obbligo di motivazione del provvedimento che sul diritto di accesso. Nel caso di specie, la motivazione andrebbe a concretizzare le effettive ragioni, in fatto e in diritto, che hanno condotto a quel dato provvedimento: dunque, si realizzerebbe in un'analisi esplicativa del codice sorgente[33].

[31] Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

[32] Così A.G. Orofino, *L'attuazione del principio di trasparenza*, cit.; ID., *La patologia dell'atto amministrativo elettronico*, cit., 2256 ss.; F. Saitta, *op. cit.*, 615 ss.; S. Puddu, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Napoli, 2006, 179 ss.; I. Martín Delgado, *Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada*, in *Revista de Administración Pública*, n. 180/2009, 353 ss., spec. 361.

[33] Per i programmi che operano mediante gli algoritmi tradizionali potrebbe bastare una motivazione numerica, mentre per i programmi che utilizzano algoritmi di apprendimento la motivazione dovrà contenere tutto l'*iter* logico-giuridico seguito dalla macchina: cfr. L. Viola, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Federalismi.it*, n. 21/2018, 16; D. Marongiu, *L'attività amministrativa automatizzata. Profili giuridici*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2005, 125 ss. Si vedano, anche, D.U. Galetta, J.G. Corvalan, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, n. 3/2019, 16, i quali ribadiscono la necessità di fornire un'adeguata spiegazione delle decisioni amministrative adottate tramite algoritmi di *machine-learning*, per quanto riguarda non solo il contenuto dell'atto finale, ma anche il procedimento che ha condotto alla sua adozione; A. Simoncini, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2019, 1183 ss., il quale sottolinea che, per poter ottenere la motivazione di un atto amministrativo automatizzato, è necessario che l'algoritmo che ne è alla base sia "esplicabile", ossia descrivibile nella sua strutturazione causale, sebbene questa qualità non sia oggi comune a tutti i sistemi di decisione automatizzata.

In conclusione, incrementando nella giusta proporzione l'obbligo di motivazione, il mancato accesso al codice sorgente non rappresenterebbe un ostacolo insuperabile all'inserimento dell'algoritmo nel procedimento amministrativo.

Vi è anche chi ritiene che, «ancorché non sia un provvedimento, non pare dubitabile che il programma, quando usato per la conduzione di procedimento o lo svolgimento di altre funzioni pubbliche, debba essere considerato alla stregua di un "documento amministrativo", secondo l'ampia definizione recata dall'art. 22, comma 1, lett. *d)*, della l, n. 241/1990, senza che la manifestazione su supporto elettronico di tale documento sia idonea a influenzarne il regime di accessibilità»[34].

In questi termini, non potrebbe negarsi l'accesso al codice, fermo restando che, di per sé, quest'ultimo non garantisce un grande beneficio in termini di trasparenza dell'azione compiuta dalla macchina, attese le difficoltà connesse alla sua leggibilità e comprensibilità[35].

Senza addentrarci nella tematica inerente al problema della trasparenza e della conoscibilità circa l'operare di tali strumenti digitali, occorre effettuare qualche precisazione sulla natura giuridica.

Per prima cosa, si condivide la tesi da ultimo esposta, secondo cui il programma (*rectius*, codice sorgente) costituisce un documento amministrativo.

Ai sensi dell'art. 22, co. 1, lett. *d)*, della l. n. 241/1990, «si intende […] *d)* per "documento amministrativo", ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale». E non vi è dubbio che il *software* costituisca una rappresentazione digitale di un atto amministrativo, il *pre-software*. Più correttamente, il codice sorgente riscrittura, nel linguaggio della macchina, le istruzioni previste dall'amministrazioni, mentre il *software* rappresenta, come ben chiarito dalla giurisprudenza, uno strumento per l'esercizio della funzione amministrativa.

In tutto questo, che qualificazione giuridica si riconnette all'algoritmo? Se si adotta la distinzione concettuale tra algoritmo e *software*, come sembra giusto sul piano tecnico, si deve concludere che l'algoritmo è semplicemente una formula di ragionamento, un sequenziamento, già previsto all'interno del *pre-software* e sottoposto a formalizzazione dal *software* mediante la riscritturazione operata dal codice sorgente. L'algoritmo, a ben vedere, non è niente più che un'attività di interpretazione del testo di legge o, in generale, di una disposizione normativa atta a rinvenire una correlazione tra *inputs* e *outputs*: in sostanza, una semplice ricostruzione di passaggi logici, secondo diritto, per l'ottenimento di un risultato. Espresso in linguaggio naturale, non si rinvengono particolari discrasie tra un algoritmo e una norma, che non è altro

[34] A.G. Orofino, *L'attuazione del principio di trasparenza*, cit., che, al riguardo, richiama, in un'ottica comparatistica, «la disciplina recata in Francia dall'art. L. 300-2 del *Code des relations entre le public et l'administration* che, all'esito della modifica apportata dall'art. 2 della *Loi pour une République numérique* del 7 ottobre 2016, espressamente annovera tra i documenti amministrativi accessibili anche i listati dei programmi usati dalle amministrazioni».

[35] Cfr. G. Avanzini, *op. cit.*, 145.

che il risultato di un'attività interpretativa[36]. Il *software* formalizza, poi, l'algoritmo, traducendolo in un linguaggio comprensibile alla macchina.

5. Il software quale modulo operativo alla prova dell'Intelligenza Artificiale.

Sono stati esposti molteplici dubbi sulla qualificazione dei programmi più semplici come atti amministrativi informatici.

Ancora più problematica appare essere la categorizzazione giuridica dei programmi di ultimissima generazione, ricompresi all'interno della macrocategoria dell'Intelligenza Artificiale (IA).

La sussistenza di un notevole margine di autonomia del *software* (*rectius*, dell'agente artificiale) impedisce, infatti, di sostenere che si tratti di un atto dell'amministrazione, sia pur informatico. Un sistema esperto che opera mediante apprendimento automatico (*machine- learning*) sembrerebbe esprimere, riprendendo gli elementi essenziali di un atto amministrativo, una "volontà" propria, che difficilmente potrebbe essere prevista in sede di programmazione; senza contare che si tratterebbe di una "volontà" sempre "in divenire", in quanto frutto di un'esperienza che viene acquisita dalla macchina nel tempo[37].

Il riferimento a una nuova "volontà" permette di porsi una domanda titanica: al *software* può attribuirsi una soggettività giuridica? È questo il punto di partenza di una tesi ardita e fortemente criticata secondo la quale è, forse, possibile immaginare l'agente artificiale (e, dunque, il *software*) quale vero e proprio organo della pubblica amministrazione (un organo- algoritmo).

Si tratta di un tema delicato[38], che si collega a quello della responsabilità dell'agente artificiale[39].

L'organizzazione amministrativa si fonda sulla teoria organica, secondo la quale gli atti giuridici compiuti dall'organo sono imputati alla persona giuridica come se fossero posti in essere da essa stessa. Nell'impostazione tradizionale, l'organo è un "agente amministrativo", ovvero la persona fisica o l'insieme delle persone fisiche che prestano la loro attività a favore delle amministrazioni pubbliche in quanto assegnate ai relativi uffici[40].

Siccome il programma di IA decide in autonomia (finanche contenendo pregiudizi cognitivi e discriminazioni che dipendono non solo dalla programmazione, ma anche dalla sua stessa struttura), la macchina non può costituire un mero strumento di ausilio dell'amministrazione[41]. Si dovrebbe, piuttosto, ampliare l'imputazione organica, estendendola all'agente artificiale e ricono-

---

[36] Interessanti spunti di riflessione al riguardo in L. Viola, *Interpretazione della legge con modelli matematici. Processo, a.d.r., giustizia predittiva*, StreetLib, Milano, 2017, I.

[37] Cfr. A.G. Orofino, *L'attuazione del principio di trasparenza*, cit., secondo cui, «[s]e si accedesse alla tesi che qualifica come atto amministrativo il programma, anche quando si faccia ricorso a macchine equipaggiate con reti neurali, dovrebbe dedursene che tale programma sia un atto "incompiuto" o "in divenire", cioè con un contenuto non completo, ma che si arricchirà nel tempo, all'esito dei vari processi di autoapprendimento posti in essere dal software».

[38] Per approfondire il quale cfr. G. Pesce, *Funzione amministrativa, intelligenza artificiale e* blockchain, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 65 ss.

[39] Difficile non scorgere un punto di partenza per un ampliamento dell'imputazione organica agli agenti artificiali nella tesi funzionalistica di G. Teubner, *Digital Personhood? The Status of Autonomous Software Agents in Private Law*, in *Ancilla Iuris*, n. 106/2018, 107 ss.: v. G. Pesce, *op. cit.*, 70 ss.

[40] G. Pesce, *op. cit.*, 166; già prima G. Sciullo, *L'organizzazione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2013, 78.

[41] G. Pesce, *op. cit.*, 170; già prima M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1995, 50.

scendogli una qualche forma di personalità, anche parziale[42].

Diverrebbero, tra l'altro, del tutto irrilevanti gli stati mentali ed intenzionali o la rappresentazione personale dei fini o gli stati di coscienza del titolare dell'organo, nel senso che l'imputazione giuridica riguarderebbe anche tali stati, «trattandosi di fatti umani che si collocano nella fase di costruzione dell'atto algoritmico, successivamente trasfuso nell'organizzazione amministrativa e nel procedimento»[43].

Questa, però, sarebbe una *fictio* debole e particolarmente pericolosa per almeno due ragioni:

- chi programma l'algoritmo potrebbe introdurvi un pregiudizio personale, che a quel punto si rifletterebbe sull'amministrazione incolpevole[44];
- l'IA sarebbe in grado di decidere da sola, prescindendo da qualunque intervento dell'autorità pubblica.

Sembrerebbe, perciò, che molti problemi relativi al *software* dipendano più dall'attività del programmatore che da quella dell'autorità pubblica.

Alla luce di questo, come si può tutelare l'amministrazione verso il progettista? Una soluzione potrebbe essere quella di rafforzare il concetto di delega algoritmica, l'atto a monte del procedimento in cui matura la decisione amministrativa di affidarsi alla macchina e al suo progettista, e individuare un criterio di imputazione dell'attività automatizzata in capo al soggetto o ai soggetti che l'hanno progettato e costruito. La dottrina ha avanzato in proposito la tesi dell'*outsourcing*, ovvero dell'esternalizzazione dell'attività amministrativa (che si sostanzierebbe nell'esercizio della stessa da parte di soggetti estranei all'amministrazione)[45]. Sostanzialmente, siccome il soggetto estraneo all'amministrazione realizza un compito proprio di essa, collocandosi nell'*iter* procedimentale come compartecipe fattivo dell'attività amministrativa, egli sarà, altresì, responsabile dei danni cagionati dall'esecuzione dell'incarico.

La teoria dell'organo-algoritmo si presta, poi, a una serie di critiche. Essa, infatti, sembra richiedere a monte una piena "personificazione" dell'agente artificiale, che rappresenta un serio problema sul versante dei diritti attribuibili alla macchina, meno su quello delle responsabilità. Si può essere, infatti, giuridicamente responsabili anche in assenza di personalità giuridica, ma l'attribuzione di diritti, ad oggi, presuppone un titolare dotato di autocoscienza, di discernimento etico[46]. Le attuali macchine non presentano questi tratti, per cui difficilmente possono essere intese come "persone".

La domanda che, a questo punto, potrebbe porsi è se tale concezione antropomorfa dell'autocoscienza sia l'unica possibile per il riconoscimento della personalità[47]. Quest'aspetto, però, richiederebbe una ben più ampia riflessione, che non può essere svolta in questa sede.

Piuttosto, considerate le difficoltà che sorgono rispetto all'introduzione di un nuovo organo amministrativo, pare opportuno esaminare brevemente il problema della compatibilità dell'attuale teoria organica

[42] G. Teubner, *op. cit.*, 106-149.

[43] G. Pesce, *op. cit.*, 179.

[44] Cfr. A. Mascolo, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2020, 370.

[45] G. Pesce, *op. cit.*, 180 ss.

[46] U. Ruffolo, Artificial Intelligence *e responsabilità. "Persona elettronica" e teoria dell'illecito*, in A. Pajno, F. Donato, A. Perrucci (a cura di), *op. cit.*, II, 266.

[47] Secondo L.B. Solum, *Legal Personhood for artificial intelligences*, in *North Carolina Law Review*, n. 4/1992, 1259, il concetto di persona è intrinsecamente legato alla nostra esperienza della vita umana.

con gli algoritmi di *machine-learning*: l'assenza dell'intervento di una persona fisica nell'elaborazione della decisione potrebbe, infatti, riverberarsi in una riconfigurazione dell'organo amministrativo[48].

Come si è detto, con l'imputazione organica non si fa altro che riferire una o più funzioni a un certo titolare; nel caso di specie, però, la funzione viene esercitata da una macchina. È proprio questa la principale considerazione verso l'avvento di una nuova figura di macchina-organo.

Penetrando nel cuore della teoria organica, tuttavia, si può facilmente riconoscere nell'organo un artificio tecnico inteso solo a spiegare giuridicamente la traslazione degli atti (con relativi effetti) eseguiti da funzionari e impiegati dell'amministrazione direttamente all'organizzazione nel suo insieme[49]. Perciò, anche se la decisione viene adottata senza l'intervento di una persona fisica, l'attività non è imputata alla macchina. La potestà, infatti, è sempre esercitata dal titolare dell'organo mediante il programma informatico[50]; attraverso la *fictio* dell'imputazione, poi, la paternità dell'attività è attribuita immediatamente e direttamente alla pubblica amministrazione.

Ad essere automatizzato è, dunque, il processo decisionale, l'esercizio delle funzioni assegnate all'organo, non l'organo in sé, il che significa che sarà sempre una persona responsabile del funzionamento del sistema algoritmico a reggere le sorti del procedimento. Si può dire che «l'attività automatizzata, pur essendo autonoma, non è altro che una forma di adozione di provvedimenti amministrativi che non altera la competenza né ha conseguenze per la configurazione dell'organo, il quale continua ad essere integrato da persone fisiche aiutate da mezzi materiali e retto dal suo titolare»[51].

Come si può, allora, qualificare giuridicamente l'algoritmo di *machine-learning*? È evidente che ci si trova davanti a un fenomeno del tutto nuovo, che il diritto non ha mai contemplato e per il quale, forse, esso non può fornire le risposte che gli studiosi auspicano per la risoluzione degli spinosi problemi in ordine alla sua applicazione. Ciononostante, guardando indietro nel tempo, alle radici stesse del nostro diritto, la memoria potrà assistere i più nel ricordo di

[48] La migliore dottrina riconosce, infatti, due elementi fondamentali nella nozione di organo: quello oggettivo, determinato dall'ufficio o dalla sfera di competenza, e quello soggettivo, rappresentato dalla persona fisica titolare dell'organo: M.S. GIANNINI, *Organi (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, 37 ss.; G. Marongiu, *Organo e ufficio*, in *Enc. giur.,* XII, Roma, 1990. Si veda, tuttavia, C. Esposito, *Organo, ufficio, soggettività dell'ufficio*, in *Annali dell'Università di Camerino (sez. giur.)*, CEDAM, Padova, 1932, VI, 251, che assume una posizione parzialmente diversa e non identifica l'organo con la persona fisica.

[49] Così I.M. Delgado, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Ist. fed.*, n. 3/2019, 652. Sulla primaria importanza dell'elemento personalistico, nella chiave di una rivisitazione della tradizionale *fictio*dell'immedesimazione organica, v. I. Monteduro, *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, in *Pers. e Amm.*, n. 1/2021, 78: se è vero, infatti, che «l'agente umano incardinato nell'organizzazione amministrativa subisce […] un'eclissi che artificialmente lo transustanzia, lo trasfigura, lo assorbe, riportandolo per una via o per l'altra, attraverso una sorta di gelida ..... giuridicamente coatta, all'uno-tutto della persona giuridica», è altrettanto vero che «il funzionario amministrativo è […] persona che assume su di sé come lavoro-dovere l'esercizio di una funzione amministrativa».

[50] Sull'imprescindibilità della persona nella configurazione dell'organo amministrativo v. A. FALZEA, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario. Atti del Convegno di Messina, 30 aprile - 5 maggio 1979*, Giuffrè, Milano, 1981, 149 ss., ora in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2010, III, 67 ss., spec. 88-89; S. Romano, *Organo*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, 154, secondo cui, «[s]e organo è un elemento dell'ente che ha la funzione di far volere e agire l'ente stesso, ne consegue che esso è un individuo che da solo o col concorso di altri individui ha siffatto compito, il quale non può essere assolto se non da persone fisiche».

[51] I.M. Delgado, *op. cit.,* 654.

una categoria di soggetti-cose, la quale, con un qualche sforzo immaginifico (non più grande di quello che vede nell'algoritmo di IA una riproduzione del cervello umano), può avere una sua utilità ai nostri fini.

Stiamo parlando degli schiavi a Roma.

"Cosa" erano gli schiavi secondo il diritto romano? Sappiamo che il giureconsulto Gaio distingueva il *jus* a seconda che riguardasse *personae*, *res* o *actiones*: orbene, lo schiavo, in quanto essere umano, veniva fatto rientrare tra le *personae* e tuttavia era, allo stesso tempo, una *res*, oggetto di proprietà e altri diritti soggettivi; più nel dettaglio, era una *res mancipi*[52].

Ciò che, però, qui interessa notare è che il diritto romano, con riferimento ai *delicta* commessi dallo schiavo, imputava una responsabilità oggettiva in capo al *dominus* che ne avesse attuale *potestas*[53]. Torna, qui, il tema della responsabilità e di come essa possa tranquillamente prescindere dall'attribuzione della personalità. Sul punto, non si pongono particolari differenze tra l'agente artificiale e lo schiavo: in entrambi i casi, infatti, la tutela di coloro che abbiano ricevuto un danno dall'attività dell'uno o dell'altro sarebbe meglio assicurata «dalle forme di responsabilità *lato sensu*vicaria… che non attribuendo diretta personalità e patrimonio all'agente artificiale autore del danno (e limitando in capo ad esso la responsabilità)»[54]. Questo perché, secondo l'orientamento oggi preferibile, i soggetti lesi dall'attività dell'agente artificiale godono delle illimitate, finanche cumulative, responsabilità patrimoniali del fabbricante, o "addestratore", o "custode", o utilizzatore della *res* intelligente; mentre la mera responsabilità diretta di quest'ultima, collegata alla "persona", «circoscriverebbe la responsabilità patrimoniale all'ammontare del patrimonio dell'ente robotico, così assurto a limitato capitale di rischio»[55].

Con riferimento al *software* "intelligente", si potrebbe, allora, immaginare una qualificazione giuridica analoga a quello di uno schiavo romano, cioè di aver a che fare con una *res*, che però è più di una *res*, ma meno di una *persona* (per ora non sembra il caso di spingersi oltre)? Se si rispondesse positivamente, parlare di organo amministrativo non sarebbe più appropriato: non si avrebbe più a che fare con un algoritmo-funzionario, ma con un oggetto servente al funzionario-persona fisica, pronto a rispondere delle decisioni assunte in autonomia dalla macchina.

La principale critica a questa tesi concerne l'esistenza o meno di una coscienza artificiale: lo schiavo rimane, infatti, una persona dotata di coscienza.

Spesso e volentieri si sente dire che l'intelligenza artificiale è "senza coscienza". Ma cos'è la coscienza? È possibile produrne una artificialmente? Si tratta di domande ancora senza risposta, anche se oggi è indubbio che l'agente artificiale non sia un essere senziente, cioè capace di sensazioni, di sentire piacere e dolore. È per questa ragione che l'IA non può neanche essere paragonata all'intelligenza di un animale[56]. Tutt'al più, potrebbe tracciarsi un parallelo con la pianta, in quanto "sensoriata", ovvero

[52] Per un approfondimento sulle *res mancipi*, v. A. Corbino, *Diritto privato romano. Contesti, fondamenti, discipline*, CEDAM, Padova, 2014, 552 ss.

[53] A. Corbino, *op. cit.*, 729-730.

[54] U. Ruffolo, *op. cit.*, 265.

[55] U. Ruffolo, *ibidem*.

[56] Art. 13 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE): «l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti».

dotata di sensori che le consentono di reagire all'ambiente esterno (proprio come la macchina), ma non cosciente[57].

In realtà, però, il fatto che l'intelligenza artificiale è "senza coscienza" non si pone in contrasto con il parallelismo tra programma informatico e schiavo romano[58], perché, nella concezione romana più antica del *servus*, la sua coscienza non rilevava ad alcun fine: egli era un "utensile che si muoveva e parlava"[59]. Ebbene, se, ad oggi, immaginarsi un *robot* che provi sentimenti appare fantascienza, *robots* che si muovono e parlano non lo sono di certo.

Potrebbe, invece, avere una sua utilità evidenziare come i giureconsulti romani, nell'individuazione della responsabilità *ex lege Aquilia de damno* in capo a chi avesse cagionato un danno non immediatamente e direttamente, bensì mediante uno strumento, anche "animato", come un animale o un servo, dessero più importanza al grado di autonomia dello strumento rispetto all'azione od omissione originaria del proprietario dello stesso che al fatto che si trattasse di esseri senzienti[60]: una constatazione che rafforzerebbe ancor di più l'ipotesi della possibile correlazione tra gli strumenti di IA e una *res* animata, quale lo schiavo (in particolare, ai fini della determinazione della responsabilità in capo all'amministrazione intesa come insieme di persone fisiche per i danni cagionati dall'agente artificiale).

Si tratta di un tema estremamente complesso e che lascia aperte molte domande, alle quali, però, sarebbe opportuno rispondere in considerazione della grande rilevanza della questione sulle garanzie procedimentali annesse all'emanazione della decisione amministrativa automatizzata.

---

[57] In questi termini, L. Lombardi Vallauri, *Algoretica e Informatica giuridica*, in *i-lex*, n. 1/2022, 34.

[58] La pensa diversamente G. Pesce, *op. cit.*, 64.

[59] GAIO, *Institutionum Commentarii Quattuor,* II, 17: «[v]i sono tre tipi di utensili: quelli che non si muovono e non parlano, quelli che si muovono e non parlano e quelli che si muovono e parlano». I primi, come notato da G. Pesce, *op. cit.*, 64, sono le cose inanimate, i secondi gli animali e i terzi gli schiavi.

[60] *Ex multis*, D. 9.2.11.5 (Ulpianus 18 ad ed.): «Item cu meo, qui canem irritaverat ed effecerat, ut aliquem morderet, quamvis eum non tenuit, Proculus respondit Aquiliae actionem esse: sed Iulianus eum demum Aquilia teneri ait, qui tenuit et effecit ut aliquem morderet: ceterum si non tenuit, in factum agendum» (Ugualmente Proculo rispose esservi l'azione aquiliana nei confronti di colui che abbia aizzato un cane e fatto sì che mordesse qualcuno, anche se non tenne il cane al guinzaglio: ma Giuliano afferma che è tenuto in base alla legge Aquilia solo colui che lo teneva al guinzaglio e fatto sì che mordesse qualcuno: se invece non lo tenne al guinzaglio, si può agire con l'*actio in factum*: trad. pers.). Preliminarmente, si deve notare che la lesione qui viene arrecata *corpore corpori*. Per Proculo, però, l'animale viene considerato al pari di un qualunque strumento d'offesa inanimato, non rilevando a nulla il suo personale arbitrio: così S. Lohsse, *Canem vel servum tenuit? D. 9.2.11.5 and the applicability of the 'actio legis Aquiliae' in cases involving inanimate objects used for killing,* in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, LXX, 2002, p. 271, secondo cui la differente posizione dei due giuristi nel caso in esame in merito alla tipologia d'azione processuale da concedere discende da una diversa interpretazione del comportamento dell'animale («Proculus regarded the dog as a kind of weapon like a sword or a beam. Julian's opinion then is explained by reference to the own will of the dog. An animal could not be regarded as a simple tool, so that an additional corporeal act by the person to be held liable is necessary»). Giuliano, più cautamente, riconosceva, invece, l'azione aquiliana diretta solo laddove l'animale fosse tenuto al guinzaglio, e ciò perché il guinzaglio in qualche modo determina un pieno controllo del *dominus* sull'animale, tale da azzerare l'arbitrio di quest'ultimo. Ciò si lega perfettamente a un tema molto caro alla giurisprudenza amministrativa in tema di automazione procedimentale, ossia il rispetto del principio di non esclusività, legittimando, così, lo svolgimento di una funzione amministrativa mediante algoritmi, anche nell'alveo di strumenti intelligenti, solo laddove si consenta uno spazio d'intervento all'uomo, diretto eventualmente anche a correggere l'operato della macchina: Cons. St., Sez. VI, n. 8472/2019, cit.; nonché cfr., da ultimo, l'art. 30, co. 3, del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36).

6. La soluzione del T.A.R. Lazio: conclusioni e prospettive.

Ritornando alla sentenza in commento, il T.A.R. Lazio ha dichiarato il difetto di giurisdizione in ordine alle contestazioni sul non corretto funzionamento del programma informatico, in quanto orientate – come già detto – a demolire un segmento dell'azione amministrativa privo di rilievo pubblicistico; ciò sull'assunto che «l'algoritmo, ossia il software, deve essere considerato a tutti gli effetti come un "atto amministrativo informatico"».

Il T.A.R., infatti, ha chiarito che una simile affermazione risulta condivisibile allorquando «l'utilizzo del mezzo informatico sia strumentale all'esercizio di un potere autoritativo di stampo pubblicistico», precisando successivamente che «solo laddove il programma informatico sia asservito a un procedimento amministrativo in senso stretto può essere affermato che la bontà della *regola informatica* che lo regola debba sempre essere conosciuta dal giudice amministrativo» (corsivo aggiunto).

Certamente, l'algoritmo (non il programma) costituisce una regola, una precisa modalità di esercizio del potere attribuito dalle disposizioni normative e, pertanto, frutto di un'interpretazione delle stesse.

Con riguardo al *software*, invece, l'affermazione del T.A.R. offre un ulteriore punto a favore della tesi sopra esposta. Se, infatti, esso acquisisse la qualifica di atto amministrativo informatico, dovrebbe assumersi sempre e comunque la giurisdizione del giudice amministrativo, come sostenuto dai ricorrenti. Diversamente, individuando la natura del *software* in un modulo operativo, un mero strumento, si comprende agevolmente come la regola algoritmica, espressa in linguaggio naturale nel *pre-software*, rifletta i poteri datoriali dell'amministrazione, i quali vengono poi incanalati nel circuito informatico mediante l'applicazione di un *software*, con correlate traduzione e codificazione delle singole operazioni nel linguaggio della macchina.

La giurisdizione poggia ovviamente, come ribadito dal T.A.R. Lazio, sulla natura delle situazioni giuridiche coinvolte nel contenzioso e non sulla tipologia di strumento, analogico o digitale, adoperato dall'amministrazione, per cui correttamente lo stesso T.A.R. ha ritenuto carente la propria giurisdizione nella fattispecie in esame.

Pur tuttavia, si registra un orientamento diverso da parte del Consiglio di Stato[61], chiamato a pronunciarsi su una procedura di mobilità di docenti, fattispecie che di per sé non si distanzia dalla sentenza in esame, avendo riguardo pur sempre a un segmento dell'attività della pubblica amministrazione rientrante nella più ampia gestione del rapporto di lavoro.

La diversa soluzione di Palazzo Spada parte da una considerazione preliminare: l'algoritmo, nella sua dimensione statica, costituisce «l'oggetto della volizione amministrativa preliminare con cui si opta per l'automazione»[62]. Una volta scelto, mediante quella che *supra* è stata definita la "delega algoritmica", la sequenza diviene il contenuto di un atto amministrativo, il *pre-software*.

Entrambi gli atti presentano una connotazione anche sul piano organizzativo. Se è vero, infatti, che l'algoritmo, in quanto sequenza di operazioni, incide sull'attività, in questo caso dell'amministrazione-datrice di lavoro, è altrettanto vero che la scelta di av-

[61] Sez. VI, 9 febbraio 2021, n. 1206, che ha riformato T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III-bis, 24 luglio 2020, n. 8732, la quale aveva dichiarato il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione.

[62] G. Gallone, *op. cit.*, 93.

valersi di *software* e le istruzioni impartite dal funzionario incidono sulla stessa organizzazione amministrativa, tanto che la gran parte della dottrina riconduce questi atti al potere di autorganizzazione della pubblica amministrazione[63].

Orbene, è nota la distinzione, nel pubblico impiego, tra atti di macro-organizzazione e atti di micro-organizzazione[64]: i primi concernono, in particolare, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici[65], i secondi la gestione del rapporto di lavoro[66].

Non vi è dubbio che la determinazione delle sedi di supplenza rientri nella gestione del rapporto di lavoro, sicché, avendo il *software* mera natura strumentale, dovrebbe ritenersi che anche l'atto preliminare, il *pre-software*, costituisca, al più, un atto di micro-organizzazione, come tale soggetto alla giurisdizione del giudice ordinario.

La domanda che ci si pone è se la volizione a monte di usufruire di simili strumenti, indipendentemente dalle singole determinazioni nelle diverse e puntuali attività (la c.d. delega algoritmica), possa essere qualificata come atto di macro-organizzazione, sì da poter essere impugnata innanzi al giudice amministrativo.

La risposta è certamente affermativa, giacché, nel caso di specie, le doglianze sollevate dai ricorrenti non sono incentrate su atti di mera gestione del rapporto di lavoro, ma sulla scelta organizzativa a monte relativa allo svolgimento della procedura in forma telematica.

In linea di massima, la decisione dell'amministrazione di avvalersi di *software* (e di algoritmi), genericamente intesi, è precipua rispetto a qualunque volizione inerente al concreto esercizio delle proprie funzioni – dunque, anche alla gestione del rapporto di lavoro – ed è contenuta in un atto amministrativo o regolamentare[67]. È su quest'ultimo che dovrebbe incentrarsi l'impugnazione davanti al giudice amministrativo, stante il profilo macro-organizzativo dello stesso cui prima si è fatto riferimento.

Una simile soluzione si rivela finanche l'unica ammissibile «a garanzia della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, atteso che i ricorrenti rimarrebbero diversamente privati del rimedio dell'annullamento dell'atto generale o normativo che ritengono viziato e che determina l'effetto del successivo atto meramente attuativo»[68].

Si tenga presente, inoltre, che il *pre-software*, pur essendo nel caso di specie un atto di micro- organizzazione, difficilmente potrebbe essere comunque oggetto di impugnativa autonoma, rappresentando solo una volontà in divenire, che trova compiuta attuazione con l'effettivo e successivo atto, adottato dall'amministrazione umana, che

[63] Cfr. A. Masucci, *op. cit.*, 54.

[64] *Ex multis*, Cons. St., Sez. V, 28 novembre 2013, n. 5684; 16 gennaio 2012, n. 138 e 20 dicembre 2011, n. 6705.

[65] Art. 2, co. 1, del d.lgs. 9 maggio 2001, n. 165: «[l]e amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive […]».

[66] Art. 5, co. 2, del d.lgs. n. 165/2001: «[n]ell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1, le determinazioni degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro […]».

[67] G. Gallone, *op. cit.*, 98.

[68] Così Cons. St., Sez. VI, n. 1206/2021, cit., le cui conclusioni si pongono lungo una ben precisa traccia della giurisprudenza amministrativa: decc. 2 ottobre 2017, nn. 4560 e 4567, 21 novembre 2017, n. 5409, 5 dicembre 2017, n. 5733 e 23 gennaio 2018, nn. 447 e 454.

attesta la correttezza di quanto svolto dalla controparte digitale[69].

Problemi decisamente più seri emergono probabilmente con riferimento alle forme di automazione avanzata o "intelligente". Una possibile configurazione organica dell'agente artificiale inciderebbe in maniera veramente rivoluzionaria lungo tutto il profilo organizzativo dell'amministrazione, prospettando degli scenari inediti: l'amministrazione-datrice di lavoro sarebbe, in quel caso, totalmente rappresentato da un organo di IA, il che attiene a profili di natura eminentemente amministrativa che prescindono dalla semplice gestione del rapporto di lavoro.

Nell'attesa, sempre più breve, di una piena implementazione della tecnologia "intelligente" nell'apparato amministrativo, le questioni giuridiche sul banco continuano a rimanere molteplici e di non immediata soluzione. Presumibilmente, ancora per molto, sarà la giurisprudenza a fornire le opportune chiavi di lettura nella configurazione di un nuovo e diverso modo di amministrare. Non si dimentichi che, finora, è stata quest'ultima a elaborare i principi-chiave per l'esercizio delle funzioni pubbliche mediante algoritmi e a delineare l'ambito applicativo. Sarà, dunque, verosimilmente compito dei giudici "modernizzare" l'attuale apparato amministrativo tanto sul piano organizzativo quanto su quello dell'attività, in quanto la materia è ancora in costante evoluzione e la legislazione non riesce ancora a cristallizzare orientamenti consolidati[70].

Pur tuttavia, appare evidente che la parola 'fine' potrà essere messa solo allorquando si chiarirà una volta per tutte cosa sia l'IA e, più in generale, come possano operare i *software* di automazione nell'esercizio dell'attività amministrativa genericamente intesa; il che postula una necessaria cooperazione dei tecnici e dei giuristi per l'elaborazione di una soluzione unitaria a livello normativo[71].

[69] Si tenga presente, altresì, che la volizione espressa nel *pre-software* è eminentemente potenziale, nel senso che soltanto a valle l'amministrazione fa proprio il prodotto dell'operazione algoritmica, sicché è quest'ultima «la prima e unica forma di manifestazione di volontà in grado di produrre effetti costitutivi all'esterno»: G. Gallone, *op. cit.*, 98-99, il quale conclude, con riferimento all'esercizio di un procedimento amministrativo mediante algoritmo – fattispecie, dunque, diversa da quella in esame, ove non si riscontra un procedimento amministrativo, ma un segmento inerente alla gestione del rapporto di lavoro –, che l'algoritmo «esprime una "volontà potenziale" e non compiutamente manifestata dell'Amministrazione che per divenire attuale necessita, a valle dell'operazione amministrativa di elaborazione affidata al software come mezzo istruttorio, dell'intervento umano».

[70] Si consideri, però, l'art. 30, co. 3, del d.lgs. n. 36/2023, che ha consacrato una volta per tutte i tre principi di legalità algoritmica, sia pur con riferimento a un segmento preciso dell'attività amministrativa: la valutazione delle offerte all'interno della procedura di selezione del contraente nell'ambito di contratti pubblici.

[71] Ad oggi, il tentativo più concreto a riguardo è Commissione Europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, in www.eur-lex.europa.eu, 21 aprile 2021. Per un inquadramento generale, esemplificato ma esaustivo, delle varie parti in cui si scompone la Proposta, si vedano G. Contissa, F. Galli, F. Godano, F. Sartor, *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Analisi informatico-giuridica*, in *i-lex*, n. 2/2021, 5-8; F. Donati, *Diritti fondamentali e algoritmi nella Proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale*, in A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), *op. cit.*, I, 111 ss.; A. Adinolfi, *L'Unione europea dinanzi allo sviluppo dell'intelligenza artificiale: la costruzione di uno schema di regolamentazione europea tra mercato unico digitale e tutela dei diritti fondamentali*, in S. Dorigo (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, 13 ss.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2925 – 20 ottobre 2023

Sulla giurisdizione estesa al merito del giudice dell'ottemperanza in ordine all'ingiunzione di pagamento di somme già pagate

(nota a Consiglio di Stato, sezione terza, 14 dicembre 2022, n. 10960)

Carmine Filicetti

Sommario: 1. La vicenda contenziosa. - **2.** La decisione. – **3.** Conclusioni.

1. La vicenda contenziosa.

La statuizione del Consiglio di Stato origina da una controversia di natura monitoria, in quanto la società appellata agiva per l'esecuzione del giudicato derivante da un decreto ingiuntivo del Tribunale di Cagliari al fine di ottenere il pagamento di una somma nei confronti di un'azienda sanitaria sarda.

Quanto deciso dal G.O. veniva portato all'attenzione del Tar sardo che, con la sentenza n. 124 del 14 novembre 2018, accoglieva il ricorso, dichiarando l'obbligo della P.A. di provvedere all'esecuzione del giudicato e, per il caso di persistente inadempimento, nominava commissario *ad acta*[1] il Direttore Generale dell'Assessorato alla Sanità della Regione Sardegna, con facoltà di delega.

Ricevuta la nomina dal Tar, il funzionario pubblico acquisiva la prova dell'avvenuto pagamento di tutte le fatture integranti la sorte capitale del decreto ingiuntivo azio-

[1] La dottrina sul commissario *ad acta* e sul giudizio di ottemperanza è molto vasta, a titolo non esaustivo ma significativo si rinvia ai contributi di: D. Vaiano, *Il commissario ad acta nel sistema dei giudizi di ottemperanza*, Roma, 1996; G. Orsoni, *Il commissario ad acta*, Padova, 2001; A. Cioffi, *Sul regime degli atti del commissario ad acta nominato dal giudice dell'ottemperanza*, in *I Tribunali Amministrativi Regionali*, 2001, 1, II, 1 ss.; V. Caputi Jambrenghi, *Commissario ad acta*, in *Enc. giur.*, Agg., Vol. VI, Milano, 2002, 284 ss.; S. D'Antonio, *Il commissario ad acta nel processo amministrativo: qualificazione dell'organo e regime processuale*, Napoli, 2012; S. Pignataro, *Il commissario ad acta nel quadro del processo amministrativo*, Bari, 2019.

nato e ne dava atto con una doppia nota a sua firma.

In sostanza il commissario *ad acta*, organo straordinario del giudice d'ottemperanza, espletava la sua funzione al fine di assicurare una piena tutela della P.A. oggetto di potere sostitutivo[2].

L'appellata notificava reclamo, affinché il Tribunale disponesse l'integrale esecuzione del decreto ingiuntivo; di contro il commissario *ad acta*, aveva dichiarato che nulla era più dovuto dall'azienda sanitaria cosicché l'appellata proponeva reclamo, con ricorso ex art. 114 avverso i predetti atti del commissario.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna con la sentenza n. 770 del 30 settembre 2019, accoglieva il ricorso, ritenendo – in conformità alla tesi della ricorrente – irrilevante il pagamento disposto dalla P.A. prima del decreto ingiuntivo.

L'azienda sanitaria soccombente proponeva appello, per ottenere la riforma della sentenza impugnata e il conseguente rigetto integrale del ricorso originario. In particolare, l'appellante articolava i motivi di ricorso in appello nei seguenti termini:

- l'erroneità della sentenza n. 770 del 30 settembre 2019 gravata, in quanto contrastante con il giudicato costituito dal decreto ingiuntivo n. 1443/2017 del Tribunale di Cagliari, la cui esecuzione era oggetto del giudizio di ottemperanza;
- il giudicato non può che essere eseguito attraverso l'esecuzione dei pagamenti in esso previsti, consistente nel pagamento delle fatture poste a base del provvedimento monitorio, ed eseguite dall'Azienda appellante.

2. La decisione.

Il giudice di secondo grado, prima di entrare nel merito della questione, svolgeva delle considerazioni di natura preliminare relative alla qualificazione dell'avvenuto incasso, nello specifico si soffermava sull'istituto dell'adempimento parziale dell'obbligazione, ex art.

1176 c.c., ed escludeva l'applicazione di questi al caso *de quo* in quanto la somma già corrisposta dalla P.A. in alcun modo poteva essere considerata di natura creditoria, sia a titolo di eccezione di compensazione che di altro; tale qualificazione trovava giustificazione in quanto il pagamento del debito risulta rilevante sul piano oggettivo, ed estingue l'obbligazione, anche se effettuato anteriormente alla sentenza che dispone la condanna al pagamento della somma[3].

Inoltre precisava che il requisito oggettivo dell'adempimento è la conformità della prestazione eseguita in relazione alla determinazione della prestazione dovuta che, nella specie, trattandosi di somma di denaro non poteva che consistere nell'esatta corrispondenza della somma versata a quella indicata nel decreto ingiuntivo di cui è stata chiesta l'esecuzione.

Orbene è indubbio che nella sentenza in commento, il giudice amministrativo veniva chiamato ad esercitare una giurisdizione estesa al merito[4], con la conseguenza che l'indagine doveva essere estesa alla propedeutica verifica dell'inadempimento da parte della P.A; invero, non si tratta di sollevare eccezioni che avrebbero dovuto essere

[2] Sulle funzioni del commissario *ad acta* si è espressa l'Ad. plen. 25 maggio 2021 n. 8.

[3] Cons di Stato Sez. IV, n. 3058 del 2021; Cass. civ., sez. I, n. 9912 del 2007.

[4] Cfr. ex *multis*, Cons. Stato, sez. IV, 12 aprile 2017, n. 1704; sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4638; cfr. in particolare, Cons. Stato, sez. V, 4 luglio 2018, n. 4093.

illustrate in sede di opposizione al provvedimento monitorio[5], bensì di rimarcare l'insussistenza dell'inadempimento, che costituisce il presupposto indefettibile della stessa ammissibilità del giudizio di ottemperanza, sicché il giudice è stato chiamato a valutare se e quali effetti abbia prodotto sul decreto ingiuntivo non opposto in ragione del successivo contratto transattivo intervenuto tra le parti, trattandosi di una questione preliminare di merito che il giudice è tenuto a risolvere per valutare se sussiste il diritto di agire in via esecutiva al fine di verificare se il diritto incorporato nel decreto ingiuntivo portato in esecuzione era realmente esistente oppure sia venuto meno per il pagamento già eseguito dal debitore, in epoca anteriore al decreto ingiuntivo.

Non a caso, l'avvenuto adempimento della intera somma rileva ipso iure, con la conseguenza che il debitore che ha pagato il suo debito, eseguendo la prestazione dovuta, resterà liberato dal debito non essendo mai giustificata dall'ordinamento una indebita locupletazione sotto qualsiasi forma[6].

Il rimedio generale dell'*exceptio doli* risponderebbe ad un principio di solidarietà che impone a ciascun contraente di esercitare i propri diritti selezionando, fra più modalità possibili, quella meno incisiva della sfera giuridica altrui, assecondando i canoni portanti del nostro ordinamento di correttezza e buona fede, che impongono al titolare del diritto di astenersi dal porre in essere condotte che, seppur formalmente lecite, si traducono in una lesione del diritto della controparte.

Il giudice si è soffermato a sottolineare come nel rapporto tra il privato e l'amministrazione vi sia l'obbligo dirispettare le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza.

Il Collegio si è dunque persuaso del principio per il quale – qualora il creditore abbia ottenuto una sentenza di condanna e in sede di esecuzione e chieda l'esecuzione, senza tenere conto dell'adempimento già effettuato in precedenza – si sia in presenza di un suo comportamento non corretto, che abilita il debitore a chiedere al giudice di esecuzione – sostanzialmente con una *exceptio doli* – di rilevare il precedente pagamento: una tale difesa, del resto, configura una eccezione in senso lato, dal momento che l'avvenuto pagamento, finanche parziale, può essere rilevato anche d'ufficio, quando emerga dagli atti[7].

L'aver agito in sede giurisdizionale per ottenere dall'amministrazione la totalità della somma dovuta, nonostante la stessa sia stata in precedenza incassata, connota la condotta dei privati per mala fede e scorrettezza e, dunque, il collegio ha ritenuto di accogliere integralmente l'appello condannando l'appellata alle doppie spese di giudizio.

3. Conclusioni.

L'attuazione del giudicato ed il delicato rapporto intercorrente tra questo e l'esecuzione dello stesso dinanzi al giudice dell'ot-

[5] Secondo il pacifico e costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, non è possibile dedurre in sede di opposizione all'esecuzione promossa in base a titolo di formazione giudiziale fatti estintivi, impeditivi o modificativi del diritto azionato anteriori alla formazione del titolo stesso (cfr., fra le tante: Cass. civ., VI, ordinanza 14 febbraio 2020, n. 3716).

[6] Sul diritto ad ottenere la restituzione dell'indebito in caso di doppio pagamento, Cass. civ., Sez. III, 15 febbraio 2019, n. 4528.

[7] Sul principio dell'*exceptio doli* il Cons. di Stato, sez. V, 22 marzo 2023, nel caso di specie, tratta di una fattispecie in cui si chiede di effettuare al giudice dell'ottemperanza un giudizio di cognizione di merito, non ammesso in quanto il giudicato copre il dedotto ed il deducibile.

temperanza[8] costituisce, da tempo, occasione di riflessione in ordine alla sua natura e alle divergenze che possono scaturire allorché si tratti di dare compiuta attuazione alle sentenze del giudice civile[9].

In una prospettiva costituzionale, il giudizio di ottemperanza non deve necessariamente modellarsi ed essere inquadrato sul processo esecutivo ordinario, attese le peculiarità funzionali del giudizio amministrativo, che può essere esteso al merito e dotato di potenzialità sostitutive e intromissive nell'azione amministrativa, non comparabili con i poteri del giudice dell'esecuzione nel processo civile.

Pertanto, nel nostro ordinamento, non esiste un principio costituzionalmente rilevante di necessaria uniformità di regole processuali tra i diversi tipi di processo (civile e amministrativo), potendo i rispettivi ordinamenti processuali differenziarsi sulla base di una scelta razionale del legislatore, derivante dal tipo di configurazione del processo e dalle situazioni sostanziali dedotte in giudizio.

In sostanza, il legislatore ha delineato due modelli fortemente diversificati: se da un lato il giudizio d'ottemperanza rappresenta il punto di caduta più avanzato del confronto fra il principio di effettività della tutela e il principio di separazione fra i poteri, dall'altro il giudizio esecutivo richiama in causa, oltre al principio di effettività della tutela, i diritti fondamentali della proprietà sui beni (e i crediti).

Il bilanciamento di tali principi è funzionale all'effettività della tutela giurisdizionale, garanzia riconosciuta dall'art. 24 Cost., che permette di poter agire in giudizio per la tutela dei propri diritti, tutela che ovviamente comprende anche la fase dell'esecuzione forzata[10].

È indubbio che la tutela in sede esecutiva sia componente essenziale del diritto di accesso al giudice: l'azione esecutiva rappresenta uno strumento indispensabile per l'effettività della tutela giurisdizionale poiché risulta essere l'unico mezzo capace di soddisfare le pretese creditorie in mancanza di adempimento spontaneo da parte del debitore.

Tuttavia, la fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, proprio in quan-

[8] Il giudizio di ottemperanza nasceva in stretta correlazione con l'attribuzione al giudice ordinario del potere della disapplicazione. Tale giudizio è, quindi, figlio dell'esigenza di garantire una più incisiva tutela rispetto al provvedimento illegittimo, ma nel rispetto del principio della separazione dei poteri. L'obbligo di conformarsi al giudicato civile è stato, in origine, concepito come obbligo dell'Amministrazione di annullare l'atto amministrativo disapplicato, annullamento precluso al giudice ordinario in virtù del principio di separazione dei poteri. Nel corso del tempo, dopo che la giurisprudenza ha esteso il rimedio anche alle sentenze del giudice amministrativo, regola oggi contenuta nell'art. 112 c.p.a., il giudizio di ottemperanza ha visto accentuarsi la funzione, strettamente connessa al riconoscimento della giurisdizione di merito, di sostituzione dell'Amministrazione (inottemperante) al fine di assicurare l'adempimento della pronuncia giurisdizionale, pur nella consapevolezza che detta sostituzione non avviene nell'esercizio del potere di cura dell'interesse pubblico attribuito dalla legge, ma solo con riferimento al *decisum* ottemperando (trovando titolo nella sentenza medesima).

[9] Una precisa ricostruzione in termini unitari dell'istituto dell'ottemperanza, sia con riferimento al giudicato civile sia a quello amministrativo, cfr.: F. Francario, *Il giudizio di ottemperanza. Origini e prospettive*, in Il Processo, 3/2018, 171-215, Id., *Giudicato e ottemperanza*, in F. Francario, *Garanzia degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa*, sez. II, Napoli, 2019; F. Taormina, *L'ottemperanza al giudicato. La giustizia nell'amministrazione, in Esecuzione civile e ottemperanza amministrativa nei confronti della p.a.,* Atti dei seminari tenuti presso il Consiglio di Stato (30 novembre 2017) e il Dipartimento di Giurisprudenza della Luiss Guido Carli (6 febbraio 2018), B. Capponi - A. Storto (a cura di), Napoli, 2018, 163-258; A. Storto, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, 139 e ss.; A. Police, *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici,* 181 e ss; G. Montedoro, *Esecuzione delle sentenze CEDU e cosa giudicata nelle giurisdizioni nazionali*, 199 e ss.

[10] Corte cost. 22 giugno 2021 n. 128.

to componente intrinseca ed essenziale della funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria, in ragione del fatto che "il principio di effettività della tutela giurisdizionale […] rappresenta un connotato rilevante di ogni modello processuale"[11].

Certamente uno dei casi che viene sottoposto in maniera regolare dinanzi al G.A., riguarda l'attuazione del giudicato contenente l'adempimento dell'obbligazione relativo al pagamento di una somma di danaro, derivante per lo più da provvedimenti di natura monitoria che, nel caso di specie, presenta la peculiare caratteristica di essere stata adempiuta, *ratione temporis,* dalla P.A. prima del decreto ingiuntivo.

La sentenza in commento è connotata dal particolare aspetto in ordine ai profili cognitori – di regola rimessi al G.O. – che nel caso di specie vengono esercitati dal G.A. il quale, per l'appunto, estende la propria valutazione non solo all'ottemperanza pura e semplice, ma interviene ed estende il suo potere decisorio a delle valutazioni prodromiche utili a verificare se il diritto portato in sede di ottemperanza sia ancora esistente o meno.

La decisione, dunque, ricalca i precedenti giurisprudenziali del Consiglio di Stato che sul punto sono abbastanza fermi nel mantenere inalterato l'orientamento assunto[12].

In virtù della natura del giudizio di ottemperanza, il giudice amministrativo esercita una giurisdizione estesa al merito[13], ove si afferma che rientra nel perimetro della cognizione del giudice dell'ottemperanza valutare se e quali effetti abbia prodotto sul decreto ingiuntivo il successivo contratto transattivo intervenuto tra le parti.

Il dato temporale dell'adempimento dell'obbligazione di pagamento, seppur consente in un primo momento di azionare il processo monitorio non è sufficiente a condannare l'obbligato anche in sede amministrativa, poiché si realizzerebbe di fatto una ripetizione di pagamento.

Non a caso, ove il giudice dell'ottemperanza venga chiamato a risolvere tali questioni questi deve svolgere delle valutazioni preliminari utili a stabilire se sussiste il diritto di agire in via esecutiva, al fine di verificare se il diritto incorporato nel decreto ingiuntivo portato in esecuzione sia attualmente esistente o sia venuto meno per volontà delle parti.

Del resto, l'adempimento parziale rileva *ipso iure*, con la conseguenza che il debitore che ha pagato in parte il suo debito – se è condannato a pagare il credito per l'intero – resterà obbligato solo per la differenza, non essendo mai consentita dall'ordinamento una indebita locupletazione sotto qualsiasi forma[14].

Deve, dunque, essere dato il giusto risalto ai relativi doveri e comportamenti gravanti reciprocamente su amministrazione e privato.

Sebbene dalla giurisprudenza sia costantemente ricordato, forse in maniera risonante, in riferimento alla condotta tenuta dall'amministrazione, che ai sensi dell'art. 97 Cost. deve agire con imparzialità e in ossequio al principio del buon andamento,

[11] Corte cost. 5 dicembre 2018 n. 225.

[12] Nella risoluzione di una vicenda abbastanza analoga il Cons. Stato sez. IV, n. 3058 del 2021 è addivenuto alle stesse conclusioni richiamando i medesimi principi.

[13] Cons. Stato, sez. IV, 12 aprile 2017, n. 1704; sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4638; cfr. in particolare, Cons. Stato, sez. V, 4 luglio 2018, n. 4093.

[14] *Ex plurimis*, sul diritto ad ottenere la restituzione dell'indebito in caso di doppio pagamento, Cass. civ., Sez. III, 15 febbraio 2019, n. 4528

anche al fine di ritenere sussistenti forme di responsabilità della stessa[15], tale attenzione grava e deve essere richiesta in maniera parimenti pregnante alla parte privata[16], onerata ad agire secondo le clausole generali di correttezza e buona fede, i cui principali riferimenti normativi si trovano negli articoli 1175 e 1375 del codice civile ai quali, com'è noto, devono essere improntati i rapporti fra i consociati tenuti, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, al rispetto dei doveri inderogabili di solidarietà[17].

A tale scopo e a maggior tutela dei privati, sprovvisti delle competenze necessarie a svolgere valutazioni di tipo tecnico, è certamente invocabile una maggiore cautela da parte dei legali che dovrebbero far desistere la parte assistita ad intraprendere azioni infruttuose in virtù della responsabilità professionale che caratterizza la prestazione d'opera intellettuale, di cui all'art. 2229 c.c., instaurata col proprio cliente.

[15] In generale, Cons. Stato, sez. V, 10 agosto 2018, n. 4912; sez. III, 16 maggio 2018, n. 2920; con specifico riferimento alla responsabilità precontrattuale, Cons. Stato, sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237; sez. V, 2 maggio 2017, n. 1979; sez. IV, 23 agosto 2016, n. 3671; Ad. Pl., n. 5 del 2018.

[16] **[PER AUTORE: inserire testo nota 16]**

[17] Cfr., Cons. Stato, sez. II, 4 giugno 2020, n. 3537.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2887 – 22 settembre 2023

Responsabilità dell'amministrazione tra affidamento legittimo od incolpevole

(nota a Cassazione Civile, Sezioni Unite, 19 gennaio 2023, n. 1567)

Cristina Fragomeni

Sommario: 1. La vicenda – **2.** Gli argomenti adoperati dalle Sezioni Unite. La qualificazione giuridica dell'affidamento riposto dal privato nella condotta della pubblica amministrazione. – **3.** La rilevanza della conformità dell'azione amministrativa ai canoni di buona fede e correttezza. Uno sguardo all'evoluzione giurisprudenziale. – **4.** Ancora incertezze sulla giurisdizione? La natura della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione dell'affidamento incolpevole. – **5.** Conclusioni.

1. La vicenda.

Una società a responsabilità limitata è proprietaria di terreni aventi destinazione agricola e rientranti in un progetto di trasformazione che subordina il completamento di un esistente «tessuto residenziale» urbano alla «piantumazione preventiva» dell'area ad opera del soggetto interessato, nel termine di sei mesi.

La società attrice presenta il progetto di piantumazione preventiva, che incontra l'approvazione della Giunta municipale, e la proposta di piano attuativo, assoggettata a valutazione di impatto ambientale. Ad intervento di piantumazione avviato, sopraggiunge la sentenza 27 febbraio 2015, n. 576, del TAR Lombardia (confermata dal Consiglio di Stato con sentenza 28 giugno 2016, n. 2921), con cui, all'esito del ricorso proposto da terzi, si dispone la caducazione dello strumento pianificatorio.

La società in questione si rivolge al giudice ordinario per ottenere il risarcimento del danno patito per lesione dell'affidamento da essa riposto nella legittimità della deliberazione recante l'approvazione, da parte del Consiglio comunale, del Piano di Governo del Territorio. Il Comune si costituisce in giudizio eccependo il difetto di giurisdizione del giudice ordinario e chiedendo il rigetto della domanda, ritenuta infondata. Il Tribunale di Milano accoglie la domanda e condanna l'amministrazione al risarcimento del danno cagionato.

Il Comune propone appello contro la decisione, che viene rigettato dalla Corte d'Appello di Milano. In sede di appello,

l'errore commesso dall'amministrazione comunale è individuato nella sottrazione «dal computo della superficie urbanizzata di quella destinata ad attrezzature pubbliche o di uso pubblico d'interesse comunale o sovracomunale», non essendosi correttamente interpretato l'art. 84 Norme Tecniche Att. Piano Territoriale di Coordinamento Provinciale. È esclusa la devoluzione della controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sul rilievo per cui alla radice di essa si pone un comportamento tenuto dall'amministrazione, indipendentemente dal rispetto di regole procedimentali. Il differente radicamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo presuppone l'inquadramento della condotta complessiva dell'amministrazione in un contesto di carattere pubblicistico, con annessa sussistenza di una connessione tra la condotta medesima e l'esercizio del potere.

L'affidamento è, in questa sede, qualificato alla stregua di una «situazione autonoma», in quanto tale meritevole di tutela, la cui lesione presenta un diritto soggettivo in qualità di *causa petendi*. Nel giudizio della Corte, ai fini del consolidamento dell'affidamento della società appellata, rivestono rilievo le rassicurazioni prospettate, nel corso delle riunioni tecniche, dai funzionari comunali ai rappresentanti della società in ordine alla legittimità dell'attività svolta nonché del PGT oggetto di impugnazione, contestualmente escludendo l'esigenza di espletare verifiche aggiuntive ovvero valutazioni di carattere ambientale. Né il contenuto delle predette riunioni è stato smentito in giudizio da parte dello stesso Comune.

A sostegno della propria tesi, il giudice di seconde cure richiama l'orientamento giurisprudenziale sulla scorta del quale la lesione dell'affidamento nella correttezza della condotta della pubblica amministrazione determina il sorgere di un regime di responsabilità relazionale o da contatto sociale qualificato.

Il Comune propone ricorso per cassazione contro la pronuncia resa dalla Corte d'Appello.

2. Gli argomenti adoperati dalle Sezioni Unite. La qualificazione giuridica dell'affidamento riposto dal privato nella condotta della pubblica amministrazione.

La pronuncia che si annota affronta le tematiche della qualificazione giuridica nonché della tutela dell'affidamento e dei confini della giurisdizione del giudice amministrativo.

Il Comune sottopone alla Corte di Cassazione la questione afferente al difetto di giurisdizione del giudice ordinario, censurando la decisione della Corte d'Appello nella parte in cui ricostruisce l'affidamento come situazione giuridica dotata di autonomia. Sostiene l'ente ricorrente che l'affidamento integri, diversamente, un criterio alla cui stregua condurre la valutazione in ordine al comportamento tenuto dalle parti. Nel rapporto amministrativo, l'affidamento dovrebbe ricondursi alla situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo, in quanto la sua lesione sarebbe connessa all'esercizio del potere amministrativo; e anche laddove la posizione rivestita dalla società attrice sia qualificabile in termini di diritto soggettivo sussisterebbero gli estremi della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, considerando che l'affidamento di cui è lamentata la lesione trae origine «dall'esercizio di un potere in materia urbanistica ed edilizia».

Il motivo di impugnazione è ritenuto infondato dalla Suprema Corte. Del pari infondate, a giudizio della Corte, sono le contestazioni di parte ricorrente dell'elemento soggettivo dell'illecito, della profilazione dell'affidamento incolpevole, del carattere ingiusto del danno, del nesso eziologico tra quest'ultimo e il comportamento dell'amministrazione.

La violazione della fiducia riposta dalla società nella coerenza e nella non contraddittorietà della condotta amministrativa fonda, nel giudizio delle Sezioni Unite, l'integrazione dell'illecito. Le scaturigini del danno sono individuate dalle Sezioni Unite nella lesione dell'affidamento riposto dal privato sulla legittimità del provvedimento amministrativo o, meglio, nella fattispecie complessa integrata, oltre che dalla predetta illegittimità, da circostanze rivelative dell'inosservanza delle regole di correttezza e buona fede cui deve ispirarsi la condotta dell'amministrazione; l'idoneità di quest'ultima a determinare la formazione della «fiducia incolpevole» deve essere valutata in relazione al caso concreto.

La condotta amministrativa difforme dai canoni di correttezza e buona fede, lesiva dell'affidamento del privato, si colloca su un piano differente rispetto a quello della scansione procedimentale culminante nel provvedimento amministrativo; in termini diversi, il comportamento della pubblica amministrazione, secondo le Sezioni Unite, non intrattiene alcun collegamento con l'esplicazione del potere amministrativo. Sorreggerebbe tale conclusione la circostanza che la società abbia fatto valere non l'illegittimità del provvedimento amministrativo, ma il comportamento tenuto dall'amministrazione, determinante nella parte in cui questa «ha insistito per l'attuazione dell'intervento programmato e fornito assicurazioni in ordine alla legittimità dello stesso, escludendo la necessità di approfondimenti istruttori e suscitando in tal modo un affidamento incolpevole, la cui lesione costituisce quindi il vero fondamento della pretesa risarcitoria».

La nozione di affidamento ha faticato a rinvenire un terreno fertile nel diritto amministrativo nazionale, in ragione della sua estraneità rispetto al diritto pubblico, così come affermata nella giuspubblicistica tedesca[1]. Carattere decisivo per la maturazione dibattito sull'argomento rivestono gli studi condotti da Merusi nel corso degli anni Settanta del secolo scorso[2], che forniscono stimolo alla riflessione dottrinale successiva[3]. La garanzia dell'affidamento è dapprima collocata nella fase di adozione del provvedimento amministrativo: la tutela relativa viene, in tal modo, a qualificarsi come «applicazione di una norma integrativa della decisione», connessa allo spiegarsi del potere discrezionale e, dunque, alla ponderazione degli interessi operata all'insegna del principio di ragionevolezza. Laddove, diversamente, la pubblica amministrazione debba riconsiderare una sua precedente determinazione, la tutela dell'affidamento è individuata in un bilanciamento che annovera tra gli interessi da considerare lo stesso affidamento[4].

---

[1] Il riferito scetticismo nutrito dalla dottrina muoveva dalla centralità conferita all'interesse pubblico, che non poteva costituire oggetto di una disciplina sinallagmatica, come nel diritto civile. G. Mannucci, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2023, 20-21.

[2] F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, 1970.

[3] La dottrina successiva agli studi condotti da Merusi ha coltivato l'idea di un sindacato sull'affidamento concentrato sul piano provvedimentale, giungendo anche ad anticipare la formazione dell'affidamento allo stadio del procedimento, in ragione della preventiva determinazione dei profili della decisione (vedi *infra*). Sul punto: G. Mannucci, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, cit., 26-27.

[4] G. Mannucci, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, cit., 23 ss.

È nota l'acquisizione secondo cui l'*ubi consistam* della tutela dell'affidamento è costituito dal principio di buona fede[5]. Precisamente, tale tutela è intesa come protezione della situazione soggettiva in cui versa chi ripone fiducia nell'altrui comportamento conforme a buona fede[6]. Il principio dell'affidamento si pone come estrinsecazione del principio di buona fede oggettiva[7], di cui si distinguono due accezioni: buona fede oggettiva latamente intesa come obbligo di comportarsi secondo una correttezza determinabile non sul piano astratto, ma in relazione alla fattispecie concreta e alle sue «implicazioni con le istanze della costituzione economico-materiale»; buona fede oggettiva strettamente intesa come divieto di ledere l'aspettativa alimentata dalla propria condotta in un altro soggetto. Alla prima accezione corrisponde una nozione di affidamento quale aspettativa che tutti i soggetti dell'ordinamento con cui si interagisce osservino «lo *strictum jus*» nonché le regole di correttezza scaturenti dal principio di buona fede. All'accezione ristretta di buona fede oggettiva si riconnette l'affidamento «come aspettativa di coerenza rispetto a un precedente comportamento dell'amministrazione»[8]. Peculiare dell'affidamento è, dunque, il parametro di giudizio adoperato, rappresentato dall'assetto degli interessi anteriormente esistente[9].

Altrettanto conosciute sono le radici del legittimo affidamento: frutto dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, i relativi elementi costitutivi, così come emergenti dalla stessa giurisprudenza europea, sono: *a)* quello temporale, consistente nell'avvenuto decorso di un lasso di tempo che possa essere fondamento della certezza del diritto; *b)* quello oggettivo della preesistenza in capo al privato di una situazione giuridica di vantaggio, che derivi da un provvedimento espresso o dal silenzio; *c)* l'elemento soggettivo, individuato nella convinzione in ordine alla legittimità del provvedimento[10].

---

[5] La buona fede, lungi dal costituire una riproduzione dell'interesse pubblico rimesso alla cura dell'amministrazione, corrisponde ad un principio generale che trova applicazione nei riguardi di qualsivoglia attività, sia essa di diritto pubblico ovvero di diritto privato. In tal senso, M.G. Pulvirenti, *Considerazioni sui principi di collaborazione e di buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, 1, 118. L'Autore respinge l'orientamento favorevole alla sottrazione dell'attività amministrativa, in quanto attività di pubblico interesse, ad una parte consistente della disciplina privatistica (in argomento, si veda, ad esempio, M. Giorgianni, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 391 ss.).

[6] M.C. Cavallaro, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2022, 2, 139. In termini più puntuali, per quanto rileva in questa sede, come statuito dal Consiglio di Stato, l'affidamento integra «un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività». Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 5011/2020.

[7] F. Roselli, *Appunti sull'affidamento come principio generale vincolante anche i soggetti pubblici*, in *Giustizia Civile*, 2021, 2, 383.

[8] Si tratta di distinzioni poste in luce da M. Trimarchi, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2022, 2, 76-77.

[9] Occorre precisare, com'è stato opportunamente evidenziato, che l'affidamento integra «uno dei possibili elementi indicativi della correttezza», costituendo esclusivamente quest'ultima l'oggetto dell'accertamento condotto dal giudice. In tal senso, F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, 202.

[10] G. della Cananea, *I principi del diritto pubblico globale*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, 2012, 70. Quanto all'ultimo elemento tra quelli elencati, la giurisprudenza nazionale ha chiarito che, affinché la lesione dell'affidamento nel provvedimento favorevole annullato determini il sorgere della responsabilità della pubblica amministrazione, è necessario il «ragionevole convincimento» del destinatario in ordine alla legittimità del provvedimento medesimo. La responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento è, di conseguenza, esclusa nell'ipotesi di evidente illegittimità ovvero laddove il destinatario abbia avuto contezza dell'avvenuta impugnazione del provvedimento. In tal senso, Ad. Plen., n. 19/2021.

Il legittimo affidamento trova un valido riscontro nella legge sul procedimento. Più puntualmente, il riconoscimento del corrispondente principio era già desumibile, in via ermeneutica, dall'art. 1, nella parte in cui contiene il richiamo, mobile[11], ai principi dell'ordinamento comunitario[12]. Lo stesso principio trova, poi, specificazione negli artt. 2 *bis*, 21 *quinquies* e 21 *nonies*[13]. Su tale linea, è stato rilevato che la determinazione della misura della tutela dell'affidamento è operata *ex lege*[14], e non più in via interpretativa.

Non risulta superfluo, in questa sede, ricordare il progresso compiuto con la L. n. 15/2005, introduttiva, nel testo dell'art. 1 della legge sul procedimento, al comma 2 *bis*, dell'espresso riferimento ai principi di collaborazione e buona fede che devono ispirare il rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino[15]. Le regole di condotta menzionate hanno carattere bilaterale, in quanto concernenti un rapporto partecipato[16]; la loro inosservanza comporta la produzione di un vizio del provvedimento, per violazione di una norma di legge[17].

Ciò posto, occorre precisare che le Sezioni Unite, nella pronuncia in commento, assumono come determinante una nozione di affidamento che ritengono differente rispetto a quella tipizzata ai sensi dell'art. 21 *nonies* della legge sul procedimento e, in generale, rispetto a quella ravvisabile nell'ambito dell'autotutela. Stando alla pronuncia in commento, l'affidamento che viene in rilievo nella fattispecie in disamina si sostanzia in una situazione autonoma, come evidenziato in sede d'appello, di per sé meritevole di tutela (prescindendo dalla connessione con l'interesse pubblico). La nozione a cui riferisce la Corte di Cassazione è quella civilistica di affidamento incolpevole[18], desumibile dagli artt. 1337 e 1338, c.c., connotata dalla sussistenza del coefficiente soggettivo dell'incolpevolezza, che funge da «contemperamento tra la tutela della fiducia, fondata sulla buona fede, e il principio di autoresponsabilità»[19]. L'incolpevolezza dell'affidamento postula una condotta altrui che abbia ingenerato un'aspettativa idonea a porsi alla radice del comportamento lesivo, circostanza efficacemente esemplificata dal trinomio fiducia – delusione della fiducia – danno conseguente alla condotta ispirata alla fiducia mal riposta. Come evidenziato da accorta

[11] In tal senso, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2020, 391.

[12] Invero, l'esplicito richiamo al legittimo affidamento era stato previsto in sede di riforma della legge sul procedimento amministrativo, ma successivamente rimosso in occasione dell'approvazione definitiva della legge 11 febbraio 2005, n. 15. La soppressione, che ha riguardato anche i principi di efficienza e proporzionalità, è stata motivata in relazione all'assodata presenza dei principi in discorso all'interno dell'ordinamento nazionale, garantita dal richiamo all'ordinamento comunitario. In tal senso, M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, 2012, 161.

[13] Cass., Sez. Un., n. 8236/2020.

[14] G. Tulumello, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra* ideologia *e dogmatica*, in R. Ursi, G. Armao, C. Ventimiglia (a cura di), Liber Amicorum *per Salvatore Raimondi*, Editoriale Scientifica, 2022, 363.

[15] Secondo Cass., Sez. Un., n. 12428/2021, l'art. 1, comma 2 *bis*, L. n. 241/1990, imprimerebbe alla nozione di buona fede la funzione «di modellare l'esercizio del potere fronteggiato dall'interesse legittimo».

[16] Ad. Plen., n. 20/2021.

[17] M.G. Pulvirenti, *Considerazioni sui principi di collaborazione e di buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*, cit., 116.

[18] Nel quadro del dibattito dottrinale più recente, la posizione di un confine tra l'affidamento legittimo e l'affidamento incolpevole ad un'impostazione intermedia tra quelle pubblicistica (che propugna l'applicazione della tutela ponderativa ad ambiti ulteriori rispetto a quello dell'autotutela) e privatistica (che intende elevare la buona fede a «parametro di validità» dell'intera attività amministrativa). In tal senso, G. Mannucci, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, cit., 33 ss.

[19] M. Trimarchi, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 79.

dottrina, l'affidamento è qualificabile come incolpevole e suscettibile di tutela nella misura in cui risulti idoneo a rivestire «efficacia causale» rispetto ad una data condotta lesiva[20]. Affinché, poi, la condotta possa dirsi causativa del danno è necessario che sia positivamente valutata la sua idoneità a spingere un soggetto diligente al compimento di scelte dannose[21].

La differenza tra le due nozioni di affidamento richiamate può cogliersi in quanto segue. Se la delusione dell'aspettativa del cittadino si inquadra in un contesto di rapporti privatistici, l'amministrazione andrà incontro ad una responsabilità per lesione dell'affidamento incolpevole. Diversamente, la delusione dell'aspettativa del privato che si consumi sul piano dei rapporti di matrice pubblicistica determinerà l'integrata violazione dell'affidamento legittimo. È stato, infatti, constatato che i principi che reggono l'attività amministrativa hanno una connotazione obiettiva e precludono la considerazione di elementi di carattere personale sovente sottesi alla formazione dell'affidamento incolpevole. In tal senso, nel diritto amministrativo, non si discorre di affidamento incolpevole, bensì di affidamento legittimo. Il ricorso a «categorie interprivatistiche» sarebbe, così, preordinato alla dissociazione tra la tutela della legittimità dell'attività amministrativa e quella dell'affidamento; in tale ultimo ambito, l'amministrazione è equiparata ad un soggetto privato: il suo agire è vincolato anche al rispetto dei canoni di correttezza e buona fede[22].

3. La rilevanza della conformità dell'azione amministrativa ai canoni di buona fede e correttezza. Uno sguardo all'evoluzione giurisprudenziale.

La controversia in commento evoca il confronto tra differenti orientamenti giurisprudenziali.

In tempi risalenti, il Consiglio di Stato ha qualificato la buona fede e la correttezza come parametri, afferenti esclusivamente all'autonomia privata, «alla cui stregua il giudice ordinario risolve i conflitti intersoggettivi nascenti dal loro mancato rispetto». A mente dello stesso orientamento, il giudizio amministrativo sarebbe preordinato alla conduzione di un «controllo di legalità delle modalità» di svolgimento dell'attività amministrativa, alla luce dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento. Il carattere eventualmente illecito del comportamento dell'amministrazione, che apre la strada al risarcimento del danno cagionato al privato, sarebbe, dunque, determinato dall'illegittimo esercizio della funzione amministrativa, a sua volta riconducibile all'adozione di un provvedimento *contra legem* ovvero alla mancata adozione di un provvedimento dovuto, ma non ad una valutazione della condotta amministrativa sotto i profili della buona fede e della correttezza[23]. Tale conclusione si pone in netta antitesi rispetto a quelle elaborate dalle Sezioni Unite a partire dalle note ordinanze gemel-

[20] F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 827.

[21] F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., 825.

[22] Si tratta di riflessioni di C. Napolitano, *Legittimo affidamento e risarcimento del danno: la Plenaria si pronuncia (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021.

[23] Cons. Stato, Sez. V, n. 6389/2002.

le nonché dalla giurisprudenza amministrativa successiva.

Con le ordinanze nn. 6594, 6595, 6596 del 2011, le Sezioni Unite hanno riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario in materia di risarcimento del danno subito per lesione dell'affidamento nella legittimità di un provvedimento illegittimo, ampliativo della sfera giuridica del privato, rimosso in sede di autotutela ovvero *ope judicis*. Aderendo all'*iter* argomentativo seguito dalla Corte, dell'atto annullato residua il «mero comportamento» degli organi che hanno provveduto all'emanazione, con conseguente imputazione, in applicazione del principio di immedesimazione organica, alla pubblica amministrazione della responsabilità per violazione dell'art. 2043, c.c., per inosservanza del principio del *neminem laedere*, avendo essa alimentato, tramite l'«apparente legittimità» del provvedimento, l'affidamento del privato.

La dottrina immediatamente successiva alle tre pronunce vi ha riconosciuto il merito di aver ampliato la tutela dell'affidamento del cittadino nell'operato dell'amministrazione, ampliamento che si pone come corollario dell'applicazione all'azione amministrativa delle regole di correttezza e buona fede[24]. I contestuali dubbi che sono stati manifestati hanno interessato il versante della compatibilità della soluzione elaborata con la regola della concentrazione delle tutele, applicazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale. In ottemperanza a tale regola, la domanda risarcitoria dovrebbe rientrare nella cognizione del giudice amministrativo a cui sia stato richiesto l'annullamento del provvedimento illegittimo. A tale osservazione si è obiettato che la tutela risarcitoria, ritenuta in quella sede l'unica invocabile[25], mira a compensare un danno cagionato all'esito del venir meno ai doveri comportamentali facenti capo al soggetto pubblico, prescindendo da considerazioni in merito all'esercizio del potere. Di conseguenza, pregiudicato l'affidamento del privato, gli aspetti risarcitori afferenti alla lesione dell'affidamento medesimo dovrebbero essere esaminati avuto riguardo al caso concreto[26].

Sempre in senso critico rispetto all'approdo registrato con le ordinanze gemelle, si è rimarcato che il provvedimento annullato costituisce, in ogni caso, estrinsecazione del potere pubblico e che, pertanto, il pregiudizio inferto deve essere sottoposto alla cognizione del giudice amministrativo, perlomeno nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva[27]. Nel tentativo di confutare tale argomento, le Sezioni Unite hanno ribadito l'originarsi della lesione non dal provvedimento, bensì dall'inosservanza delle regole di correttezza e buona fede[28].

Nella giurisprudenza amministrativa ha gradualmente trovato conforto la configura-

[24] F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, 2021, 1, 10.

[25] Precisamente, l'azione risarcitoria, in quella determinata fattispecie, ha costituito l'unico mezzo adoperabile per tutelare il «diritto soggettivo all'integrità patrimoniale» e non un ulteriore mezzo di tutela dell'interesse legittimo rispetto a quelli demolitorio e conformativo, come nell'ambito della giurisdizione di legittimità. In tal senso, R. Caponigro, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *www.federalismi.it*, 2011.

[26] C. Napolitano, *Potere amministrativo e lesione dell'affidamento: indicazioni ermeneutiche dall'Adunanza Plenaria*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2022, 35.

[27] In tal senso, M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad. plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in *www.federalismi.it,* 2011.

[28] Cfr. Cass., Sez. Un., n. 8236/2020, in cui si ripercorrono le ragioni sottese all'orientamento inaugurato dalle ordinanze gemelle.

zione in termini di responsabilità dell'*agere* amministrativo difforme dai canoni di lealtà e correttezza. Si è precisato che il sorgere della «responsabilità da comportamento», che si affianca alla responsabilità «da provvedimento», prescinde da valutazioni in punto di legittimità del provvedimento amministrativo. Si pensi all'ipotesi di rimozione in sede di autotutela di atti di gara legittimi a causa del comportamento negligente tenuto dall'amministrazione; nel qual caso risulterà integrata la violazione dell'obbligo di buona fede – correttezza nella fase delle trattative, da ricondursi al paradigma della responsabilità precontrattuale[29].

Nella fattispecie della responsabilità da comportamento scorretto, la distinzione tra regole di diritto pubblico e regole di diritto privato, che operano in modo sinergico e contestuale, è tracciata per evidenziare la diversità degli effetti prodotti dalle rispettive violazioni: invalidità provvedimentale, nel primo caso, e responsabilità, nel secondo. La delineazione del regime di responsabilità a carico dell'amministrazione presuppone un comportamento, oltre che lesivo dell'affidamento incolpevole, oggettivamente difforme rispetto ai doveri di lealtà e correttezza; la soggettiva imputabilità all'amministrazione della violazione, dolosa o colposa, dei doveri di correttezza; la produzione delle prove, da parte del privato, in ordine al danno – evento, al danno – conseguenza, ai nessi di causalità intercorrenti tra essi e la condotta scorretta imputata all'amministrazione[30].

4. Ancora incertezze sulla giurisdizione? La natura della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione dell'affidamento incolpevole.

Per quanto strettamente attiene alla questione di giurisdizione, nella giurisprudenza successiva alle ordinanze gemelle non sono mancate oscillazioni, manifestandosi propensioni talvolta per l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario (insistendo sulla lesione di un diritto soggettivo)[31], talaltra per l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo[32].

Nella vicenda in esame, il Comune ricorrente colloca a fondamento delle proprie ragioni l'indirizzo giurisprudenziale che pone entro i confini della giurisdizione del giudice amministrativo l'esercizio dell'azione risarcitoria conseguente alla lesione dell'affidamento riposto dal privato nella legittimità dell'atto amministrativo successivamente annullato, concependo l'affidamento come «mero riflesso dell'azione amministrativa illegittima», incapace di influire sulla giurisdizione[33]. Tale orientamento, che la Suprema Corte ritiene definitivamente superato, è da inquadrarsi nel novero delle pronunce suc-

[29] F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., 852. Secondo l'Autrice, l'evidenziata connessione tra il dovere di correttezza che vincola una parte e l'onere di diligenza gravante sull'altra non sarebbe stata adeguatamente approfondita dalla giurisprudenza amministrativa.

[30] Cfr. Ad. plen., n. 5/2018. In questa sede, il comportamento scorretto dell'amministrazione è stato ritenuto incidente su un diritto soggettivo, precisamente «sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali».

[31] Cass., Sez. Un., n. 17586/2015; n. 19171/2017; n. 22435/2018; n. 6885/2019.

[32] Al di là del riparto di giurisdizione, molte nubi si addensano anche in ordine alla corretta individuazione della giurisdizione dello stesso giudice amministrativo: sul punto, F. Francario, *L'incerto confine tra giurisdizione di legittimità e di merito*, in questa *Rivista*, 22 giugno 2023.

[33] Cass., Sez. Un., n. 8057/2016.

cessive alle ordinanze gemelle delle Sezioni Unite, che si discostano dall'indirizzo in esse espresso[34].

Sul punto, le Sezioni Unite, nell'ordinanza che si annota, chiariscono che «perché sussista la giurisdizione del giudice amministrativo, è necessario, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, che la *causa petendi* si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo, ciò che non accade quando la causa del danno di cui il privato chiede il risarcimento risieda non già nel cattivo esercizio del potere amministrativo, bensì in un comportamento la cui illiceità venga dedotta prescindendo dal modo in cui il potere è stato esercitato e venga prospettata come violazione di regole comportamentali di buona fede e correttezza alla cui osservanza è tenuto qualunque soggetto, sia esso pubblico o privato».

Percorrendo tale via, la Suprema Corte giunge a confermare la responsabilità del Comune «per la lesione dell'affidamento generato nella società attrice in ordine alla legittimità del proprio operato», condividendo la ricostruzione effettuata dalla Corte d'Appello nella sentenza impugnata. Precisamente, è individuata a carico dell'amministrazione una responsabilità da contatto sociale qualificato «dallo *status* della pubblica amministrazione quale soggetto tenuto all'osservanza della legge come fonte della legittimità dei propri atti».

Nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, le prime tracce della responsabilità da contatto sociale qualificato si rinvengono nella sentenza n. 157 del 2003. In quella sede, la Corte sottolineava che il contatto tra cittadino e amministrazione, che prelude all'instaurazione di un rapporto «specifico e differenziato», è qualificato da uno «specifico dovere di comportamento». Avviato il procedimento, l'interessato è destinatario di un complesso di garanzie enucleate dalla sentenza n. 500 del 1999: trattasi degli obblighi di correttezza e buona amministrazione gravanti sul soggetto pubblico, ricostruiti come «limiti esterni alla discrezionalità», dunque assoggettabili alla valutazione del giudice ordinario[35].

Affinché sorga il regime di responsabilità in commento, è necessaria la costituzione di «momenti relazionali socialmente o giuridicamente qualificati, dai quali derivano a carico delle parti reciproci obblighi di buona fede, protezione ed informazione». Il contatto sociale si caratterizza per la peculiarità dello *status* rivestito dalle parti in esso coinvolte. In particolare, dalla pubblica amministrazione, la cui azione è sottoposta al rispetto di principi costituzionalmente presidiati, il cittadino si attende, ragionevolmente, una più fedele osservanza degli obblighi di correttezza, lealtà, tutela dell'affidamento[36]. Tale aspettativa nei confronti della condotta del soggetto pubblico comporta un rafforzamento del dovere di correttezza e di protezione sussistente in capo ad esso sin dal momento in cui il cittadino entra in contatto con l'amministrazione. Il rapporto tra amministrazione e privato qualifica la responsabilità della prima per il danno da lesione dell'affidamento nella correttezza della sua azione; per tale ragione, la predetta responsabilità deve ascriversi nel quadro della responsabilità relazionale, a sua volta sussumibile nella responsabilità contrattuale[37].

[34] In tal senso, si vedano Cass., Sez. Un., n. 13454/2017; n. 13194/2018.

[35] Cass., Sez. Un., 8236/2020.

[36] Ad. Plen., n. 5/2018.

[37] L'inquadramento evidenziato si riferisce al rapporto obbligatorio, non al contratto in quanto atto. In tal senso, Cass., Sez. Un., n.

Di differente avviso è risultata la giurisprudenza amministrativa, secondo cui, anche nell'ipotesi in cui il potere non si sia concretizzato in un provvedimento tipico, ma si sia arrestato al livello di comportamento, l'operato della pubblica amministrazione rimane espressione dei poteri ad essa attribuiti ai fini della cura dell'interesse pubblico. L'affidamento (legittimo o incolpevole) trarrebbe fondamento da «una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione con il provvedimento, o con il suo comportamento correlato al pubblico potere, in cui il privato abbia senza colpa confidato». Assumendo che la situazione giuridica rilevante abbia la natura di interesse legittimo, in ragione dell'asserita connessione con il potere, si pone in quanto conseguenza l'affermazione della giurisdizione amministrativa[38].

Non può prescindersi dal rilevare che l'appurata divergenza tra gli orientamenti espressi dalle magistrature supreme potrebbe costituire il risvolto del tentativo, ascrivibile ad entrambe, di dilatare i confini delle rispettive giurisdizioni[39]. Secondo un'opinione, tale «persistente contrasto» tra le Corti sul riparto giurisdizionale affonderebbe le origini nella sentenza n. 500 del 1999. Il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo avrebbe introdotto un elemento destabilizzante nell'ambito del tradizionale sistema di riparto incentrato sul binomio cattivo esercizio di potere-carenza di potere[40].

Nel novero delle soluzioni prospettate, si inseriscono ricostruzioni in chiave "evolutiva" dell'interesse legittimo, volte a ricomprendere entro i relativi confini anche l'interesse del privato al conseguimento stabile e definitivo del bene della vita oggetto di aspirazione. Si è, in tal modo, opinato che la Cassazione abbia ignorato l'esistenza del potere: nei rapporti autoritativi, l'interesse legittimo corrisponde alla situazione giuridica soggettiva che interagisce con il potere. Una tale impostazione, insistendo sulla natura sostanziale dell'interesse legittimo, conduce ad esiti divergenti rispetto a quelli propri di orientamenti giurisprudenziali, incluso quello in commento, che aderiscono alla teoria della responsabilità da contatto sociale qualificato[41].

Il comportamento della pubblica amministrazione, sia esso inquadrato nell'ambito del procedimento ovvero del rapporto instauratosi in esito al rilascio di un provvedimento favorevole, è riconducibile al potere: il suo contesto di appartenenza è rappresentato dal procedimento preordinato all'esercizio del potere amministrativo e regolamentato dal diritto pubblico[42]. Pertanto, le controversie sulla responsabilità dell'amministrazione per lesione della buona fede dovrebbero devolversi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[43].

8236/2020.

[38] Cfr. Ad. plen. n. 20/2021.

[39] È, ad esempio, di tale avviso M.C. Cavallaro, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, cit., 142 ss.

[40] M.C. Cavallaro, *L'azione di condanna nel giudizio amministrativo: questioni ancora aperte*, in R. Ursi, G. Armao, C. Ventimiglia (a cura di), Liber Amicorum *per Salvatore Raimondi*, cit., 109-110.

[41] G. Serra, *Legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. e riparto di giurisdizione*: la storia infinita, in *www.federalismi.it*, 2021.

[42] Quanto al rapporto amministrativo che si sviluppa in seno al procedimento, si è ritenuto che l'affidamento possa nascere esclusivamente nel margine di scelta «che sta *oltre* le norme che governano l'agire dell'amministrazione», sostanziandosi in una pretesa interna al rapporto e strettamente connessa al potere. In tal senso, G. Mannucci, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, cit., 220.

[43] La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia è una conseguenza dall'assenza del riferimento ai comportamenti anche mediatamente riconducibili al potere nel testo di cui al comma 4, dell'art. 7, c.p.a., che, nel definire l'ambito della

5. Conclusioni.

L'orientamento inaugurato dalle ordinanze gemelle non è rimasto confinato alle sole ipotesi di proposizione di domande risarcitorie conseguenti alla violazione dell'affidamento derivante dall'adozione e dalla successiva rimozione di un provvedimento amministrativo, ma è stato esteso anche a quelle in cui la base dell'affidamento è costituita da un mero comportamento dell'amministrazione, difettando un provvedimento di estrinsecazione del potere amministrativo. A suggello del consolidamento dell'indirizzo racchiuso nelle predette ordinanze si pone anche la pronuncia in commento.

Riannodando le fila della ricostruzione svolta nei precedenti paragrafi, l'orientamento ascrivibile alla Corte di Cassazione fonda la riconduzione della tutela dell'affidamento al giudice ordinario sull'asserita lesione di un diritto soggettivo[44]; sulla derivazione della lesione da una condotta; sull'afferenza delle regole di correttezza e buona fede non alla legittimità dell'azione amministrativa, ma al diritto privato[45]. Quando a tale ultimo punto, anche nella giurisprudenza amministrativa ricorrono orientamenti che definiscono le regole di buona fede e correttezza come privatistiche, pur precisandone l'estensione alla condotta del soggetto pubblico[46]. La dottrina anche più risalente, con cui si concorda, precisa, invece, che il fondamento del dovere di buona fede deve rinvenirsi non nel codice civile, ma nel testo costituzionale e, precisamente, nel dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2, Cost., traducendosi nell'obbligo, gravante in capo a tutti i soggetti, «di agire senza recare danno ad altri»[47]. Alla medesima conclusione si perviene avuto riguardo al dovere di correttezza: «l'eterogeneità e la molteplicità degli interessi tutelati» postulano che esso informi il comportamento della totalità dei soggetti dell'ordinamento. Dagli stessi studi di diritto privato è emerso che il principio di buona fede non si sostanzia in una regola da limitarsi al rapporto obbligatorio; trattandosi di riflessioni che affondano le radici nella Costituzione, esse risultano applicabili, oltre che «a qualunque soggetto di un rapporto giuridico», «a qualsiasi settore dell'ordinamento»[48].

Quanto, invece, alla scomposizione dell'affidamento in legittimo e incolpevole, voluta dalla Corte di Cassazione, con annessa delimitazione di un nuovo ambito di giurisdizione riferibile giudice ordinario,

giurisdizione di legittimità, menziona le sole controversie afferenti ad atti, provvedimenti ovvero omissioni delle amministrazioni. Le considerazioni riportate sono svolte da M. Trimarchi, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 100 ss.

[44] Sulla situazione giuridica soggettiva lesa, l'Adunanza Plenaria (n. 5/2018) ha parlato di un diritto soggettivo all'autodeterminazione nei rapporti negoziali, mentre la Corte di Cassazione (n. 8236/2020) ha identificato il predetto diritto nell'«aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondato sulla buona fede». Ad avviso di F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., 11-12, l'aspettativa oggetto di tutela «si armonizza» con una delle «manifestazioni» dell'interesse legittimo; di conseguenza, la situazione giudica pregiudicata sarebbe qualificabile come interesse legittimo. In senso affine, si veda C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 564 ss.

[45] F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., 10.

[46] A titolo esemplificativo, Ad. plen., n. 2/2013 inserisce i principi di correttezza e buona fede in una prospettiva privatistica.

[47] F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 121.

[48] F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 115-116. L'Autore ha, in particolare, rilevato (47 ss.) che «alle origini del diritto romano, l'istituto della *fides* riguardava proprio rapporti di tipo non paritario, cioè rapporti giuridici in cui una delle parti esercitava un potere di supremazia sull'altra ed è in questo ambito che la buona fede veniva generalmente riconosciuta come limite all'esercizio del potere». Su tale linea, la tutela della buona fede risulterebbe maggiormente necessaria nel diritto amministrativo piuttosto che nel diritto privato.

occorre precisare che, sebbene incida sulla qualificazione della situazione giuridica soggettiva rilevante, essa non deve compromettere l'unitarietà della nozione di affidamento, che rimane ancorata all'altrui condotta conforme a buona fede[49].

Ancora, si è posto in luce che gli orientamenti richiamati denoterebbero la progressiva adesione dell'ordinamento nazionale ad un modello di rapporti tra amministrazione e cittadino informato alla pari-ordinazione[50]. In altri termini, il dovere di comportarsi secondo buona fede, gravante su entrambe le parti del rapporto amministrativo, determinerebbe l'instaurazione di una relazione che non contempla la titolarità di potere, sostanziando di attualità, si è ritenuto, l'idea benvenutiana di un diritto amministrativo paritario[51]. Ma, com'è stato fondatamente osservato, un tale risultato sarebbe contemplabile sul presupposto dell'esistenza del potere in capo al soggetto pubblico parte del rapporto, condizione non soddisfatta nelle ipotesi di relegazione dell'affidamento «nell'angusto spazio dei meri comportamenti», che non intrattengono alcun legame con l'esercizio del potere[52].

Ciò che si intende evidenziare, conclusivamente, è che il comportamento rilevante ai fini dell'affidamento non può essere sradicato dal suo contesto fisiologico, che è quello in cui viene esercitato il potere amministrativo. Pur se l'affidamento incolpevole è dovuto, nel nostro ordinamento, all'accertamento di un contatto sociale qualificato, e non all'illegittimità del provvedimento, è innegabile che tale "contatto" si concretizzi nel procedimento, anche in funzione di una serie di regole ad esso relative quali la partecipazione, la ponderazione di tutti gli interessi, la prevedibilità delle scelte basate su regole predeterminate[53].

---

[49] M.C. Cavallaro, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, cit., 145.

[50] In tal senso, Cass., Sez. Un., n. 615/2021, laddove «l'idea di un diritto amministrativo paritario» è ricondotta ai casi in cui il danno consegua alla «violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui la pubblica amministrazione è tenuta a conformarsi al pari di qualunque altro soggetto».

[51] G. Tulumello, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra* ideologia *e dogmatica*, cit., 368. In senso difforme, si è evidenziato che, invero, la paritarietà benvenutiana non avrebbe nulla a che vedere con una «presunta privatizzazione del rapporto amministrativo»; essa afferirebbe alla lungimirante «affermazione di diritti e prerogative che ribaltano la posizione di passiva subalternità del privato verso l'autorità che, in divenire, si fa funzione nel procedimento». L'opinione evocata è espressa da N. Paolantonio, *Buona fede e affidamento delle parti*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2022, 2, 119.

[52] G. Tropea – A. Giannelli, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o.*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2020.

[53] M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Il principio del legittimo affidamento*, cit., 162. A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, 71-72.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2974– 30 novembre 2023

Il Collegio consultivo tecnico, organismo atipico di mediazione e di conciliazione in ambito pubblicistico*

Fabio Francario

Sommario: 1. L'incertezza dei precedenti interventi normativi. – **2.** Brevi cenni alla disciplina dell'istituto nel nuovo codice. – **3.** Le forme di ADR tradizionalmente ammesse in ambito pubblicistico: i ricorsi amministrativi e l'arbitrato. – **4.** Il CCT come nuova e atipica forma di ADR concepita per assicurare la tutela in forma specifica dell'interesse alla realizzazione dell'opera. – **5.** Le chiare indicazioni del legislatore nel senso della creazione di nuova e atipica forma di ADR.

1. L'incertezza dei precedenti interventi normativi.

Quella del collegio consultivo tecnico è sicuramente una figura enigmatica.

Basti pensare, solo per fare due esempi, alla difficoltà di conciliare la tensione verso gli estremi del collegio arbitrale e, al tempo stesso, dell'organismo meramente consultivo o verso gli estremi, anch'essi antitetici, del requisito dell'indipendenza o del rapporto fiduciario richiesti ai suoi membri rispetto alle parti.

L'incertezza che caratterizza la figura trae origine in buona parte dall'attenzione discontinua e contraddittoria ad essa dedicata nell'ultimo decennio dal legislatore. L'istituto non rappresenta infatti una novità assoluta del nuovo codice. Ancor prima di essere riscoperto e rivitalizzato nell'ambito delle "*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*" e "*Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*", recate, rispettivamente, dal d.l. 16 luglio 2020 n. 76 e dal d.l. 31 maggio 2021 n. 77, l'istituto era stato già introdotto dall'art. 207 del previgente codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs 50 /2016 come istituto pre- contenzioso di carattere facoltativo "*con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura…*". Nel parere reso dalla

* L'articolo riproduce il testo della relazione presentata al convegno "*Il nuovo codice dei contratti pubblici. D. Lgs. 36/2023*", Milano 6 ottobre 2023.

Commissione speciale nell'adunanza del 21 marzo 2016, n. 855, sullo schema di decreto legislativo che sarebbe poi divenuto il d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, il Consiglio di Stato aveva però sollevato più di un dubbio sulla figura, soprattutto in ragione della mancata definizione dei rapporti con gli altri rimedi pre-contenziosi già esistenti, e ne aveva proposto la soppressione. Le osservazioni del Consiglio di Stato non erano state recepite dal Governo, ma l'istituto veniva poi soppresso con l'adozione del c.d. "decreto correttivo" (l'art. 207 del d.lgs. n. 50/2016 viene infatti abrogato dall'art. 121, comma 1, del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56). L'istituto rinasce però due anni dopo ad opera del decreto c.d. "sblocca cantieri". L'art. 1, commi da 11 a 14, della l. 14 giugno 2019, n. 55, di conversione, con modificazioni, del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, ne prevede la costituzione facoltativa su accordo delle parti, con le medesime funzioni di cui al codice dei contratti pubblici, ma in via temporanea, ossia fino alla data di entrata in vigore del regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del codice dei contratti pubblici, di cui all'art. 216, comma 27-*octies*, del codice. Differentemente da quanto originariamente stabilito dall'art. 207, comma 6 del d lga 50/2016, il quale disponeva che "*se le parti accettano la soluzione offerta dal collegio consultivo…l'accordo sottoscritto vale come transazione*", il decreto sblocca cantieri prevedeva che "*L'eventuale accordo delle parti che accolga la proposta di soluzione indicata dal collegio consultivo non ha natura transattiva, salva diversa volontà delle parti stesse*" (art. 1, comma 13, terzo periodo, del d.l. n. 32/2019).

L'istituto viene pressoché interamente ridisciplinato nei suoi presupposti e nella funzione nell'ambito delle misure di semplificazione e di *governance* contemplate dai già citati d.l. 76/2020 e 77/2021, pensate per garantire il rilancio dell'economia nello scenario *post* pandemico e per assicurare il raggiungimento degli obbiettivi predefiniti, a livello comunitario, dal *Next Generation EU* (NGEU) e, a livello nazionale, dal *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*. La necessità di evitare il rischio che gli interventi previsti non vengano realizzati e che gli obbiettivi prefissati non vengano raggiunti ha messo in primo piano la questione dell'efficienza amministrativa e l'attenzione del legislatore si è pertanto concentrata anche sulla necessità di approntare uno strumentario giuridico appositamente dedicato a garantire l'efficacia dell'azione amministrativa nell'ambito delle misure destinate ad accompagnare la realizzazione del Piano. L'intervento legislativo si è a tal fine sviluppato essenzialmente sotto tre distinti profili, tutti convergenti nell'unica finalità di garantire, in un'ottica di risultato, la celere ed efficace conclusione dei procedimenti e la stabilità delle decisioni: rimozione del fenomeno dell'amministrazione "difensiva" e della c.d. "paura della firma", previsione di meccanismi procedimentali sostitutivi e de-giurisdizionalizzazione della soluzione dei conflitti. Nella prospettiva della de-giurisdizionalizzazione viene appunto recuperato e disciplinato, in maniera fortemente innovativa, l'istituto del CCT, lasciando chiaramente intendere che, nelle intenzioni del legislatore, la figura dovrebbe assumere un ruolo assolutamente strategico nell'ambito delle misure di accompagnamento strumentali alla garanzia di realizzazione del PNRR perché destinata ad evitare che dispute o controversie vengano portate e decise in sede giurisdizionale, ritardando o compromettendo il raggiungimento dei risultati programmati.

2. Brevi cenni alla disciplina dell'istituto nel nuovo codice.

La ricostruzione, anche se solo sommaria, dell'evoluzione della disciplina normativa dell'istituto è utile per comprendere quanto insito nel fatto che il nuovo codice in ultima analisi non ha fatto altro che generalizzare e mettere a regime il sistema originariamente pensato solo per accompagnare la realizzazione degli obbiettivi PNRR. Sistema già disegnato dagli articoli 4 e 5 del d. l. 76/2020, modificato e integrato dal d.l. 77/2021 e completato dalle linee guida predisposte dal Consiglio superiore dei lavori pubblici e approvate con d.m. Ministro delle infrastrutture e mobilità sostenibili del 17 gennaio 2022. L'istituto risulta infatti nevralgico per garantire la concreta attuazione del principio del risultato, declamato ed esaltato dal nuovo codice; ma con valore essenzialmente nomofilattico e destinato a rimanere mero *flatus voci* in assenza di strumenti concretamente operativi, tra i quali spicca il collegio consultivo tecnico, disciplinato negli articoli 215 e seguenti del Codice e oggetto di un apposito Allegato (V.2), specificamente dedicato a tale figura.

Che la figura rappresenti il più importante, se non l'unico vero strumento concretamente in grado di assicurare il risultato della realizzazione dell'intervento pubblico è presto dimostrato dall'essenza dell'istituto; ravvisabile nell'essere un organismo, composto da tecnici particolarmente autorevoli e specificamente qualificati, che diano garanzie di fiducia e al tempo stesso d'indipendenza rispetto alle parti, deputato ad accompagnarle nell'esecuzione del contratto, fin dal suo inizio e per tutta sua durata, con il compito di evitare l'insorgere o di spegnere sul nascere eventuali conflitti tra di esse, in modo tale che non venga compromesso il raggiungimento del risultato della realizzazione dell'intervento pubblico nei tempi previsti e a regola d'arte. Si tratta, com'è evidente, di svolgere un compito di mediazione e conciliazione permanente tra le parti, finchè dura l'esecuzione del contratto.

3. Le forme di ADR tradizionalmente ammesse in ambito pubblicistico: i ricorsi amministrativi e l'arbitrato.

L'istituto risulta oggi codificato come un rimedio generale pensato per dirimere sul nascere, o comunque in corso di esecuzione del contratto, i possibili contenziosi tra committente e appaltatore che rischierebbero di pregiudicare l'esecuzione tempestiva e a regola d'arte del contratto di appalto, il che ne autorizza la naturale collocazione nell'alveo delle figure di *ADR* (*Alternative Dispute Resolution*) impiegate per le controversie in ambito pubblicistico.

La categoria delle *ADR*, com'è noto, è però molto elastica e la riconduzione in tale ambito può quindi significare tutto e niente, stante la irriducibilità delle ADR ad un modello unico. Al di là della radice comune dell'offerta di una "giustizia non giurisdizionale", le varie forme di *ADR* non sono infatti riducibili a un'unica tipologia perché non sono un fenomeno unitario e sempre uguale a sé stesso. Se si guarda l'esperienza maturata nell'ambito della contrattualistica internazionale, ambito nel quale si origina la figura dei *dispute boards* per accompagnare l'esecuzione dei contratti di durata, si vede subito che sono presenti modelli molto diversi tra loro, che tendono a distinguersi a seconda che abbiano carattere aggiudicativo o assistenziale; a seconda cioè

che siano diretti a risolvere una lite insorta tra le parti attraverso categorie assimilabili a quelle giudiziarie ovvero a comporre la controversia attraverso procedure di tipo conciliativo in ragione di criteri equitativi piuttosto che di giustizia. Talora con soggezione agli effetti della decisione, talora con libertà di aderire o meno alla proposta conciliativa. Ferme in ogni caso le garanzie di indipendenza, terzietà e professionalità dei membri, i *dispute boards* possono quindi formulare tanto pareri o raccomandazioni non vincolanti (*Dispute Review Board – DRB*), quanto possono assumere decisioni immediatamente vincolanti per le parti (*Dispute Adjudicative Board – DAB*).

La mancanza di un unitario modello di riferimento teorico alimenta sicuramente l'incertezza nell'inquadramento della figura, ma le maggiori difficoltà derivano soprattutto dai limiti che tradizionalmente condizionano l'ingresso nell'ordinamento pubblicistico di forme e strumenti di "giustizia non giurisdizionale" e che spiegano in buona parte anche l'ondivago e incerto orientamento mostrato nell'ultimo decennio dal legislatore nei confronti dell'istituto.

Per quanto non siano certamente ignoti al nostro sistema di diritto amministrativo, tali tipologie di rimedi sono infatti fortemente condizionate dal vincolo d'indisponibilità gravante sull'esercizio del pubblico potere finalizzato alla cura del pubblico interesse. Per tradizione, il ricordato vincolo d'indisponibilità porta a circoscrivere l'ambito delle *ADR* all'esperienza dei ricorsi amministrativi, rimedi a carattere decisorio in cui non viene però garantita la terzietà del giudicante rispetto alle parti, e a quella dell'arbitrato rituale, generalmente consentita nei soli casi in cui le questioni riguardino situazioni disponibili di diritto soggettivo.

I ricorsi amministrativi (in opposizione, gerarchico, gerarchico improprio e, volendo, ricorso straordinario al Capo dello Stato) vengono sempre decisi da organi amministrativi, ai quali l'interessato rivolge la sua domanda di giustizia. Non solo il decidente non è un vero giudice, terzo e imparziale, ma l'interessato non partecipa nemmeno alla formazione della decisione. Può solo "domandare" e la decisione viene presa, unilateralmente, dall'Amministrazione. Anche nel caso del CCT, la costituzione dell'organo non ha base negoziale, ma legale. La regola, per gli appalti sopra soglia, è che l'organo deve essere necessariamente costituito a iniziativa della stazione appaltante, che decide se il collegio debba essere costituito da tre o cinque membri. In caso di disaccordo sulla nomina del Presidente, la nomina è riservata alla parte pubblica ed è sempre la parte pubblica (stazione appaltante) a prendere unilateralmente la decisione quando l'istituzione è facoltativa (*ante operam)*. È quindi un organo consultivo costituito per assicurare la realizzazione dell'interesse pubblico primario alla esecuzione dell'opera pubblica, che rende pareri obbligatori nelle ipotesi di sospensione di cui all'art. 121 del Codice e facoltativi in tutti gli altri casi. Pareri che, a seconda dei casi (808 ter c.p.c.), possono essere vincolanti o meno per la definizione di una controversia tra stazione appaltante e operatore economico. In alcuni casi, cioè, decidono (significativamente in tali casi le disposizioni usano la locuzione "determinazione" e non "parere"); in altri suggeriscono la decisione. È dunque un organo consultivo necessario, che però non rende solo pareri, ma può anche assumere vere e proprie decisioni. Se ci si fermasse a questa sola considerazione, il cumulo di funzioni consultive e decisorie non rappresenterebbe una novità assoluta nel nostro Ordinamento, dal momento che

il sistema dei ricorsi amministrativi e della giustizia amministrativa più complessivamente considerata già ammette e tollera l'ipotesi che un unico soggetto (a cominciare dal Consiglio di Stato) possa cumulare esercizio di funzione giurisdizionale e consultiva.

Quanto all'arbitrato, la netta affermazione contenuta nell'art 12 c.p.a., secondo la quale "*le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti cpc*", chiarisce sì che sono deducibili in arbitrato le sole controversie che riguardino situazioni (giuridiche soggettive) disponibili, ma non è tale da eliminare tutti i vincoli che l'operatività di questa forma di *ADR* incontra in ambito pubblicistico. Al di là dei vincoli modali derivanti dalle previsioni specificamente recate dall'art. 213 del Codice, bisogna comunque continuare a fare i conti con i limiti che in linea di principio derivano dal divieto di arbitrato obbligatorio (Cfr. Corte cost. 13 giugno 2018 n. 123) e dalla preclusione del ricorso all'arbitrato irrituale (e*x multis* v. Cass., Sez. III, 08 aprile 2020 n. 7759: "*non basta richiamarsi alla natura privatistica degli strumenti negoziali adoperati per superare ogni possibile ostacolo all'utilizzabilità dell'arbitrato irrituale nei contratti della pubblica amministrazione. Certamente non v'è alcuna incompatibilità di principio tra la natura pubblica del contraente e la possibilità di un componimento negoziale delle controversie nascenti dal contratto stipulato dalla pubblica amministrazione. Ma resta il fatto che tale componimento, se derivante da un arbitrato irrituale, verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri irrituali, appunto) individuati all'interno della medesima logica negoziale, in difetto qualsiasi procedimento legalmente predeterminato e perciò senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità")*. Il principio della libera disponibilità esclude dunque che, in assenza di una espressa volontà della parte, l'arbitrato possa essere reso obbligatorio per effetto di una norma di legge e il medesimo principio, per altro verso, non è però tale da giustificare anche che l'arbitrato si svolga nelle forme irrituali, perlomeno in assenza di una espressa previsione o disciplina di legge.

4. Il CCT come nuova e atipica forma di ADR concepita per assicurare la tutela in forma specifica dell'interesse alla realizzazione dell'opera.

La disciplina del CCT codificata dal d.lgs. 36/2023 introduce due significativi elementi di novità (o, forse, sarebbe meglio dire di vera e propria rottura) rispetto allo schema tipico dei ricorsi amministrativi o del giudizio arbitrale, pacificamente ammessi e noti in ambito pubblico come *ADR*.

Il primo si coglie con riferimento ai ricorsi amministrativi e consiste nella necessaria partecipazione, come componente dell'organo decidente, dell'operatore economico (*rectius*: di membri da questa nominati), e cioè della parte privata direttamente interessata. La decisione, parere o determinazione che sia, non viene presa più unilateralmente dalla sola amministrazione. Rispetto al sistema dei ricorsi amministrativi, s'introduce l'elemento della consensualità, in luogo della unilateralità, nella decisione sul ricorso (o nella resa del parere).

L'altro elemento di novità o di rottura si coglie invece con riferimento al giudizio arbitrale, dal momento che s'introduce la possibilità d'impiego della forma dell'arbi-

trato irrituale. La rottura rispetto all'impiego tradizionale del modello arbitrale non risiede certamente nel fatto che si introduce una forma di arbitrato obbligatorio, cosa che non avviene (è obbligatoria la costituzione del Collegio, non la decisione in forma arbitrale, che dipende pur sempre dalla concorde volontà delle parti); ma nel fatto che una norma di legge consente che dispute o controversie con una pubblica amministrazione possano essere decise anche a mezzo di un arbitrato irrituale. La previsione legislativa (cfr. All. V.2 del Codice e artt. 6 commi 2 e 3 del d.l. 76/20220) predetermina requisiti e modalità di scelta degli "arbitri" e delinea i tratti essenziali del procedimento, sottraendo entrambi i profili ad una assoluta libertà negoziale e superando con ciò le riserve più volte formulate dalla Corte di Cassazione e legittimando così l'ingresso della figura in ambito pubblicistico.

Si può dunque ritenere che si è di fronte ad una nuova e atipica forma di *adr*, risultante dalla contaminazione del rimedio giustiziale amministrativo con gli elementi tipici privatistici del consenso e della irritualità delle forme.

Correttamente inquadrato in questa prospettiva, si rivela subito come l'istituto non risulta pensato come misura semplicemente deflattiva del contenzioso, finalizzata ad evitare l'aggravio dei carichi di lavoro dei tribunali ordinari e a rinverdire la stagione dei giudizi arbitrali per accertare maggiori compensi o risarcimenti all'operatore economico. Al contrario, l'istituto è pensato proprio per rendere l'esecuzione del contratto impermeabile e insensibile alla lite, per evitare cioè che si originino situazioni contenziose che possano ritardare o pregiudicare la realizzazione dell'opera pubblica o che, una volta ultimata, possano aumentarne il costo finale *secundum eventum litis*. Risulta quindi espressamente concepito come strumento finalizzato ad assicurare la tutela in forma specifica dell'interesse alla realizzazione dell'opera, facendo sì che le parti siano accompagnate e assistite, praticamente in tempo reale, nell'esecuzione del contratto da un organismo di mediazione e conciliazione permanentemente attivo, il quale non dà luogo ad un giudizio arbitrale (sia perché i tempi di decisione sono incompatibili con quelli di un giudizio arbitrale, sia perché non stabilisce *post operam*chi ha torto e chi ha ragione in ordine a pretese residue che possono far unicamente lievitare il costo di realizzazione senza che ciò possa aver più alcuna possibilità d'incidenza sui tempi e sulle modalità di realizzazione dell'*opus*), né tantomeno ad un arbitrato obbligatorio (perché obbligatoria, sopra soglia, è la costituzione del collegio, non anche il conferimento del potere di pronunciare lodi irrituali).

5. Le chiare indicazioni del legislatore nel senso della creazione di nuova e atipica forma di ADR.

Le indicazioni del legislatore nel senso della introduzione di una nuova e atipica forma di ADR in ambito pubblicistico sono chiare e nette.

Già nell'impianto delle disposizioni recate dai decreti semplificazione e *governance* PNRR del biennio 2020\2021 risulta evidente come la *ratio* normativa alla base dell'istituto sia quella di estendere in ambito pubblicistico una forma atipica di ADR, diversa dai ricorsi amministrativi e dall'arbitrato (oltre che della transazione e dell'accordo bonario), in modo da avere uno strumento in grado di garantire "*la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili d'insor-*

gere nell'esecuzione del contratto" e di "*favorire, nella risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche eventualmente insorte, la scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte*", per non pregiudicare il raggiungimento degli obbiettivi individuati nel PNRR e nel NGEU. Sin dal primo impianto proprio dei decreti 76/2020 e 77/2021 si rende subito evidente come preoccupazione principale del legislatore non sia quella di scegliere un dato modello, piuttosto che un altro, ma di consentire l'ingresso del rimedio in ambito pubblicistico, raccogliendo nella figura modelli diversi e lasciando alle parti la scelta di adottare di volta in volta nel concreto di ogni singolo appalto, un modello aggiudicativo o consultivo, con conseguenti differenziazioni dei regimi giuridici in punto di natura ed efficacia giuridica delle decisioni e del collegio stesso.

Il nuovo codice è stato subito indirizzato dalla legge delega nella direzione della "*estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in sede di esecuzione del contratto*" (art. 1, c. 2, lett. LL, l. 21 giugno 2022 n. 78). L'art. 215 onera il Collegio dell'onere di assumere comunque la "*scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte*", svincolando sotto questo profilo la decisione dalla domanda delle parti, e qualifica esplicitamente la nuova figura come espressione di "*attività di mediazione e di conciliazione*". L'art. 217 prevede espressamente la possibilità che, ricorrendo la volontà delle parti, la pronuncia possa assumere valore di lodo irrituale ai sensi dell'art. 808 *ter* c.p.c. L'art 3, quinto comma, dell'Allegato V.2 ripropone quasi pedissequamente la norma sulle spese processuali prevista per la mediazione civile dall'art 13 d.lgs. 28/2010 ("*Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della determinazione del Collegio consultivo, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che non ha osservato la determinazione, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative alo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto*"). I tempi di decisione non sono compatibili e nemmeno paragonabili a quelli di un giudizio arbitrale (cfr. art. 3, quarto comma, Allegato V.2)

Le indicazioni legislative sono dunque tutte chiaramente nel senso di vedere nel CCT un rimedio giustiziale operante in ambito pubblicistico, reso atipico dal fatto che la norma primaria di legge consente che dispute e controversie vengano risolte di comune accordo anche nelle forme dell'arbitrato irrituale, ponendo in essere un'attività espressamente qualificata come mediazione e conciliazione; con un pronunciamento che avviene quindi non necessariamente secondo diritto o con reciproche concessioni rispetto a domande formulate, ma seguendo una logica conciliativa che per sua natura (riprendendo l'espressione impiegata nella relazione illustrativa del d lgs. 4 marzo 2010 n. 28, recante "*Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*") è volta alla "*ridefinizione della relazione intersoggettiva in prospettiva futura*". La logica conciliativa impone di guardare al futuro e non al passato e di evitare che entrino in crisi la comunicazione e la collaborazione necessarie per garantire il raggiungimento del risultato finale atteso che, nel caso di specie del CCT, significa

salvaguardare l'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica a regola d'arte e nei tempi previsti: "*l'attività di mediazione e conciliazione è comunque finalizzata alla scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte*" (art. 215, secondo comma, secondo periodo, d.lgs. 36/2023).

Rimossi i limiti di forma e procedura altrimenti ostativi all'ingresso dello strumento in ambito pubblicistico, nella migliore tradizione delle *ADR* il legislatore mostra di essersi preoccupato essenzialmente di garantire l'efficacia e l'effettiva utilità della nuova figura.

Indicazioni bibliografiche

C. Volpe, *Il Collegio consultivo tecnico. Un istituto ancora dagli incerti confini*, in *www.giustizia- amministrativa.it*; P. Carbone, *La disciplina del collegio consultivo tecnico dopo il decreto del Mims 17 gennaio 2022 n. 12*, Santarcangelo di Romagna, 2022; G. Tropea, A. Giannelli, *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici: una semplificazione in chiaro scuro tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale*, in *Munus* 2/2020; F. Francario, *Il collegio consultivo tecnico. Misura di semplificazione e di efficienza o inutile aggravamento amministrativo?*, in *www.giustiziainsieme.it*, 15 luglio 2022; M. Nunziata, *Il dispute board nei contratti di appalto internazionali. Prospettive di prevenzione e di risoluzione delle controversie*, Giappicchelli, Torino, 2021; V. Caputi Jambrenghi, *Per una sentenza sempre meno ingiusta: uscita di sicurezza dal processo amministrativo e mediazione giustiziale*, in F. Francario – M.A. Sandulli(a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 377- 380; M. Ramajoli, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014; Id., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir Proc. Amm.*, 2015; M. Calabrò, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle* appropriate dispute resolution, in *Federalismi.it*, n. 10/2017, Id., *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2012; P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico. L'esperienza dei dispute board e del collegio consultivo tecnico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2883 – 15 settembre 2023

Il trattamento dei dati personali per finalità di pubblico interesse e l'auspicio di un mutamento d'indirizzo interpretativo*

Fabio Francario

Sommario: 1. Premessa. – **2.** Il caso INPS e la pronuncia del Tribunale civile di Roma 24 marzo 2022. – **3.** Il caso Rechtbank Midden (CGUE 24 marzo 2022 C – 245/20). – **4.** Osservazioni conclusive.

1. Premessa.

Due recenti pronunce del Tribunale civile di Roma e della Corte di giustizia europea consentono di fare il punto sull'attuale regime del trattamento dei dati personali per finalità di pubblico interesse da parte delle pubbliche amministrazioni.

2. Il caso INPS e la pronuncia del Tribunale civile di Roma 24 marzo 2022.

2.1. La prima è stata resa il 24 marzo 2022 dalla XVIII Sezione civile del tribunale di Roma con riferimento alla sanzione adottata dal GPDP nei confronti dell'INPS assumendo che i controlli da quest'ultimo svolti sui sussidi erogati nel pieno dell'emergenza pandemica avessero violato praticamente quasi tutte le regole e i principi esistenti in materia di trattamento dati personali (principi di liceità, correttezza e trasparenza del trattamento di cui all'art 5 par 1 lett. a, del GDPR; principio di minimizzazione di cui all'art 5 par 1 lett. c del GDPR; principio di esattezza di cui all'art 5 par 1 lett. d del GDPR; protezione dati fin dalla progettazione e per impostazione predefinita di cui all'art 25 GDPR; obbligo di effettuare la valutazione d'impatto sulla protezione dati ai sensi dell'art 33 GDPR; principio di responsabilizzazione di cui agli artt. 5 par. 2 e 24 del GDPR).

Cos'era successo di così grave da giustificare un intervento presso che esemplare dell'Autorità garante? Era accaduto che, nel pieno dell'emergenza determinata dalla

* L'articolo riproduce il testo della relazione al convegno dell'Associazione Italiana Professori Diritto Amministrativo - AIPDA tenuto a Roma il 29 aprile 2022 sul tema "Trattamento dei dati personali e documenti amministrativi: le frontiere della discrezionalità".

prima ondata della pandemia Covid19, nel marzo 2020, il d.l. 18/2020 aveva previsto la concessione di misure indennitarie per sostenere le categorie di lavoratori e professionisti colpite dalle misure del *lockdown,* erogabili a condizione che i destinatari non fossero già titolari di pensione o iscritti ad altra forma previdenziale obbligatoria o titolari di un rapporto di lavoro dipendente (cd *bonus covid*). L'immediata erogazione del sostegno economico è subordinata alla autodichiarazione degli stessi richiedenti della sussistenza della suddetta condizione e l'INPS può pertanto operare unicamente dei controlli successivi per verificare l'esattezza di quanto dichiarato dai richiedenti. Essendo stata diffusa dalla stampa la notizia che i bonus sarebbero stati indebitamente erogati anche a diversi parlamentari e amministratori locali, l'INPS avvia così dei controlli di secondo livello al fine di verificare se il bonus Covid fosse stato effettivamente erogato anche in tali casi, incrociando i codici fiscali indicati dai richiedenti nelle domande presentate con quelli ricavati dai dati aperti disponibili sui siti web delle Camere e degli enti locali e territoriali dei politici eletti nelle rispettive assemblee. A detta dell'Autorità Garante, in questo modo sarebbero state compiute attività non necessarie per lo svolgimento della funzione di vigilanza con grave pregiudizio del diritto al trattamento dei dati personali da parte dei soggetti interessati: il codice fiscale ricavato dalle banche dati aperte non era quello ufficiale e si prestava al rischio di omocodie; l'incrocio dei dati era stato globale e andavano invece espunti i dati di coloro che erano stati già esclusi dal beneficio; al momento di apertura del procedimento di verifica non vi era ancora la certezza che il bonus non fosse dovuto; non erano stati preventivamente calcolati i rischi che il trattamento presentava per i diritti e le libertà degli interessati laddove era invece necessario svolgere una preliminare valutazione d'impatto sulla protezione dei dati. In sostanza, secondo l'Autorità Garante, la funzione ispettiva o di controllo finalizzata ad evitare che le (limitate) risorse non venissero disperse a beneficio di chi non ne aveva diritto, nel pieno dell'emergenza pandemica, avrebbe dovuto seguire tutt'altra procedura o a ben guardare non avrebbe dovuto nemmeno essere iniziata (perché i codici fiscali usati non erano quelli ufficiali rilasciati dal Centro nazionale di elaborazione di dati per l'anagrafe tributaria dell'Agenzia delle Entrate; perché non vi era certezza che i contributi fossero stati percepiti; perché non v'era certezza che i sussidi non potessero essere erogati a politici e parlamentari: adempimenti o pseudo garanzie che nessuna norma di legge ha mai imposto di seguire, ma ritenuti tali da precludere l'esercizio della funzione amministrativa). A detta dell'Autorità Garante, in buona sostanza, l'interesse pubblico poteva e doveva esser curato diversamente o, forse, non richiedeva affatto alcun intervento dell'autorità pubblica. L'attività posta in essere non era cioè necessaria per la cura dell'interesse pubblico nello specifico del caso concreto e aveva fatto correre un rischio "*elevato*" al trattamento dei dati personali dei soggetti interessati. E qui si tocca forse il punto più delicato delle conseguenze dell'azione dell'Autorità Garante se si considera l'interesse che l'intervento del Garante ha inteso proteggere, dal momento che non è mai emerso un solo nominativo dei soggetti potenzialmente interessati e lo stesso Garante dà atto della "*impenetrabilità dei dati*" trattati dall'INPS. L'Istituto viene sanzionato ugualmente perché l'attività di vigilanza posta in essere avrebbe avuto "*impatto negativo in termini di immagine pubblica e riprovazione sociale sull'intera*

categoria composta da deputati e amministratori regionali e locali".

Il Tribunale civile di Roma, con la pronuncia del marzo 2022, ha annullato la sanzione, ritenendo in concreto insussistenti le violazioni contestate dal Garante. La sentenza va salutata senz'altro con favore nella misura in cui mostra di ricondurre entro limiti ragionevoli l'esigenza di rispettare il diritto al trattamento dei personali e la possibilità di sindacato da parte del Garante delle scelte discrezionali effettuate dalle amministrazioni procedenti.

2.2. L'importanza della pronuncia si apprezza però soprattutto se si considera che non si era di fronte ad un caso isolato o eccezionale di controllo oltremodo invasivo del Garante sull'esercizio di poteri discrezionali.

L'intervento del Garante ha a suo tempo determinato l'arresto del procedimento di verifica che non è stato più portato a termine dall'INPS; così come è avvenuto in diversi altri casi in cui l'intervento del Garante ha ritardato o impedito l'esercizio di funzioni amministrative nel periodo dell'emergenza in nome dell'esigenza di assicurare una tutela assoluta e incondizionata al diritto alla protezione dei dati personali, in un momento in cui tutti i diritti fondamentali dell'individuo e della persona, anche di rango senz'altro superiore a quello alla "riservatezza", sono stati compressi e limitati nel periodo dell'emergenza.

Il caso INPS è esemplare di un certo modo d'intendere la normativa in materia di protezione dei dati personali trattati per finalità di pubblico interesse, che nel periodo dell'emergenza pandemica ha mostrato in maniera evidente tutti i suoi limiti e la sua insostenibilità. Dall'erogazione dei buoni spesa alimentari, alle vaccinazioni, all'uso delle App Immuni o Mitiga Italia; all'uso del green pass per l'accesso ai luoghi di lavoro pubblici e privati, nelle scuole, nei pubblici uffici e nei locali commerciali, l'intervento dell'Autorità Garante si è contraddistinto per una costante sovrapposizione alle Autorità istituzionalmente competenti sulle scelte relative alla possibilità e alle modalità di cura dell'interesse pubblico nel caso concreto, con funzione quasi sempre interdittiva. Il sindacato dell'Autorità Garante ha finito con il riguardare quasi sempre la valutazione della necessità o meno di una data attività per la cura del pubblico interesse e quindi in ultima analisi l'opportunità stessa dell'azione amministrativa. Sindacare la strumentalità del trattamento dei dati personali rispetto alla finalità di cura del pubblico interesse significa infatti sindacare la necessità o meno di una determinata azione per la cura dell'interesse pubblico ed implica muoversi sul crinale del merito delle decisioni amministrative, il cui sindacato è di regola sottratto alla cognizione persino del giudice amministrativo.

Direi che quanto sopra renda giusto aprire una serie d'interrogativi. .

Innanzi tutto come ciò sia potuto accadere in manifesta controtendenza rispetto alle linee evolutive in atto nel nostro Ordinamento, caratterizzate dalla costante e crescente introduzione di misure di semplificazione volte a recuperare l'efficienza amministrativa, che hanno reso disponibili, per le amministrazioni procedenti, interessi pubblici di ben altro spessore, attraverso il continuo aggiustamento della disciplina della conferenza di servizi decisoria o la previsione di meccanismi comunque sostitutivi; o di misure espressamente volte a rimuovere il fenomeno paralizzante dell'amministrazione difensiva o della "paura della firma" del decisore pubblico attraverso la limitazione della responsabilità erariale, con l'esclusione della colpa grave, o della

responsabilità penale, con la mitigazione dell'abuso d'ufficio.

Davvero la normativa sulla protezione dei dati personali consente all'Autorità Garante di operare come una sorta di amministrazione di secondo livello in grado di condizionare le scelte del decisore pubblico, assumendo che, in assenza dell'espresso consenso dell'interessato o di una specifica norma di legge che ne consenta il trattamento per finalità di pubblico interesse prevedendone espressamente modi e limiti, il diritto alla protezione dei dati personali non possa essere limitato e condizionato dall'esigenza di protezione del pubblico interesse, come se si fosse in presenza di un super diritto fondamentale, indisponibile da parte della PA ?

E, in ultima analisi, quali interessi si avvantaggiano effettivamente delle cure dell'Autorità Garante? Quali interessi vengono effettivamente tutelati? Siamo sicuri che alla fine l'azione dell'Autorità Garante nel concreto dei casi di specie tuteli interessi effettivamente meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento?

Per la risposta rinvio alle conclusioni, che formulerò dopo aver esaminato anche il secondo caso che ho segnalato in apertura.

3. Il caso Rechtbank Midden (CGUE 24 marzo 2022 C – 245/20).

3.1. La seconda pronuncia che merita di essere segnalata è CGUE , Prima Sezione, 24 marzo 2022 causa C – 245/20 (Rechtbank Midden – Nederland), la quale ha affermato che "*L'articolo 55, paragrafo 3, del regolamento (UE) 2016/679, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento di dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), deve essere interpretato nel senso che il fatto che un organo giurisdizionale metta temporaneamente a disposizione dei giornalisti documenti di un procedimento giurisdizionale, contenenti dati personali, al fine di consentire loro di riferire in modo più completo sullo svolgimento di tale procedimento rientra nell'esercizio, da parte di tale organo giurisdizionale, delle sue «funzioni giurisdizionali», ai sensi di tale disposizione*", escludendo con ciò la possibilità di un sindacato da parte dell'Autorità garante nazionale.

Cos'era successo nel caso di specie? Al termine di un'udienza del Raad van State (che in Olanda corrisponde al nostro Consiglio di Stato), la parte e il suo avvocato vengono intervistati da un giornalista che, nel corso della conversazione, mostra di avere dettagliata conoscenza degli atti del fascicolo della causa, compresi gli atti nei quali apparivano nome, indirizzo e il cd numero nazionale di identificazione. Dopo che il giornalista ha spiegato che, di regola, i principali atti del processo vengono messi a disposizione dei giornalisti interessati a partecipare all'udienza pubblica al fine di agevolarne la comprensione, l'avvocato e la parte presentano un reclamo sostenendo che sarebbe avvenuto un trattamento di dati personali al quale non avrebbero prestato il proprio consenso e che sarebbe pertanto avvenuto in violazione del GDPR.

Poiché la questione della sussistenza o meno del potere dell'Autorità garante nazionale di sindacare la decisione di un organo giurisdizionale di mettere a disposizione dei giornalisti i principali atti del fascicolo di causa dipende dall'interpretazione delle norme del GDPR, e in particolare dell'art

55 comma terzo che dispone che "*Le autorità di controllo non sono competenti per il controllo dei trattamenti effettuati dalle autorità giurisdizionali nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali*", viene investita la Corte di giustizia. Dopo aver chiarito che l'art 55 paragrafo 3 del Regolamento deve essere letto alla luce del considerando 20, il quale precisa che "*Non è opportuno che rientri nella competenza delle autorità di controllo il trattamento di dati personali effettuato dalle autorità giurisdizionali nell'adempimento delle loro funzioni giurisdizionali, al fine di salvaguardare l'indipendenza della magistratura nell'adempimento dei suoi compiti giurisdizionali, compreso il processo decisionale*", la Corte di giustizia ha appunto concluso che "*il fatto che un organo giurisdizionale metta temporaneamente a disposizione dei giornalisti documenti di un procedimento giurisdizionale, contenenti dati personali, al fine di consentire loro di riferire in modo più completo sullo svolgimento di tale procedimento rientra nell'esercizio, da parte di tale organo giurisdizionale, delle sue «funzioni giurisdizionali»*".

Secondo la decisione, rimangono dunque insindacabili dall'Autorità garante i trattamenti di dati personali effettuati dalle autorità giurisdizionali nell'ambito della loro politica di comunicazione sulle cause di cui sono investite, come quelli consistenti nel mettere temporaneamente a disposizione dei giornalisti atti di un procedimento giudiziario per consentire loro di assicurarne la copertura mediatica.

Una decisione dunque senz'altro meritevole di segnalazione per il fatto di tutelare l'indipendenza della magistratura da qualsiasi possibilità di condizionamento esterno e per garantire la trasparenza e il controllo democratico sull'esercizio della funzione giurisdizionale.

3.2. A questa decisione, che definirei illuminata, della Corte di giustizia fa da contraltare una inspiegabile timidezza dei nostri giudici nazionali, non consapevoli di rendere oggettivamente l'esercizio della funzione giurisdizionale un fatto riservato ai soli diretti interessati e che nessun altro avrebbe il diritto di conoscere.

Con il chiaro intento di impedire la possibilità di risalire anche indirettamente al caso concreto deciso, anche quando non si è in presenza di quei dati personali particolari o sensibili protetti da un divieto di divulgazione o quando l'oscuramento non sia stato chiesto nemmeno dal diretto interessato, le sentenze spesso e volentieri vengono pubblicate nelle banche dati istituzionali omettendo sempre e comunque nominativo e generalità delle persone fisiche. Non solo. L'omissione si estende spesso al nome delle persone giuridiche, ovvero colpisce indiscriminatamente tutte le parti del giudizio. Diffusa e crescente è anche la prassi di omissare, nei giudizi d'impugnazione, persino la data e gli estremi dei provvedimenti del giudizio di primo grado o, più in generale, degli stessi provvedimenti giurisdizionali citati come precedenti. In alcuni casi finanche del tribunale adito. In altri ancora vengono omissati data ed estremi del provvedimento impugnato o delle stesse autorità pubbliche emananti.

Anche qui mi pare giusto aprire una serie di interrogativi.

Com'è possibile che si arrivi a nascondere i dati identificativi non delle persone, ma delle stesse pronunce giurisdizionali e delle autorità giudicanti?

Se si è arrivati a questo punto, è evidente che c'è qualche grave distorsione al fondo del sistema, che si è creato un sistema profondamente distorto

La situazione è stata denunciata dall'AIPDA in un apposito appello che ha cercato di richiamare l'attenzione sul grave pregiudizio che viene in tal modo arrecato alla possibilità di controllo democratico da parte della società civile su una delle forme fondamentali di esercizio della sovranità popolare e sul fatto che in tal modo le decisioni giurisdizionali diventano non intellegibili, anche da parte di chi sia provvisto della particolare preparazione culturale e giuridica che potrebbe essere richiesta dalla eventuale complessità della decisione, perché se ne nasconde volutamente il contenuto proprio per evitare che si possa mai individuare il caso al quale si riferisce.

4. Osservazioni conclusive.

4.1. Per trovare una risposta agli interrogativi che si sono aperti si deve muovere dalla considerazione che l'azione dell'Autorità Garante mostra di aver sposato una lettura restrittiva e acritica del GDPR. Oggettivamente, la lettura dell'Autorità priva d'efficacia immediatamente precettiva la previsione recata dall'art. 6 lett. e), secondo la quale "*l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento*" è una delle possibili basi giuridiche che consentono di ritenere lecito il trattamento; presume l'esistenza di un divieto generalizzato del trattamento di qualsiasi dato personale, laddove il divieto è invece espressamente sancito dall'art. 9 unicamente per i dati particolari o sensibili; applica, infine, indiscriminatamente e allo stesso modo, le regole della minimizzazione, declinate dall'art. 5, ai soggetti tanto privati, quanto pubblici, senza minimamente considerare che le finalità perseguite da una qualsivoglia azione amministrativa sono note *ab origine* (in quanto connaturate ai compiti istituzionalmente propri dell'ente) e che pertanto, differentemente dai soggetti privati, non sussiste il problema di conoscere la finalità per la quale agisce il titolare.

Questa impostazione ha finora consentito all'Autorità Garante di sindacare la stessa sussistenza del potere di provvedere in capo all'Amministrazione procedente in caso di mancanza di una espressa attribuzione del potere di trattamento del dato personale e comunque le concrete modalità di esercizio della funzione amministrativa sotto il profilo della necessarietà rispetto al fine perseguito, operando come un potente fattore di blocco dell'azione amministrativa per proteggere valori a dir poco discutibili.

L'interpretazione restrittiva delle norme che regolano il trattamento dei dati personali per finalità di pubblico interesse, completamente appiattita, senza distinzioni, su quella propria dei rapporti inter privati è già difficilmente spiegabile per il trattamento per finalità di pubblico interesse generalmente considerato, ma nel caso delle pronunce giurisdizionali appare non solo discutibile sul piano valoriale ma chiaramente *contra legem*.

Lasciamo stare il fatto che il GDPR (art. 6) prevede che il trattamento è lecito se "*necessario per adempiere un obbligo legale al quale* è *soggetto il titolare del trattamento*" o quando è "*connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui* è *investito il titolare del trattamento*". Le sentenze sono espressione di una funzione sovrana e l'obbligo di pubblicazione deriva da norma di legge, ma il rilievo per questa parte è comune a tutti i casi di trattamento per finalità di pubblico interesse.

Il fatto veramente sconcertante è che, nel caso dei provvedimenti giurisdizionali, le norme specificamente dettate dal Codice nazionale (le uniche che sono rimaste

sempre ferme anche quando le altre norme del d. lgs. 30 giugno 2003 n. 196 che disciplinavano il trattamento dei dati per finalità di pubblico interesse erano state abrogate dal d. lgs. 101/2018) hanno sempre espressamente previsto che "*le sentenze e le altre decisioni dell'autorità giudiziaria di ogni ordine e grado depositate in cancelleria o segreteria sono rese accessibili anche attraverso il sistema informativo e il sito istituzionale della medesima autorità nella rete Internet (osservando le cautele previste dal presente capo" – v. infra –) (art. 51, co. 2);* che i dati identificati degli interessati riportati sulla sentenza o provvedimento possono essere omissati su richiesta di parte, che spetta però all'autorità giudiziaria accogliere o disporre anche d'ufficio se fondata su "*motivi legittimi*" o per tutelare la "*dignità degli interessati*" (art 52, co. 1 e 2); che l'omissione di *"generalità, dati identificativi o altri dati anche relativi a terzi dai quali può desumersi anche indirettamente l'identità di minori, oppure delle parti nei procedimenti"* è doverosa soltanto se si tratti di *"persone offese da atti di violenza sessuale"* o se si verta *"in materia di rapporti di famiglia e di stato delle persone" (art. 52 co. 5). "Fuori dei casi indicati nel presente articolo",* conclude il comma settimo dell'art. 52 del Codice*, "è ammessa la diffusione in ogni forma del contenuto anche integrale di sentenze e di altri provvedimenti giurisdizionali".*

4.2. Se l'auspicio è che le due pronunce, del Tribunale civile di Roma e della Corte di giustizia, non rimangano un caso isolato, lascia ben sperare il fatto che sulla stessa linea è recentemente intervenuto anche il legislatore, per chiarire appunto che, nel sistema disegnato dal DGPR, la previsione recata dalla lett. e) dell'art 6 può e deve essere ritenuta di per sé sufficiente a fondare la base giuridica del trattamento, almeno dei dati comuni o ordinari, da parte della pubblica amministrazione, senza che si renda necessaria una successiva disposizione che specifichi ulteriormente le finalità e le modalità del trattamento. Il dl 139/2021, convertito con modificazioni dalla l 205/2021, è espressamente intervenuto per modificare l'art. 2 ter del Codice sulla protezione dati personali, dedicato alla "*Base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*", eliminando dalla formulazione normativa del primo comma l'avverbio "*esclusivamente"* e l'espressione "*nei casi previsti dalla legge*" al fine appunto di precisare che "*la base giuridica prevista dall'art 6 par 3 lett. b) del regolamento è costituita da una norma di legge o di regolamento o da atti amministrativi generali*". Oltre ad altre significative modifiche, ha poi introdotto il comma 1 bis al fine di precisare che per le amministrazioni pubbliche e soggetti equiparati il trattamento dei dati personali "è anche consentito se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti" e che "*"la finalità del trattamento, se non espressamente prevista da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento, è indicata dall'amministrazione, dalla società a controllo pubblico in coerenza al compito svolto o al potere esercitato, assicurando adeguata pubblicità all'identità del titolare del trattamento, alle finalità del trattamento e fornendo ogni altra informazione necessaria ad assicurare un trattamento corretto e trasparente con riguardo ai soggetti interessati e ai loro diritti di ottenere conferma e comunicazione di un trattamento di dati personali che li riguardano".*

Le disposizioni urgenti in materia di protezione dei dati personali dettate dal d.l. 139/2021 oggi chiariscono senza dubbio alcuno che il trattamento dei dati personali per finalità di pubblico interesse (necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri) è consentito se ritenuto necessario dall'amministrazione alla quale il compito o potere sia stato attribuito dal legislatore, senza che la finalità del trattamento debba essere espressamente specificata dal legislatore medesimo.

Alla riscrittura dell'art 2 ter si accompagna anche la soppressione di altri poteri in precedenza riconosciuti al Garante (per la valutazione dei rischi del trattamento o per la comunicazione e diffusione dei dati strumentali o connesse all'esecuzione di un compito di pubblico interesse o all'esercizio di un funzioni istituzionali), a sottolineare la chiara volontà di sottrarre il trattamento dati per finalità di pubblico interesse a quello stringente controllo che in precedenza ha consentito al Garante d'ingerirsi in maniera molto penetrante nella valutazione delle stesse finalità concretamente perseguite da una data azione amministrativa, sino al punto di valutarne l'effettiva utilità o l'astratta possibilità.

Sotto questo profilo, le disposizioni hanno una valenza interpretativa particolarmente significativa, che impone una lettura necessariamente più elastica dello stesso principio di minimizzazione allorquando esso non si rivolga a rapporti tipicamente privatistici, ma deve essere applicato nei confronti del trattamento dati per finalità di pubblico interesse. In ogni caso, si vuol dire, non è più possibile doppiare le valutazioni discrezionali riservate all'amministrazione procedente per la cura dell'interesse pubblico nel concreto del caso di specie, con valutazioni di merito operate dall'Autorità garante in una maniera che non è consentita nemmeno al giudice amministrativo e che, per gli atti aventi forza e valore di legge, è riservata alla Corte costituzionale.

A maggior ragione, quindi, nel caso della pubblicazione dei provvedimenti giurisdizionali s'impone quella immediata correzione di rotta prefigurata dal legislatore per il trattamento dei dati personali per finalità di pubblico interesse, almeno finché si tratta di dati ordinari e non particolari o sensibili, abbandonando definitivamente quel pregiudizio culturale che porta a presumere che tutti i dati personali siano per ciò solo sensibili e di per sé soggetti a un generale divieto di pubblicazione. L'oscuramento ha un senso ed è possibile unicamente nelle ipotesi contemplate dall'art 52 del Codice.

4.3. Mi sembra chiaro, in conclusione, che la normativa in tema di protezione dei dati personali è stata finora applicata in una maniera acritica che ha accomunato il regime del trattamento per finalità di pubblico interesse a quello proprio dell'uso commerciale tra privati; senza tenere conto del fatto che, nel primo caso, il soggetto pubblico è già di per sé tenuto ad agire secondo finalità predeterminate dalla legge e nel rispetto del principio di proporzionalità; nel secondo no. Ed è quindi logico che, in tal caso, la possibilità di trattare il dato personale sia subordinata al previo consenso del soggetto interessato e che il trattamento sia consentito al limitato fine per il quale il consenso è stato prestato.

Se non si considera questo, si arriva a un risultato assolutamente inaccettabile in termini valoriali; perché significherebbe che l'evoluzione della disciplina (e del bene tutelato), dalla *privacy* – riservatezza al trattamento dei dati personali, avrebbe avuto unicamente l'effetto di dare un prezzo al diritto alla riservatezza e di renderlo così

disponibile per gli usi commerciali del mercato digitale globale della società moderna; e di renderlo per contro indisponibile proprio laddove i rapporti giuridici devono essere invece istituzionalmente regolati sulla base di un principio di trasparenza e non di riservatezza. Laddove cioè il trattamento è necessario per finalità di pubblico interesse o per l'esercizio di funzioni pubbliche.

Questa evoluzione è evidente e bisogna esserne consapevoli.

Per consuetudine, la nascita del diritto alla riservatezza viene fatta risalire storicamente alla pubblicazione sulla Harward Law review 1890 dell'articolo di Warren and Brandeis "The Right to Privacy". La storia è nota. Warren aveva sposato la figlia di un noto senatore e la Evening Gazette di Boston pubblicava continuamente indiscrezioni sulla vita matrimoniale di Warren e di sua moglie.

L'articolo avrebbe teorizzato per primo l'esistenza del diritto alla privacy come "*the right to let be alone*"; il diritto cioè ad essere lasciati soli, non spiati nell'intimità personale. Lo schema teorizzato è quello del diritto assoluto, della persona. Si vuole garantita la inviolabilità dello spazio privato della persona, dello spazio domestico che deve essere protetto da invasioni altrui.

La logica proprietaria sottesa alla protezione dell'interesse configura il diritto come *jus excludendi alios* e impiega la tecnica del divieto: il **mio** spazio non può essere invaso da terzi senza il mio consenso.

Il tema *privacy* nasce quindi come questione tipicamente di diritto privato, di tutela di un interesse esclusivamente privato, individuale. Se si esce dalla sfera "proprietaria" individuale, l'interesse non risulta più meritevole di protezione.

Il confine con il diritto pubblico è quindi molto netto. Se si entra nella sfera del pubblico, l'interesse tutelato è esattamente opposto ed è quello alla trasparenza e conoscibilità di un'attività amministrativa che il privato chieda venga posta in essere per soddisfare un proprio interesse personale ovvero della quale esso sia destinatario per ragioni di pubblico interesse.

Se si è destinatari di provvedimenti o decisioni (rese d'ufficio o a domande di parte) con cui si esercitano pubbliche funzioni bisogna conoscere l'identità: quando è in gioco l'interesse pubblico, l'impiego di risorse della collettività, il principio democratico impone di conoscere PERCHÉ si fa una cosa e CHI ne è beneficiario o danneggiato.

E l'ingresso nella sfera pubblica può dipendere da due fattori o meglio avvenire in due modi: o perché, per rievocare il caso Warren, "esco di casa" per chiedere qualcosa alla P.A. o per rivolgermi al giudice; oppure perché la P.A. o un giudice entrano nella mia sfera personale perché c'è una norma di legge che attribuisce a tali Autorità questo potere. Così come del resto avviene per qualsiasi altro diritto.

E il "sacrificio" è condizionato nelle modalità dalla finalità (eccesso di potere) e della proporzionalità.

Nel diritto contemporaneo il concetto di *privacy* si è evoluto ed ha assunto la forma della protezione dei dati personali. Non si tratta di una mera variazione lessicale. Alla diversità del significante si ricollega anche una diversità di significato.

Il concetto non è più lo stesso, non è identico. Anzi.

La tutela sembra assumere come oggetto una vera e propria identità digitale: l'interesse regolato non è più solo quello al controllo della diffusione di notizie o immagini sulla persona, ma al controllo di tutte le informazioni che consentono di identificare la persona fisica (nascita, età, CF, ecc.). La nozione poi si allarga e ricomprende qualsiasi uso del dato personale. "*Trattamento*"

è non solo la pubblicazione, ma anche l'acquisizione del dato o il suo trasferimento ad un soggetto terzo. Tutto questo ha come conseguenza che i dati personali divengono oggetto di un bene giuridico autonomo, diverso dallo spazio privato personale che deve essere protetto da invasioni altrui, che diventa così soggetto alle comuni regole sulla circolazione dei beni giuridici.

Se l'evoluzione della privacy da "*right to let be alone*" a diritto al trattamento dei dati personali è servita a patrimonializzare il diritto di riservatezza per consentirne l'uso da parte dei *big data* e a riposizionare il nucleo duro della riservatezza solo laddove ve ne sarebbe minor ragione, e cioè nell'ambito pubblico, dove la regola è quella della trasparenza e della conoscibilità, il risultato sarebbe paradossale. Se l'attuazione del GDPR serve a rendere disponibile il diritto da parte di soggetti privati e imprese, che vengono autorizzati all'uso economico dei dati personali in base ad un consenso che risulta prestato secondo formule di rito standardizzate e non negoziabili, e a rendere per converso indisponibile in ambito pubblico anche il trattamento dei dati comuni e ordinari, il risultato appare francamente inaccettabile.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2816 – 21 giugno 2023

L'incerto confine tra giurisdizione di legittimità e di merito*

Fabio Francario

Sommario: 1. Il giudice amministrativo di fronte alla dissoluzione del provvedimento e del procedimento amministrativo. – **2.** L'incerto confine tra giurisdizione di legittimità e di merito. – **3.** L'esaurimento del potere a prescindere dal carattere vincolato della decisione e la sostituzione nella cura discrezionale dell'interesse pubblico. Orientamenti della giurisprudenza. – **4.** Osservazioni conclusive.

1. Il giudice amministrativo di fronte alla dissoluzione del provvedimento e del procedimento amministrativo.

Oggi come oggi, (quello del) "giudicare" è certamente un mestiere difficile.

Ovviamente lo è sempre stato, perlomeno da quando ha assunto le forme di un giudizio umano razionale e ha dismesso quelle del vaticinio sacerdotale di una volontà divina, di una giustizia divina. La perfezione, com'è noto, non è di questo mondo. L'errore è insito nella natura e nelle attività umane e anche la giustizia umana è fallace. Anzi. Qualsiasi sistema di giustizia dà per scontato che lo sia, nonostante la competenza, l'impegno e lo zelo che il giudice possa avere e impiegare nella decisione di una causa. È infatti immanente in qualsiasi sistema la previsione di mezzi d'impugnazione, cosa inconcepibile se si postulasse che una sentenza non possa essere sbagliata, ingiusta. Ma questo rientra nella fisiologia del sistema, anche perché il giudizio del giudice deve necessariamente maturare nell'ambito di un perimetro di conoscenza e di un arco temporale limitati. L'attività del giudice, volta ad accertare la verità tra contrapposte ricostruzioni della stessa, non può durare all'infinito, ma deve necessariamente svolgersi tra un momento iniziale e uno finale, ben definiti (la domanda e la pronuncia). L'accertamento della verità è stretto da questi confini perché deve necessariamente esserci un momento conclusivo dell'attività di accertamento e di assunzione della decisione. *Res judicata pro veritate habetur*. Non è la verità assoluta, ma qualcosa che ci va il più vicino possibile. Nessuno può mai garantire che, in assoluto, non ci siano errori nel giudizio.

Oggi come oggi, si è però molto arricchita, direi a dismisura, la complessità degli ordinamenti giuridici e, con essa, la com-

* Relazione al convegno di Modanella 16-17 giugno 2023 "Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione".

prensibilità e la governabilità dei medesimi. Il sistema delle fonti troppo spesso sfugge ormai alla sovranità e alla regolazione statuale e l'inserimento in un sistema sovranazionale multi livello rende ormai instabili persino le stesse decisioni rese dagli organi giurisdizionali nazionali di ultima istanza. Per altro verso, lo stesso Stato sempre più spesso crea, moltiplica e diversifica al suo interno le fonti, aumentando la confusione e l'incertezza e sempre più spesso legifera – come dire – *in progress*, pregiudicando la stabilità e la conoscibilità delle norme effettivamente applicabili ad un caso di specie (le leggi di "semplificazione" sono un vero e proprio paradosso). Non mi pare si possa cioè seriamente dubitare che il paesaggio giuridico odierno nel quale si muovono giudici e giuristi, soprattutto quello italiano, sia più difficile perché è più complesso e che ciò renda oggettivamente più difficile il mestiere del giudice.

Ma questo vale per qualsiasi giudice del nostro ordinamento nazionale.

Se veniamo al "nostro" Giudice amministrativo, il discorso assume una complessità senz'altro maggiore in ragione di diverse peculiarità che si rendono immediatamente evidenti.

Il quadro della complessità e della conseguente difficoltà di decidere si arricchisce, nel caso del Giudice amministrativo, di un ulteriore elemento di complicazione destinato ad operare come un vero e proprio fattore destabilizzante.

La dissoluzione ovvero la tendenziale scomparsa della decisione amministrativa. Si tratta di una tendenza in atto ormai da tempo.

La frantumazione del potere decisionale e la moltiplicazione delle competenze derivate da spinte autonomistiche e pseudo federaliste; il riposizionamento della linea di confine tra pubblico e privato derivato da politiche di liberalizzazione e dal principio di sussidiarietà; la complessità e la lungaggine dei tempi del procedimento amministrativo da osservare per giungere ad una decisione; la "paura della firma" ingenerata dal timore d'incorrere in responsabilità per decisioni da assumere in contesti normativi oscuri e contraddittori; l'ulteriore fattore di confusione derivante dal crescente se non ormai abituale impiego dello strumento del commissariamento (per consentire, alla stessa amministrazione che sarebbe ordinariamente competente, di provvedere "in deroga a qualsiasi altra disposizione vigente") o dalla teorizzazione della necessità di abbandonare modelli autoritativi per impiegare forme di diritto cd "gentile" (per persuadere i destinatari dell'utilità e bontà dell'attività dei pubblici poteri) per cercare di recuperare garanzie di risultato dell'azione amministrativa; sono tutti fattori che hanno portato alla decostruzione della categoria tradizionale del procedimento amministrativo e alla scomparsa della decisione amministrativa provvedimentale. La decisione amministrativa destinata a produrre gli effetti giuridici costitutivi modificativi o estintivi di un rapporto di diritto pubblico ormai sempre più spesso non viene assunta al termine di un procedimento amministrativo concepito come sequenza di atti preparatori tra loro legati da un rapporto di necessaria presupposizione, tale da consentirne la successiva verifica sotto il profilo della logicità e della validità giuridica.

Sempre più spesso il modello procedimentale è completamente abbandonato imputando direttamente al soggetto interessato la produzione degli effetti giuridici e le conseguenti responsabilità. L'impiego del modello dell'autodichiarazione del soggetto interessato non è più limitato ad atti meramente preparatori ma si estende alla fase

costitutiva degli effetti del rapporto giuridico. DIA, SCIA, CILA e via dicendo.

Le misure di semplificazione procedimentale consentono di provvedere prescindendo dall'acquisizione dell'assenso e delle valutazioni delle amministrazioni portatrici di un interesse diverso da quello primario. Il già complesso istituto del silenzio si è arricchito delle figure del silenzio non impediente (art. 16 l. 241) e del silenzio assenso tra PA. (art. 17 bis, l. 241) e il silenzio assenso da eccezione è divenuto regola generale (art. 20, l. 241).

Per altro verso, è divenuto ormai abituale l'impiego dell'atto avente forza di legge per provvedere alla cura concreta di interessi pubblici specifici e determinati allorquando vi sia la volontà politica di raggiungere un certo risultato. Non si è più di fronte al problema teorico tradizionale di ammettere o meno la possibilità che, in via eccezionale, possa aversi una legge-provvedimento. Siamo di fronte a un dato di sistema che dimostra come, dopo l'illusione di aver separato la politica dall'amministrazione distinguendo tra attività d'indirizzo e di gestione, la politica si è riappropriata dell'amministrazione degli interessi concreti spostandola al più elevato livello dell'esercizio di funzione legislativa. Il che, paradossalmente, ne garantisce peraltro l'immunità in quanto le decisioni si ammantano della forma legislativa e non amministrativa.

Insomma, nel terzo millennio la cura in concreto dell'interesse pubblico, in un numero sempre crescente di casi, ipotesi e situazioni, non passa più per l'attività amministrativa. O perché l'Amministrazione non è in grado di decidere; o perché evita di decidere in quanto timorosa delle responsabilità conseguenti alla decisione; o perché la decisione si consuma già tutta al livello legislativo.

2. L'incerto confine tra giurisdizione di legittimità e di merito.

Lo scenario che abbiamo oggi di fronte, contraddistinto dalla dissoluzione o evanescenza della decisione amministrativa, intesa come atto conclusivo dell'esercizio di una data funzione amministrativa, in gran parte dei casi priva il giudice amministrativo del termine di riferimento certo del suo operato e lo costringe in un certo senso a reinventarsi.

Ma, si dirà, qual è il problema? oggetto del giudizio amministrativo ormai non è più l'atto, la sua mera legittimità, ma il rapporto sottostante; e il giudizio ha ormai ad oggetto la pretesa che, in nome del principio di effettività, il giudice amministrativo è tenuto ad assicurare se l'attore ha ragione. Tanto più che, dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, i suoi poteri non sono più limitati e ha tutti i mezzi per poterlo fare, sia cognitori che decisori; ivi compresa la possibilità di condannare al rilascio del provvedimento richiesto (art. 34, co. 1, lett. C c.p.a.) e, volendo, di indicare le misure attuative del giudicato e di nominare il commissario ad acta già in sede di cognizione (art. 34, lett. E c.p.a.).

In parte ciò è ovviamente vero, ma occorre intendersi su alcuni snodi fondamentali prima di trarre conclusioni troppo affrettate.

Uno di questi passa proprio per la distinzione tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito; distinzione troppo spesso e troppo sbrigativamente ritenuta quasi un mero retaggio storico sulla base dell'assunto, appena ricordato, che quella amministrativa sarebbe ormai sempre e comunque una giurisdizione piena, una *full jurisdiction*, non più astretta dai limiti tra-

dizionalmente propri del giudizio di legittimità.

E sul punto bisogna intendersi bene, perché una cosa è assumere, correttamente, che il giudizio di legittimità, dopo le storiche sentenze della Corte costituzionale sull'istruttoria e l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, non ha più i limiti di cognizione che l'hanno contraddistinto in passato e consente al giudice di accedere pienamente ai fatti di causa; altra assumere che la cognizione sia estesa al merito anche nella giurisdizione di legittimità e che anche i poteri decisori (leggi : sostitutivi) siano gli stessi, sì da poter ritenere, erroneamente, che non vi sia più motivo per mantenere la distinzione.

Affermare che la distinzione sia venuta meno è affermazione eccessivamente disinvolta e sbrigativa.

Certamente alcuni tratti distintivi sono venuti meno: non c'è più differenza circa i mezzi istruttori ammissibili; la sostituzione è possibile se l'attività è vincolata e priva di profili di discrezionalità. Ma la distinzione è mantenuta nel codice del processo amministrativo, così come è conservata la configurazione della giurisdizione di merito come una giurisdizione eccezionale, esercitabile solo nei casi in cui è espressamente prevista.

Sono due indicazioni estremamente chiare, dalle quali un'interpretazione scientificamente corretta del sistema non può prescindere.

È dunque il caso di riflettere sul perché, sin dall'origine, la giurisdizione di merito è stata concepita come eccezionale, praticabile cioè nei soli casi espressamente previsti dal legislatore e non in via generale. La ragione è nel fatto che essa postula e implica la possibilità di completa sostituzione del giudice all'amministrazione nella cura dell'interesse pubblico, nella scelta della soluzione più giusta per il caso concreto. E il carattere eccezionale vale di per sé solo a sottolineare, anche a voler prescindere dai principi generali dell'Ordinamento, che la piena sostituzione del giudice, anche se amministrativo, all'amministrazione, in linea di principio è vietata. È l'elasticità del principio della separazione dei poteri che ne consente la sua modulazione: al giudice ordinario è vietato annullare gli atti amministrativi; cosa che è invece consentita al giudice amministrativo riposizionando tuttavia il confine sulla linea del divieto di sostituzione piena, ammessa solo eccezionalmente.

Ammettere che, in casi eccezionali, il giudice amministrativo possa sostituirsi pienamente all'amministrazione, implica infatti necessariamente ammettere anche che il giudice debba poter conoscere e ponderare direttamente gli interessi coinvolti nell'azione amministrativa per stabilirne l'assetto ritenuto più giusto nel caso concreto ed adottare la decisione in luogo dell'amministrazione inadempiente. Non è un caso che il caso più importante di giurisdizione estesa al merito sia rappresentato dal giudizio di ottemperanza, che non corrisponde ad un'unica ben determinata materia, ma individua qualsiasi ipotesi in cui vi sia stato un precedente accertamento giudiziale della illegittimità dell'azione amministrativa e l'amministrazione insista nel tenere una condotta non conforme a legge. Il persistere dell'inadempimento, successivamente all'accertamento giurisdizionale della sua sussistenza, giustifica l'intervento sostitutivo pieno del giudice.

Se sono queste le ragioni che, in breve, spiegano il carattere eccezionale della giurisdizione di merito, è evidente che esse non sono minimamente scalfite dal fatto che, per accertare la sussistenza di un vizio di legittimità dell'azione amministrativa, il giudice possa avvalersi a tal fine, anche

nella giurisdizione generale di legittimità, di qualsiasi mezzo di prova previsto dal codice di procedura civile, ad eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento. E (non sono scalfite) nemmeno dal fatto che, anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, il giudice possa comunque condannare al rilascio del provvedimento richiesto, poiché, per definizione, stante l'esplicito richiamo dell'art. 34, lett. C c.p.a. ai limiti di cui all'art 31, 3 co. c.p.a., questa ipotesi non è formulata in termini generali, ma suppone, per poter essere praticata, che non vi siano margini di scelta discrezionale e che residui unicamente un'attività vincolata. Così come non può assumere rilevanza la possibilità di indicare sin dal momento della cognizione le misure attuative del giudicato (art. 34, lett. E c.p.a.) perché la decisione da eseguire rappresenta comunque un *prius* rispetto alla misura attuativa che può e deve muoversi nel rispetto e nei limiti della prima (in tal senso la disposizione viene correttamente applicata ad esempio dalla recente pronuncia Cons Stato Sez. Sesta 12 5 2023 n. 4800, in un caso in cui, accolta la domanda di condanna al pagamento di una somma di danaro, vengono subito definiti tempi e modalità del pagamento e nominato il commissario ad acta.

Il fatto che in sede di giurisdizionale di legittimità non vi siano più limitazioni dei mezzi istruttori ammissibili, così come il fatto che sia possibile condannare al rilascio del provvedimento richiesto se l'attività si presenta interamente vincolata, non sembrano dunque offrire spunti interpretativi tali da consentire di stravolgere il fondamentale criterio interpretativo derivante dal sistema, che mantiene ferma la distinzione e le attribuisce un preciso significato: "*nell'esercizio di tale giurisdizione (di merito) il giudice può sostituirsi all'amministrazione*".

La posizione del legislatore e del codice del processo amministrativo è dunque molto chiara: il confine tra giurisdizione di legittimità e di merito esiste ed è volto a differenziare il potere decisorio in relazione all'affare trattato (sostituzione piena dell'amministrazione e conseguente venir meno anche della limitazione della cognizione ai soli profili di legittimità).

A fronte di ciò, lo *story telling* giuridico più in voga, valorizzando oltre misura spunti esegetici offerti da disposizioni in realtà saldamente ancorate al ricorrere di ben precisi presupposti, sembrerebbe ritenere la distinzione obsoleta e ormai superata.

3. L'esaurimento del potere a prescindere dal carattere vincolato della decisione e la sostituzione nella cura discrezionale dell'interesse pubblico. Orientamenti della giurisprudenza.

3.1. Fatte queste premesse, direi che l'interrogativo che ci siamo posti pone una domanda la cui risposta appare tutt'altro che scontata.

Come si sta dunque reinventando il giudice amministrativo del terzo millennio a fronte della dissoluzione delle categorie del procedimento e della decisione provvedimentale?

La tentazione di assumere (sia ben chiaro: per puro spirito di servizio nei confronti della Nazione) un ruolo di supplenza, per colmare il vuoto lasciato dalla dissoluzione della decisione amministrativa è dietro l'angolo; e con essa la tentazione di estendere tale ruolo anche alle ipotesi in cui l'attività provvedimentale, come dire, esiste e re-

siste, nel convincimento che l'inefficienza amministrativa sia ormai endemica.

La più significativa emersione di questa tendenza è data dalla teorizzazione del principio del c.d. *one shot*, più o meno temperato. In nome del principio di effettività, si assume in tesi che, a seguito della sentenza, l'amministrazione conservi il potere di provvedere una sola volta o due al massimo, forse tre; dopo di che esso si esaurisce, legittimando il pieno intervento sostitutivo del giudice all'amministrazione. A prescindere dal fatto che la "cosa giudicata" o anche il solo accertamento recato dalla sentenza esecutiva lasci o meno ancora spazi di scelta sul modo di provvedere. Cosa che, ovviamente, è appena il caso di sottolineare, è possibile unicamente se si postula l'avvenuta scomparsa del confine tra giurisdizione d legittimità e di merito

La teorizzazione è intelligente e le intenzioni sono sicuramente encomiabili perché, come ho già sottolineato, il ruolo di supplenza è assunto generosamente e responsabilmente dal giudice amministrativo nell'interesse della Nazione. Ma credo sia nondimeno doveroso interrogarsi sulle conseguenze che ciò produce sul sistema, di giustizia e non solo.

Vediamo il caso forse più noto che continua comunque a rimanere punto di riferimento obbligato (Cons. Stato, Sez. Sesta, 25 febbraio 2019 n. 1321). La vicenda è nota: abilitazione scientifica nazionale più volte negata ad un candidato, da tre diverse commissioni, con diverse motivazioni. Di fronte all'ultimo diniego, il giudice amministrativo esclude che via sia un contrasto con il giudicato, ma ritiene che l'amministrazione abbia ormai comunque perso, esaurito il potere di negare l'abilitazione. Secondo il giudice, dopo l'intervento del "fatto" del giudicato, l'ulteriore diniego non è più una cosa razionalmente credibile ed è indicativo di una condotta capziosa, equivoca e contraddittoria. Nell'esercizio dell'ordinaria giurisdizione di legittimità (non di merito, essendo pacifico non trattarsi di materia di ottemperanza al giudicato) e senza che il ricorrente nemmeno lo avesse chiesto (al di fuori quindi del principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato), il giudice si sostituisce quindi al giudizio della commissione (*rectius*: di tre commissioni) e ordina il rilascio dell'abilitazione

La domanda che mi faccio e pongo a tutti è la seguente: la pronuncia rappresenta il naturale epilogo delle premesse in precedenza ricordate? è cioè il naturale epilogo del fatto che il giudice amministrativo possa oggi conoscere pienamente dei fatti di causa e che possa condannare al rilascio del provvedimento richiesto?

Direi proprio di no. E questo è il punto.

Non ricorre alcuna delle premesse che potrebbero essere invocate per giustificare la scomparsa della distinzione. La pronuncia non dice che l'Amministrazione ha perso il potere di provvedere diversamente perché si era in presenza di un'attività ormai interamente vincolata. Dice che l'ha perso e basta, perché ha provveduto dopo il "fatto" del giudicato.

Ma allora il giudice, si dirà, avrà almeno provveduto dopo aver svolto un'adeguata istruttoria nel corso della quale avrà sicuramente operato un accesso diretto ai fatti di causa? Non si sarà cioè limitato a verificare sufficienza e logicità del giudizio espresso dall'amministrazione, ma avrà letto, esaminato e valutato in prima persona o a mezzo di consulenti tecnici titoli e pubblicazioni presentate dal candidato. Niente di tutto questo. Il giudice ordina il rilascio dell'abilitazione senza aver letto e valutato i contributi scientifici del ricorrente. Ritiene cioè irragionevole il giudizio della commis-

sione, ma non fornisce anche una diversa motivazione sul perché i titoli dovrebbero esser ritenuti tali da giustificare un giudizio di piena maturità scientifica del candidato. O meglio: ritiene irragionevole che si possa avere ancora "fiducia" nelle commissioni di concorso.

Detto per inciso, oggi saremmo peraltro fuori anche dalla possibilità di applicazione del sopravvenuto art. 10 bis l. 241, perché si tratta di un concorso pubblico.

il punto, comunque, non è tanto di stabilire se la decisione sia tecnicamente o intrinsecamente errata in diritto, Sotto questo profilo, è noto, l'ingegneria giuridica del Consiglio di Stato forse non ha eguali. Il problema è un altro. E cioè se sia giusto oppure no che il giudizio di tre diverse commissioni di concorso, formulato da ben quindici professori universitari di ruolo di prima fascia estratti a sorte, possa essere sostituito senza aver previamente fatto la stessa istruttoria fatta dalle tre commissioni (senza aver cioè previamente valutato titoli e pubblicazioni secondo le vigenti disposizioni normative) per giungere ad una diversa conclusione.

Ammesso e non concesso che, al di fuori della giurisdizione di merito, sostituzione piena possa esserci, presupposto necessario perché ciò possa avvenire è che il nuovo giudizio venga formulato e che venga formulato dopo aver rinnovato l'istruttoria con piena conoscenza dei fatti già valutati dall'amministrazione.

3.2. Questo credo sia il vero punto nodale da affrontare. E cioè se la sostituzione nelle valutazioni di merito o tecnico discrezionali possa essere giustificata sulla base di un mero giudizio di ragionevolezza, di persuasività della motivazione; ovvero se si possa sostituire interamente la decisione senza aver rinnovato completamente l'attività istruttoria necessaria con accesso pieno e diretto ai fatti.

Personalmente lo escludo, ma direi che in ogni caso dovrebbero essere ben ponderate le conseguenze se questo metodo viene applicato nell'ordinario svolgersi della giurisdizione generale di legittimità.

Nel *leading case* citato, il Consiglio di Stato rilascia l'abilitazione scientifica nazionale senza aver letto e valutato le pubblicazioni presentate dal ricorrente. L'accesso pieno, immediato e diretto ai fatti, anche mediante CTU, non si consuma. E siamo in presenza di una ponderata e ponderosa sentenza di merito resa nei confronti di un interesse pretensivo.

Ma pensiamo anche a quello che può avvenire nei confronti di provvedimenti ablatori, specie quando la lite viene definita con effetti irreversibili già nel giudizio cautelare, senza riformare il provvedimento amministrativo ma sostituendo comunque l'amministrazione nel giudizio discrezionale, prestando un ossequio di pura facciata alla discrezionalità amministrativa. Due casi di recente attualità mi paiono sotto questo profilo emblematici: la partita di calcio Napoli - Eintracht Frankfurt e quello dell'orsa JJ4. Partita di Champions League: per motivi di ordine pubblico, in considerazione dei gravi disordini scoppiati nell'incontro di andata e ritenuta sussistente una situazione di grave pericolo, l'Autorità di pubblica sicurezza vieta la vendita dei biglietti ai residenti in Germania; il TAR ritiene che il provvedimento non sia motivato in maniera rigorosa e che la misura sia sproporzionata e che, conseguentemente, il pericolo per la sicurezza pubblica, prospettato solo genericamente, è in realtà insussistente. Il divieto viene rimosso, i tifosi tedeschi acquistano i biglietti, vengono a Napoli e il centro della città viene messo a ferro e fuoco dagli scontri tra le tifoserie.

Nei boschi del Trentino si aggirano orsi importati dalla vicina Slovenia in attuazione di appositi programmi di ripopolamento finanziati dalla Unione europea. Uno di questi JJ4, com'è purtroppo noto alle cronache, ha recentemente ucciso un *runner* che si allenava nel bosco. Era già la seconda volta che JJ4 uccideva qualcuno in quelle aree. Per tutelare la sicurezza e l'incolumità degli abitanti e dei frequentatori delle aree prossime alla zona dell'incidente, la Provincia autonoma ordina l'abbattimento dell'orsa JJ4. Il provvedimento viene sospeso dal GA assumendo che sicurezza e incolumità possano essere tutelate diversamente.

Si potrebbe ricordare che secondo Alberto Romano, il giudizio cautelare dovrebbe in realtà essere ritenuto un'ipotesi di giurisdizione di merito. Ma rimane il fatto, che è quanto mi preme sottolineare, che il giudizio viene sostituito senza svolgimento di un'analoga o più approfondita istruttoria diretta sui fatti, sempre e solo sulla base della ritenuta irragionevolezza o non persuasività della motivazione dell'amministrazione.

Per tornare a provvedimenti decisori aventi forma e contenuto di sentenza, mi limito a ricordare un altro solo precedente, non solo perché espresso al livello più alto della giurisdizione amministrativa, ma anche perché anch'esso sicuramente emblematico: le Adunanze plenarie "balneari", nn. 17 e 18 del 2021. Si tratta di pronunce assolutamente raffinate sotto il profilo della scienza giuridica, che mostrano tuttavia chiaramente come nell'occasione il giudice amministrativo, più che decidere una causa, abbia ritenuto doveroso accollarsi l'onere di colmare un vuoto decisionale generato, prima ancora che dall'amministrazione, dallo stesso legislatore. Lo sforzo è compiuto generosamente e in maniera encomiabile, ma gli istituti giuridici, processuali e non, impiegati nel ragionamento subiscono quasi tutti una forzatura o una torsione innaturale per raggiungere lo scopo prefisso di trovare una giusta soluzione al problema lasciato aperto dall'inerzia del legislatore e dell'amministrazione. A cominciare dalla dichiarazione d'inammissibilità di tutti gli interventi, produttiva dell'effetto di limitare il contraddittorio alle sole parti principali del giudizio *a quo,* laddove la questione di massima di particolare importanza, sollevata d'ufficio con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, derivava proprio dalla considerazione "*degli effetti ad ampio spettro che inevitabilmente deriveranno su una moltitudine di rapporti concessori*". Si potrebbe proseguire con la dichiarazione, da nessuna delle parti in causa mai richiesta nei giudizi pendenti, dei criteri che dovranno essere seguiti dal legislatore nel provvedere al riordino della materia, sia sotto il profilo della disciplina del rapporto concessorio, che dei criteri di selezione dei futuri concessionari e delle relative procedure. E si potrebbe continuare ancora con la falsa disapplicazione, ma in realtà piena sostituzione del legislatore nello stabilire al 2023 la possibile durata massima di proroga delle concessioni. E ancora con i principi affermati in tema di modulazione degli effetti dell'annullamento, in tema di demanio e interesse transfrontaliero, in tema di autotutela e in tema di giudicato e *jus superveniens*. Il ruolo di supplenza svolto per colmare il vuoto decisionale finisce con l'allontanare il giudice dal processo e dalle sue regole

4. Osservazioni conclusive.

In conclusione, direi che è innegabile l'emersione di una linea di tendenza del Giudice amministrativo a sostituirsi pienamente all'Amministrazione, anche al di fuori dei casi di giurisdizione di merito, giudizio di

ottemperanza *in primis*, nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità.

Due osservazioni al riguardo.

La prima è che ciò avviene sotto la spinta dell'intrecciarsi delle teorizzazioni della giurisdizione amministrativa in termini di *full jurisdiction* con un malinteso principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Sotto il profilo della *full jurisdiction*, ho già ampiamente sottolineato come la presunzione che il giudice amministrativo abbia oggi una giurisdizione piena o non legittima la scomparsa della distinzione. La sostituzione è possibile quando è possibile, non come regola generale; e dovrebbe in ogni caso essere consentita non sulla base della mera esistenza della possibilità di avere un pieno accesso ai fatti per cui è causa, ma sul presupposto che ciò avvenga effettivamente. Senza adeguata istruttoria, senza una diretta e immediata conoscenza dei fatti, la sostituzione, fondata unicamente su valutazioni di irragionevolezza o non persuasività della motivazione, non ha ragion d'essere e rischia di essere un rimedio peggiore del male.

E anche sul principio di effettività ci si dovrebbe intendere meglio. Il principio vuole che il processo faccia conseguire all'attore che ha ragione tutto e proprio quello che le norme di diritto sostanziale che egli assume violate gli garantiscono. Non trasforma per ciò solo il processo in una fonte di beni non garantiti da norme di diritto sostanziale. Chi partecipa ad una procedura di gara o a un concorso pubblico non ha diritto di vincerlo e l'ordinamento protegge il suo interesse a concorrere senza subire discriminazioni ingiustificate. Invocare il principio di effettività per autorizzare il giudice ad adottare la decisione che egli ritenga più giusta secondo le circostanze del caso di specie, a prescindere dall'utilità garantita dalle norme che si assumono violate, implica infatti negare il carattere strumentale del processo. Ma su questo punto, dal momento che in ultima analisi toccherebbe la natura e la consistenza dell'interesse legittimo, potrebbero aprirsi discussioni infinite, incomprimibili nello spazio delle presenti osservazioni conclusive. Mi limito solo a sottolineare un dato che può essere pacifico; e cioè che il giudice amministrativo giudica delle liti in cui la realizzazione all'aspirazione alla conservazione o all'ottenimento di un dato bene della vita è condizionata dal previo esercizio di potestà pubblicistiche che sono attribuite per la cura di interessi pubblici, superindividuali.

La seconda osservazione muove dalla domanda che mi sono costantemente posto durante tutta l'elaborazione del presente scritto: ma vale la pena rimuovere il confine? Penso ovviamente di no. Forse soprattutto perché penso che la conservazione salvaguardi non solo l'amministrazione, ma lo stesso processo amministrativo.

L'analisi svolta ha mostrato che tra le conseguenze della dissoluzione della linea di confine tra giurisdizione di legittimità e di merito v'è infatti in primo luogo quella per cui il giudice amministrativo viene sempre più risucchiato in un ruolo di supplenza dell'amministrazione e che ciò rischia di compromettere le garanzie e le certezze che un sistema di diritto processuale deve invece mantenere saldamente ferme. Ciò che forse più mi preme sottolineare al riguardo è che il mantenimento della distinzione deve esser quindi letto non solo in funzione di garanzia di una riserva di amministrazione, ma anche in funzione di garanzia dell'esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice amministrativo. La piena sostituzione dell'amministrazione, anche al di fuori del momento dell'ottemperanza, porta con sé il rischio che il modello processuale e le certezze che esso deve offrire vengano

progressivamente e quasi inavvertitamente abbandonati e finiscano con lo scivolare nuovamente su archetipi paracontenziosi tipici di un amministratore di ultima istanza.

Auspico ovviamente che ciò non debba mai avvenire e il mio auspicio trova conforto nelle parole del Presidente Maruotti che, nella Relazione tenuta in apertura del corrente anno giudiziario, ha più volte sottolineato l'importanza del fatto che il giudice amministrativo sia percepito come arbitro imparziale proprio perché la sua ragion d'essere, nello Stato di diritto, è di rappresentare il baluardo della legalità e della legittimità dei provvedimenti amministrativi.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
In corso di pubblicazione nella sezione "Diritto e processo amministrativo" della Rivista

L'impugnazione del bando da parte dell'impresa che non partecipa alla gara: dalla legittimazione al ricorso all'onere della prova.

(nota a T.A.R. Campania – Salerno, sez. I, n. 1344 del 12 giugno 2023)

Fortunato Gambardella

Sommario: 1. La vicenda processuale. – **2.** La legittimazione all'impugnazione del bando di gara in capo a soggetti non partecipanti alla gara: le basi del ragionamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. – **3.** Il regime d'impugnazione delle clausole attinenti la formulazione dell'offerta che ne rendono impossibile la presentazione: l'Adunanza Plenaria n. 4 del 2018. – **4.** Brevi considerazioni critiche sull'impiego dello strumento probatorio della verificazione nei giudizi di impugnazione dei bandi provocati da imprese non partecipanti alle gare.

1. La vicenda processuale.

La sentenza n. 1344 del 2023 del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sezione I di Salerno, rilancia l'attenzione, con orientamento spiccatamente aperturista, sul tradizionale tema della legittimazione a ricorrere, nelle gare ad evidenza pubblica, in capo agli operatori economici che non abbiamo partecipato alla relativa procedura di scelta del contraente.

La vicenda riguarda l'impugnazione di un bando/disciplinare relativo alla "Procedura aperta per l'affidamento del Servizio di gestione integrata dei rifiuti e spazzamento del Comune di Castellabate", da parte di un operatore economico non partecipante alla gara ma interessato a presentare domanda di partecipazione alla stessa. Il ricorso si fonda sull'assunto secondo cui le previsioni contenute nei documenti di gara prevederebbero, a carico degli operatori privati, attività antieconomiche e sottocosto, così alterando la dinamica concorrenziale e la regola della più ampia partecipazione alla competizione.

Sospesi con ordinanza i provvedimenti impugnati, il collegio campano ha disposto l'espletamento della verificazione, al fine di analizzare le relazioni di stima dei costi sulla scorta delle quali è stato redatto il bando/disciplinare e di valutare le lamentate

anomalie per ciascuna voce determinante l'importo a base di gara per come descritte nel ricorso, tra cui: - la sottostima del costo del personale; - la sottostima del costo degli automezzi; - il costo annuo delle attrezzature da installare presso il centro di raccolta. In particolare, l'ordinanza ha disposto che il verificatore dovesse accertare se i costi fossero sottostimati al punto da impedire all'operatore di formulare un'offerta economicamente sostenibile, seria, congrua ed attendibile.

La relazione conclusiva delle operazioni di verificazione ha riscontrato "alcune criticità nella documentazione progettuale oggetto di verificazione", con riferimento particolare: ai "costi in ammortamento" considerati nel bando per gli automezzi e valutati come diversi rispetto ai costi ottenuti a seguito dell'analisi di mercato svolta in maniera autonoma e indipendente nell'ambito della verificazione; alla stima del costo del personale non aggiornato alla più recente contrattazione collettiva per i servizi ambientali; al costo per l'acquisto delle attrezzature da installare nel centro di raccolta.

Per l'effetto, il giudice amministrativo ha accolto il ricorso, annullando gli atti impugnati nel punto relativo ai riferiti costi, ferma la conclusione della relazione di verificazione, che evidenziava uno scarto rilevante (nella misura del 10,38%) tra i costi individuati nella *lex specialis* e i costi effettivi e reali a carico dell'aggiudicatario, tale da comportare la circostanza che l'operatore economico non fosse stato messo in condizione di presentare un'offerta congrua, seria e non antieconomica, con conseguente "danno alla concorrenza e alla massima partecipazione alle gare".

2. La legittimazione all'impugnazione del bando di gara in capo a soggetti non partecipanti alla gara: le basi del ragionamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

In punto di legittimazione all'azione del ricorrente non partecipante alla procedura di gara, ma semplicemente interessato alla partecipazione alla medesima, la sentenza in commento si colloca esplicitamente nel solco degli indirizzi giurisprudenziali nel tempo consolidatisi nella giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

È una traiettoria che ha ormai dei precisi punti fermi e che origina dalla sentenza n. 1 del 2003, transita per le decisioni n. 4 del 2011 e n. 11 del 2014, per approdare alla sentenza n. 4 del 2018 del supremo collegio. Ed è una traiettoria che, com'è noto, muove dalla considerazione della partecipazione alla procedura di gara come presupposto di qualificazione e differenziazione dell'interesse ad impugnare, in quanto elemento idoneo a collocare l'operatore economico in posizione giuridica differenziata rispetto alle altre imprese presenti sul mercato, radicando, in capo all'impresa, un interesse legittimo che le consenta di provocare il sindacato di legittimità sulle clausole della *lex specialis*. Si tratta di una linea ermeneutica animata anche da intenti di deflazione del contenzioso[1] ma non scevra da rischi, sia

[1] Sottolinea la necessità di "evitare azioni emulative" da parte di soggetti disinteressati alla procedura di gara o privi di concrete possibilità di aggiudicazione F. Saitta, *La legittimazione ad*

sul piano della garanzia di effettività della tutela giurisdizionale e della compressione del diritto costituzionale di difesa (ex articolo art 24 Cost.), quanto nella prospettiva del rispetto dei principi del diritto europeo in materia di contratti pubblici, a partire dalla considerazione del canone comunitario della massima concorrenza, lungo una traccia più volte rivendicata dalla giurisprudenza sovranazionale[2].

Nella sentenza dell'Adunanza plenaria del 2003, sia chiaro, il tema della legittimazione processuale attiva avverso il bando di gara non è affrontato in termini espliciti e diretti. Quella decisione si riferisce infatti, tra i vari profili che intercetta, alla questione della "esatta delimitazione dell'ambito oggettivo dell'onere di immediata impugnazione dal bando di gara o di concorso". Posta la natura del bando quale atto generale, la questione è risolta dal Supremo Collegio in continuità con l'indirizzo giurisprudenziale risalente secondo cui i bandi di gara e di concorso vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi a identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato. Alla base del ragionamento il collegamento tra lesione della situazione giuridica e interesse all'impugnazione, per cui: di regola, a fronte di una clausola illegittima del bando, il partecipante alla procedura non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, in quanto ancora ignaro della lesione concreta ed attuale della propria situazione soggettiva; eppure, a titolo di eccezione, qualora una clausola illegittima impedisca alla radice la partecipazione alla procedura di gara, la stessa appare idonea a produrre una lesione immediata, diretta ed attuale, nella situazione soggettiva dell'interessato, radicando, per l'effetto, un interesse immediato alla impugnazione.

Per questa via, l'Adunanza Plenaria del 2003 avalla quegli orientamenti giurisprudenziali che affermavano l'onere dell'immediata impugnativa delle clausole del bando che prescrivono requisiti di ammissione o di partecipazione alle gare, posto che la relativa lesività "non si manifesta e non opera per la prima volta con l'aggiudicazione, bensì nel momento anteriore nel quale tali requisiti sono stati assunti come regole per l'amministrazione (Cons. Stato, Sez. IV, 27 marzo 2002, n. 1747)".

Il ragionamento della Plenaria del 2003 riguarda dunque la questione del tempo dell'impugnazione del bando e si muove, in ogni caso, sul tradizionale terreno della necessaria partecipazione alla gara come elemento di legittimazione all'impugnativa delle relative clausole. Si tratta però di una traiettoria speculativa che non può non avere effetti anche sul differente tema della legittimazione al ricorso, posto che "di regola, la lesione non si produce che con l'atto applicativo (di esclusione, di diniego di aggiudicazione): ed è allora, di regola, evidentemente necessaria la partecipazione; in via di eccezione la lesione si produce

impugnare i bandi di gara: considerazioni critiche sugli orientamenti giurisprudenziali, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2001, 3, 537.

[2] Il riferimento è all'indirizzo, sviluppato del giudice europeo in sede di interpretazione delle direttive comunitarie del 2004 in materia di appalti, secondo cui, qualora un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza nel bando di specifiche che ritiene discriminatorie, e comunque ostacolanti la possibilità di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, la stessa mantiene il diritto di presentare ricorso direttamente avverso tali specifiche, prima ancora che si perfezioni la procedura di aggiudicazione. Si veda, CGCE, sez. VI, 12 febbraio 2004, n. 230, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, 383. Sul punto, G. Crepaldi, *L'impugnazione delle clausole del bando che impediscono la partecipazione alla gara: i soggetti e l'oggetto*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 285.

immediatamente per la presenza di clausole che precludono la partecipazione: ma in questi casi non è allora, altrettanto evidentemente, necessaria (oltre che in alcun modo utile) la partecipazione"[3]. È una traccia interpretativa praticata, in quei settori della giurisprudenza inclini ad ammettere l'impugnativa del bando ad opera di imprese non partecipanti in tutti quei casi in cui la *lex specialis* concretizzi, per l'appunto, una lesività immediata sul piano della mera partecipazione alla procedura[4].

Orientamenti aperturisti dei quali successivamente terrà conto l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 4 del 2011. Il collegio, nell'ambito di una decisione che pur concentrava il relativo *focus* sulla questione sull'ordine delle trattazioni tra ricorso principale e incidentale, ha infatti affrontato anche il tema dell'onere di presentazione della domanda come presupposto legittimante del ricorso, proponendo un'impostazione di tipo evolutivo.

Il punto di partenza del ragionamento della Plenaria del 2011 è dato infatti dalla constatazione dell'evoluzione dell'ordinamento processuale amministrativo nel senso del progressivo ampliamento della legittimazione al ricorso. Una prospettiva che incontra terreno fertile anche nel campo delle controversie relative all'affidamento dei contratti pubblici, laddove l'esigenza di tutela della concorrenza ha permesso, all'elaborazione giurisprudenziale, di declinare ipotesi ulteriori di legittimazione al ricorso, slegate dalla partecipazione ad una determinata procedura. Nondimeno, si legge nella decisione, "la portata di questo allargamento della legittimazione non è affatto indiscriminata e generalizzata, correlandosi, anzi, a puntuali presupposti normativi e a rigorose fattispecie".

Tali fattispecie sono pertanto puntualmente individuate dal supremo collegio e si snodano lungo tre direzioni: la legittimazione del soggetto che contrasta, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura; la legittimazione dell'operatore economico "di settore", che intende contestare un "affidamento diretto" o senza gara; la legittimazione dell'operatore che manifesta l'intenzione di impugnare una clausola del bando "escludente", in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione. Si tratta di deroghe che non mettono in discussione la regola generale della necessaria sussistenza di un interesse sostanziale qualificato e differenziato del ricorrente, perché in ciascuno dei casi segnalati è ravvisabile una qualificazione soggettiva di chi agisce in giudizio che vale a differenziarne la condizione dalla mera situazione soggettiva di imprenditore potenzialmente aspirante all'indizione di una nuova gara.

3. Il regime d'impugnazione delle clausole attinenti la formulazione dell'offerta che ne rendono impossibile la presentazione: l'Adunanza Plenaria n. 4 del 2018.

L'autorevole indirizzo dell'Adunanza Plenaria è stato successivamente confermato,

[3] D. Vaiano, *L'onere dell'immediata impugnazione del bando e del-la successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, 703.

[4] Si veda, in questa prospettiva, T.A.R. Puglia – Lecce, sez. II, 14 aprile 2005, n. 2227, in *Foro amm. TAR*, 2005, 6, 2151, con nota di S. De Paolis, *L'impugnativa del bando di gara e la presentazione della domanda di partecipazione: una soluzione legata alla qualificazione delle clausole della lex specialis.*

dal medesimo collegio, nella sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014[5], quindi ulteriormente esplicitato nella sentenza n. 4 del 26 aprile del 2018[6].

La decisione del 2018 fa propri gli approdi delle sentenze del 2003[7], del 2011 e del 2014 per ribadire, sia alla luce dell'indirizzo della giurisprudenza costituzionale nazionale[8] quanto in considerazione degli

[5] La decisione, ancora una volta, si occupa della *querelle* intorno all'ordine di trattazione tra ricorso principale e ricorso incidentale e, in quest'ottica, costituisce l'occasione per enucleare principi fondamentali sviluppati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in tema di garanzie giurisdizionali nei processi aventi ad oggetto procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti. In questo quadro, ogni dubbio di compatibilità comunitaria del nostrano e rigoroso regime di verifica delle condizioni dell'azione ai fini della proposizione dell'impugnativa viene superato lungo due piani. Il primo è quello dell'operatività del c.d. "principio di autonomia processuale nazionale", che la Corte di giustizia ha fatto proprio, riservando agli ordinamenti dei singoli Stati la disciplina delle modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali, pur nei limiti del rispetto dei canoni di non discriminazione ed effettività della tutela (Vedi CGUE, 22 dicembre 2010, C507/08 Governo Slovacchia). Il secondo riguarda, invece, la "cospicua esegesi" (per utilizzare lo stesso lessico impiegato nell'Adunanza Plenaria in discorso) sviluppata dalla Corte di Giustizia in relazione alle direttive in materia di garanzie processuali nei procedimenti giurisdizionali sugli appalti pubblici, attraverso la quale sarebbero stati affermati alcuni principi basilari del sistema di giustizia sull'evidenza pubblica. Tra questi, per quanto di nostro specifico interesse, trova posto la regola per cui "l'impresa che non partecipa alla gara non può in nessun caso contestare l'aggiudicazione in favore di ditte terze". Critico rispetto all'impostazione seguita dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2014, A. Bartolini, *Una decisione poco europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 10, 936, secondo il quale la stessa "si pone in chiaro contrasto con la dimensione oggettiva del processo europeizzato degli appalti, dove la legittimazione, in pratica, non è condizione di accessibilità alla giustizia, essendo assorbita nell'interesse ad agire".

[6] Per un commento alla sentenza: S. Terracciano, *Immediata impugnazione dei bandi di gara: tra novità legislative e conferme giurisprudenziali*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, 4, 1438; S. Tranquilli, *Brevi note sulla fine della parabola del* revirement *giurisprudenziale sull'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando*, in *Foro amministrativo*, 2018, 3, 331; Nonché L. Bertonazzi, *Notarelle originali in tema di impugnazione dei bandi*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2019, 3, 959, cui si rinvia per una raffinata costruzione critica tesa ad evidenziare la "natura di atto endoprocedimentale" della *lex specialis*, che "non entra a comporre l'oggetto del giudizio (e non è suscettibile di annullamento giurisdizionale), neppure quando, nel dettare un requisito partecipativo illegittimo, invalida in via derivata il susseguente provvedimento di esclusione".

[7] È riportato nella sentenza: "sembra al Collegio che gli approdi raggiunti dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2003 non costituiscano un *passaggio* isolato od eccentrico, rispetto ai principi generali in materia di condizioni dell'azione, desumibili dall'art. 24, co. 1°, della Costituzione («tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi») ed in riferimento al principio processuale codificato dall'art. 100 c.p.c. (e da intendersi richiamato nel processo amministrativo dall'art. 39, comma 1, c.p.a.) secondo cui «per proporre una domanda o per contraddire alla stessa essa è necessario avervi interesse», posto che … nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato (cfr. C.d.S., Sez. IV, n. 20 ottobre 1997 n. 1210, Consiglio di Stato, sez. V, 23 febbraio 2015 n. 855 ma si veda anche Cassazione civile, sez. un., 2 novembre 2007, n. 23031 secondo cui l'interesse a ricorrere deve essere, non soltanto personale e diretto, ma anche attuale e concreto – e non ipotetico o virtuale – per fornire una prospettiva di vantaggio)".

[8] La sentenza cita, a tal fine, Corte cost., 22 novembre 2016 n. 245 che ha ritenuto inammissibile – per difetto di rilevanza – una questione di legittimità costituzionale promossa dal T.A.R. per la Liguria, nell'ambito di un giudizio in materia di appalti pubblici originato dal ricorso proposto da un'impresa che non aveva partecipato alla gara: "secondo la Corte, infatti, la verifica di legittimità costituzionale della disciplina sostanziale indicata dal T.A.R. non potrebbe influire sull'esito della lite, destinata a concludersi con una pronuncia di inammissibilità del ricorso). La decisione chiarisce che "tale opzione ermeneutica muove dalla condivisibile considerazione secondo cui l'operatore del settore che non ha partecipato alla gara al più potrebbe essere portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione (ciò, in tesi, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara), ma tale preteso interesse "strumentale" avrebbe consistenza meramente affermata, ed ipotetica: il predetto, infatti, non avrebbe provato e neppure dimostrato quell' "interesse" differenziato che ne avrebbe radicato la legittimazione, essendosi astenuto dal presentare la domanda, pur non trovandosi al cospetto di alcuna clausola "escludente" (nel senso ampliativo fatto proprio dalla giurisprudenza e prima illustrato); ed anzi, tale preteso interesse avrebbe già trovato smentita nella condotta omissiva tenuta dall'operatore del settore, in quanto questi, pur potendo presentare l'offerta si è astenuto dal farlo". Peraltro, conclude la decisione: "anche se si volesse accedere ad una nozione allargata di legittimazione individuando un interesse dell'operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore, ugualmente resterebbe insuperabile la considerazione che esso non sarebbe né attuale né "certo", ma meramente ipotetico".

input del diritto europeo[9], l'eccezione alla regola-base del difetto di legittimazione attiva per il concorrente non partecipante, in relazione alle prospettate, tassative ipotesi: I) contestazione in radice dell'indizione della gara; II) contestazione dell'affidamento diretto disposto in luogo di gara; III) impugnazione diretta di clausole del bando immediatamente escludenti.

Sotto quest'ultimo profilo, l'Adunanza plenaria definisce come "escludenti", quelle clausole che "con assoluta certezza … precludano l'utile partecipazione" dell'operatore economico. In questo novero, l'Adunanza Plenaria fa rientrare sia le clausole afferenti ai requisiti soggettivi quanto quelle "attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta". È una definizione di carattere generale che la stessa sentenza ulteriormente dettaglia nel momento in cui passa in rassegna, sulla base degli indirizzi giurisprudenziali maggioritari, una pluralità di fattispecie concrete nelle quali evidentemente prende forma il canone della reale impossibilità nella presentazione dell'offerta. Si tratta di un repertorio vasto, che contempla, ad esempio, le clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, oppure quei bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate[10].

Nel medesimo repertorio, il supremo collegio fa poi rientrare le "condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente". Sotto questo profilo, l'Adunanza Plenaria recupera un indirizzo più volte ribadito dallo stesso Consiglio di Stato e ben esplicitato nella sentenza della Sez. III del 23 gennaio 2015, n. 293. In quella

[9] La sentenza sottolinea al riguardo come "anche sul piano del diritto europeo, non si rinvenga alcun riferimento che militi per l'estensione della legittimazione ad impugnare clausole non escludenti contenute nei bandi di gara agli operatori del settore che si siano astenuti dal partecipare alla gara medesima. 18.5.3. Giova precisare, in proposito che: a) la Corte di Giustizia, Sez. VI, 12 febbraio 2004, in causa C-230/02 ha stabilito che l'operatore economico il quale si ritenga leso da una clausola della legge di gara la quale impedisca la sua partecipazione ha la possibilità (*rectius*: l'onere) di impugnare in modo diretto tale clausola (affermazione questa, certamente in linea con quella della giurisprudenza nazionale prima citata a partire dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2003), ma non ha esteso la legittimazione del non partecipante alla gara all' impugnazione di clausole non certamente preclusive della propria partecipazione; b) più di recente la Corte di Giustizia (CGUE, Sez. 21 dicembre 2016 in causa C-355/15 -*Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GsmbH*) ha espresso il principio secondo cui "l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa"; c) se, quindi, seppur a particolari condizioni, può non essere riconosciuta la legittimazione all'impugnazione in capo ad un soggetto, pur partecipante alla gara ma che ne sia stato definitivamente escluso, a fortiori non si vede perché essa dovrebbe essere riconosciuta al soggetto che, pur potendo partecipare alla gara (in quanto il bando non recava clausole escludenti, discriminatorie, etc), si sia astenuto dal presentare un'offerta: va semmai rilevato che la posizione dell'impresa che non abbia partecipato *ab imis* alla procedura appare ancor meno meritevole di considerazione, sul piano dell'interesse, rispetto a quella dell'impresa che pur abbia manifestato in concreto la volontà di partecipare alla procedura, rimanendo però esclusa".

[10] Nel repertorio, la decisione inserisce anche: le regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile; disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta; clausole impositive di obblighi *contra ius*; atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421).

decisione, il giudice amministrativo ribadiva l'obbligo di immediata impugnativa per quelle clausole che "impediscano (indistintamente a tutti i concorrenti) una corretta e consapevole elaborazione della propria proposta economica; in tali casi, infatti, risulta pregiudicato il corretto esercizio della gara, in violazione dei cardini procedimentali della concorrenza e della *par condicio* tra tutti i partecipanti alla gara". In quella circostanza, ad apparire viziato era il capitolato di una gara per l'affidamento di un servizio di mensa, nel quale venivano descritte condizioni dei locali da adibire al servizio non corrispondenti, in punto di capacità ricettiva, alla realtà di fatto e tali da rendere impossibile l'espletamento del servizio in conformità a legge. In questa prospettiva, la sentenza chiarisce che l'inadeguatezza dei locali rappresenta un vizio da far valere immediatamente, in quanto tale da rendere la partecipazione difficoltosa o addirittura impossibile, "ovvero (qualora fosse stato inteso come comportante implicitamente un onere dell'aggiudicatario di reperire soluzioni idonee ad ovviare all'inadeguatezza) da rendere il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso".

La riferita sentenza del 2015, per come evocata dalla stessa Adunanza Plenaria n. 4 del 2018, evidenzia dunque una sensibilità del giudice di appello che appare la stessa che ispira il giudice salernitano di prime cure nella sentenza che qui si commenta, nel momento in cui, come già evidenziato, rileva che le previsioni sui costi contenute nel bando/disciplinare oggetto d'impugnazione "prevedendo costi sottostimati addirittura nella misura del 10,38% e quindi imponendo la presentazione di offerte incongrue, sottocosto e economicamente insostenibili per l'offerente, sono sussumibili nelle viziate clausole della *lex specialis* di gara *attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta*".

4. Brevi considerazioni critiche sull'impiego dello strumento probatorio della verificazione nei giudizi di impugnazione dei bandi provocati da imprese non partecipanti alle gare.

Per quanto fin qui evidenziato, la sentenza del T.A.R. Campania in commento, nel riconoscere la legittimazione al ricorso all'operatore economico non partecipante alla gara, si colloca in una traiettoria ermeneutica che la giurisprudenza amministrativa coltiva da tempo, suffragata dall'organo giurisdizionale titolare della funzione nomofilattica.

Qualche considerazione critica piuttosto può essere formulata con riguardo all'uso della verificazione[11] quale mezzo di prova nell'istruttoria processuale documentata nella decisione, sulla base degli indirizzi giurisprudenziali che si sono formati in tema di onere della prova in capo al ricorrente non partecipante alla procedura di gara.

Si stratta di uno strumento che il codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), al quarto comma dell'articolo 64, annovera tra i mezzi di prova cui possa fare ricorso il giudice "qualora reputi neces-

[11] Per un inquadramento dell'istituto, si rinvia ampiamente a G. Clemente di S. Luca, *Verificazione e consulenza tecnica d'ufficio nel quadro dei mezzi di prova esperibili nel processo amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2018, 3, 761.

sario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche".

Il funzionamento dell'istituto è poi disciplinato nell'articolo 66 del codice, che stabilisce la verificazione sia disposta con ordinanza del collegio, nel cui corpo della quale si procede alla individuazione dell'organismo che debba provvedervi, alla formulazione dei relativi quesiti, alla fissazione di un termine per il relativo compimento e per il deposito della relazione conclusiva.

Le scarne parole del legislatore lasciano emergere evidentemente la configurazione di uno strumento probatorio "a contenuto indeterminato"[12] cui si ricorre "nella ritenuta impossibilità per il giudice, in sede di legittimità, di avere una cognizione autonoma dei fatti oggetto del giudizio"[13] e il cui utilizzo resta nella discrezionalità del giudice, tenuto a servirsene laddove considerato necessario ai fini di "accertare la sussistenza di una situazione di fatto"[14], In questi termini, la verificazione si distingue dalla consulenza tecnica d'ufficio[15], quale mezzo di prova da utilizzarsi invece, com'è noto, a fini valutativi e cui il giudice può fare riferimento quando l'acquisizione di specifiche valutazioni sia, oltre che necessaria, indispensabile.

Tornando al caso in esame, come abbiamo visto, il giudice amministrativo ha accolto il ricorso, annullando gli atti impugnati nel punto relativo ai riferiti costi, ferma la conclusione della relazione di verificazione, che evidenziava uno scarto rilevante (nella misura del 10,38%) tra costi individuati nella *lex specialis* e i costi effettivi e reali a carico dell'aggiudicatario, tale da comportare che l'operatore economico non sia stato messo in condizione di presentare un'offerta congrua, seria e non antieconomica, con conseguente "danno alla concorrenza e alla massima partecipazione alle gare".

A tal proposito, il dubbio che insorge riguarda tuttavia la stessa possibilità, per il giudice, di ricorrere allo strumento probatorio della verificazione in rapporto a fattispecie processuali nelle quali si determini un'estensione della legittimazione attiva all'impugnazione di bandi in capo a soggetti economici non partecipanti alle relative gare.

Alimenta indirettamente il dubbio l'indirizzo efficacemente sintetizzato di recente da T.A.R. Lazio, sez. V, 27 aprile 2023, n. 7254, che, nell'ambito di una vicenda sostanziale dal tenore analogo a quella descritta nella sentenza del T.A.R. Salerno che stiamo commentando, chiarisce come la lesività delle norme della *lex specialis* ritenute impedienti la formulazione di un'offerta, in quanto tali da rendere impossibile il calcolo di convenienza economica che anima la scelta di partecipare alla contesa, "deve essere oggetto di allegazione adeguata". Un carattere di adeguatezza della allegazione che viene, dal giudice laziale, ulteriormente specificato, attraverso il ricorso all'orientamento giurisprudenziale diffuso, secondo cui: "*l'onere probatorio ovviamente muta ai fini del merito del giudizio, poiché l'ille-*

[12] V. Caracciolo La Grotteria, *Verificazione e consulenza tecnica nel processo amministrativo. Nota a Cons. Stato 24 marzo 2023 n. 3025*, in *www.giustiziainsieme.it*, 21 giugno 2023, che sottolinea come lo strumento possa "tradursi in ispezioni, sopralluoghi, accertamenti tecnici, acquisizione di testimonianze o documenti, finalizzati a fornire tutta una serie di elementi probatori, assimilabili a quelli di cui dispone il giudice civile".

[13] L. Giani, *La fase istruttoria*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2023, 441.

[14] V. Caracciolo La Grotteria, *op. ult. cit.*

[15] Sulla differenza fra verificazione e consulenza tecnica, nella giurisprudenza recente: Consiglio di Stato, sez. II, 26 gennaio 2022, n. 546. Per un approfondimento intorno a natura e oggetto della consulenza tecnica, prima del codice del processo amministrativo: M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2008, 12, 3533.

gittimità della legge di gara sussiste sole se l'impossibilità, che il ricorrente deduce sotto il profilo soggettivo, è comune a qualsiasi delle imprese operanti nel settore. La prova da fornire in tal caso concerne, dunque l'oggettiva e generalizzata impossibilità di una partecipazione remunerativa, qualunque sia il modello organizzativo adottato"[16].

Ne viene fuori, nel ragionamento del TAR Lazio, un onere probatorio, in capo al ricorrente, che la sentenza definisce "aggravato", come conseguenza del riferito carattere eccezionale dell'impugnazione immediata del bando rispetto alla regola generale dell'impugnazione differita, dovendo il ricorrente "dimostrare *con oggettiva certezza* che le prescrizioni lamentate, producendo effetti distorsivi della concorrenza, incidono sulla sua sfera giuridica in un momento precedente quello della mancata aggiudicazione ed indipendentemente da questa".

In disparte ogni valutazione sulla sostenibilità giuridica dell'impostazione proposta dal TAR Lazio, che meriterebbe differenti approfondimenti, non può non evidenziarsi però come la stessa possa dispiegare effetti rilevanti sulla interpretazione dei margini di discrezionalità del giudice nel ricorso alla verificazione in relazione a fattispecie processuali nelle quali si tratti di estendere le maglie della legittimazione attiva di bando a vantaggio di operatori economici non partecipanti alla gara. Se infatti sta al ricorrente l'onere di offrire una prova di "oggettiva certezza" del carattere viziato delle prescrizioni contestate, come suggerisce la riferita decisione, sembra allora venire meno al contempo ogni spazio per il ricorso, da parte del giudice, allo strumento della verificazione. Quello strumento è descritto, infatti, dal legislatore come a disposizione dal giudice "qualora lo reputi necessario" e resta da chiedersi come possa risultare tale in quelle vicende processuali nelle quali l'onere della prova, secondo indicazioni giurisprudenziali, resti così sensibilmente a carico della parte ricorrente.

[16] Così, Consiglio di Stato, Sez. III, 26 aprile 2022, n. 3191.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
In corso di pubblicazione nella sezione "Diritto e processo amministrativo" della Rivista

Annullamento in autotutela del permesso di costruire, legittimo affidamento del privato e responsabilità dell'Ente comunale (nota a Cons. di Stato, 17 novembre 2023, n. 9879)

Silia Gardini

Sommario: 1. Inquadramento della vicenda oggetto di controversia. – **2.** Note sulla tutela dell'affidamento del privato in relazione a un provvedimento illegittimo della pubblica amministrazione. – **3.** (*segue*) Affidamento, colpa e responsabilità. – **4.** La decisione del Consiglio di Stato.

1. Inquadramento della vicenda oggetto di controversia.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, ha avuto modo di esprimersi in merito alla configurabilità di una responsabilità in capo all'amministrazione comunale a seguito dell'annullamento d'ufficio di un permesso di costruire rivelatosi illegittimo.

Nel caso di specie, con il permesso di costruire era stata autorizzata l'installazione di un manufatto prefabbricato in legno su un'area confinante con un tratto autostradale, in violazione del vincolo di inedificabilità sussistente nella fascia di rispetto stradale. Tale vincolo non era stato evidenziato in sede di asseverazione dell'intervento (da parte del progettista incaricato dai privati richiedenti) e lo stesso Ente comunale non ne aveva rilevato la presenza nel corso dell'istruttoria, omettendo altresì di richiedere il prescritto parere della Società Autostrade per l'Italia (ASPI). Peraltro, anche gli strumenti urbanistici – in particolare, gli elaborati allegati al Piano generale del traffico urbano (PGTU) – vigenti al momento del rilascio del permesso di costruire non risultavano aggiornati, poiché classificavano il tratto autostradale interessato come strada extraurbana di tipo B, anziché come autostrada di tipo A.

Soltanto a seguito dell'espressa opposizione di ASPI, alla quale i privati – dopo aver ricevuto un controllo ispettivo – avevano avanzato istanza di parere in sanatoria,

il Comune aveva disposto l'annullamento in autotutela del titolo e, contestualmente, ordinato la demolizione dell'opera abusiva e il ripristino dello stato dei luoghi.

L'annullamento posto in essere dal Comune era giustificato dal fatto che – come costantemente ribadito dalla giurisprudenza di merito – il vincolo di inedificabilità sussistente nella fascia di rispetto stradale ha carattere inderogabile. Esso, infatti, prescinde dalla stessa programmazione urbanistica e risulta correlato alla superiore necessità di mantenere la via libera da ostacoli materiali che potrebbero determinare pregiudizio alla sicurezza del traffico e delle persone, nonché all'esigenza di assicurare, nel tempo, la manutenzione e l'ampliamento delle strade. L'effetto che ne discende è, così, quello della inedificabilità assoluta e della insanabilità dei manufatti eventualmente realizzati nell'ambito della c.d. "fascia di rispetto", «indipendentemente dalle caratteristiche dell'opera (…) e dalla necessità di accertamento in concreto dei connessi rischi per la circolazione stradale»[1].

Il Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, investito della vicenda in primo grado, aveva dunque correttamente rilevato l'infondatezza della domanda di annullamento presentata dai privati avverso il provvedimento demolitorio di secondo grado, qualificando l'agire comunale, in assenza di ulteriori vizi procedimentali, come pienamente legittimo[2]. Il T.A.R. bolognese si era, però, pronunciato negativamente anche con riferimento alla domanda risarcitoria proposta in via subordinata, dichiarandola inammissibile.

Dirimente, in tale direzione, era stata considerata la colpa dei ricorrenti.

Infatti, sebbene il Comune non avesse né rilevato autonomamente la presenza del vincolo, né provveduto ad acquisire il parere dell'Ente gestore della strada, l'asseverazione del progettista in ordine alla conformità del manufatto alla normativa edilizia e urbanistica in vigore allegata alla richiesta di permesso di costruire (comprendente, nello specifico, anche la dichiarazione di assenza di vincoli impeditivi dell'edificazione) aveva – ad avviso del Collegio – fuorviato l'agire dell'Amministrazione comunale, contribuendo irrimediabilmente al deficit istruttorio e violando il principio di leale collaborazione posto in capo alla parte privata.

Da qui il "depotenziamento" della pretesa risarcitoria avanzata, tale da impedire *ab origine* la configurazione di un danno "ingiusto" in capo ai privati[3].

[1] Cfr., *ex multis*, T.A.R. Sicilia, Catania, 14 aprile 2023, n. 1271, Cons. di Stato, Sez. II, 22 luglio 2020, n. 1415, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. La cornice legislativa di riferimento si rinviene nel Codice della Strada e nel Regolamento di esecuzione. L'ampiezza delle fasce è infatti specificamente disciplinata dal D. Lgs. n. 285/92 (artt. 16, 17 e 18) e dal D.P.R. n. 495/92 (artt. 26, 27 e 28), che pongono un divieto di edificabilità assoluta ed inderogabile nell'ambito della fascia di rispetto autostradale, per una distanza di 60 metri fuori dai centri abitati e di 30 metri all'interno di essi.

[2] «La pacifica sussistenza di un interesse pubblico di spessore e la distanza ravvicinata dell'esercizio dell'autotutela giustificano di per sé l'adozione del provvedimento di annullamento». Cfr., T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, 29 ottobre 2020, n. 689, punto 3, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[3] «Se il Comune non ha provveduto ad acquisire il prescritto parere dell'Ente gestore della strada, tuttavia la redazione della domanda del titolo edilizio è risultata fuorviante, non avendo il progettista dato conto dell'esistenza del vincolo. Certamente le planimetrie prodotte "fotografavano" l'esatto stato dei luoghi, come evidenziato dai ricorrenti, ma il progettista ha attestato la conformità dell'intervento alla normativa edilizia, urbanistica e di sicurezza vigenti: a pag. 14 ha barrato – in luogo dell'appropriata casella *"esistono i seguenti altri vincoli"* quella immediatamente successiva *"NON sono presenti vincoli"*, così come non ha compilato il campo di cui al paragrafo 8 *"Altri pareri o atti di assenso dovuti per l'intervento in oggetto"*. La rappresentazione grafica è sfuggita per un'obiettiva negligenza degli uffici, ma la disattenzione avrebbe potuto essere rimediata

Il Consiglio di Stato, investito in appello della controversia, è pervenuto a conclusioni diverse, riformando parzialmente la sentenza di primo grafo alla luce dell'*iter* argomentativo che sarà esaminato nei paragrafi successivi.

2. Note sulla tutela dell'affidamento del privato in relazione a un provvedimento illegittimo della pubblica amministrazione

Dall'analisi della pronuncia in commento emerge la necessità di approfondire il tema della "tutelabilità" dell'affidamento del cittadino rispetto a un provvedimento amministrativo di cui venga successivamente dichiarata l'illegittimità e – di riflesso – della possibilità di configurare, in tali casi, una responsabilità in capo all'amministrazione.

Com'è noto, l'affidamento è un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile e che risponde all'esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta o nell'esistenza di una situazione, apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata[4] ovvero nella correttezza del comportamento altrui (caso, quest'ultimo, in cui trova diffusa applicazione il principio di buona fede[5]).

Nell'ambito dei rapporti di diritto amministrativo, il tema della tutela dell'affidamento assume rilevanza con riferimento al convincimento del privato sulla legittimità (e, dunque, stabilità) degli atti e dei provvedimenti della P.A. e, più in generale, sulla correttezza del suo operato, in virtù del quale può configurarsi una situazione giuridica soggettiva autonomamente tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno[6]. L'affidamento viene, infatti, definito dal Consiglio di Stato come «principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività»[7]. In tali casi, «(…) è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità […]»[8].

È bene evidenziare che, in tale contesto, le regole di legittimità e quelle di correttezza operano su piani differenti: mentre l'uno è relativo alla validità degli atti amministrativi, l'altro prescinde dai vizi intrinseci del

---

con la puntuale indicazione dell'esistenza del vincolo, per cui il privato ha "contribuito" al deficit istruttorio in violazione del principio di leale collaborazione». Cfr., T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, 29 ottobre 2020, n. 689, punto 1.5, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

4 Si discorre, in tale ipotesi, della c.d. apparenza del diritto. Cfr., R. Sacco, voce *Apparenza*, in *Digesto disc. civ.*, I, Torino, 1987, 353 ss.; Id., voce *Affidamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 661 ss.

5 Nelle relazioni che riguardano soggetti non legati da vincoli contrattuali, come sono le relazioni di potere tra privato e pubblica amministrazione, gli obblighi di correttezza e buona fede sono riconducibili alla clausola generale dell'art. 2043 c.c, che sancisce la responsabilità civile di chi cagiona ad altri un danno ingiusto.

6 Di tutela dell'affidamento nel rapporto amministrativo si parla in contesti diversi, non di rado con generico riferimento alla *ratio* protettiva del privato che ispira talune disposizioni di legge o che ne orienta l'interpretazione; altre volte prospettando la mancata considerazione per le attese del privato come vizio nell'esercizio del potere discrezionale. Non è possibile, in tale sede, inquadrare pienamente un tema così ampio e complesso. Si rinvia, per un approfondimento, alla ricostruzione di F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2018, 823 ss.

7 Cfr., Cons. di Stato, sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5011.

8 Cfr., Cons. di Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

provvedimento e riflette la responsabilità dell'amministrazione per la violazione del principio di buona fede[9]. In quest'ultimo caso, dunque, l'interesse materiale che si riconnette alla tutela dell'affidamento del privato risulta tutelabile in via risarcitoria non soltanto laddove la pretesa sia sorretta da legittime ragioni di diritto (che potrebbero essere "assorbite" dalla pronuncia sui vizi del provvedimento), bensì ogni qual volta l'amministrazione, con il proprio comportamento, susciti una ragionevole aspettativa all'ottenimento e al mantenimento del bene della vita, a prescindere dal fatto che esso sia effettivamente dovuto[10].

L'affidamento può sussistere ed essere risarcibile e, al contempo, l'interesse finale che si collega alla stessa situazione di affidamento potrebbe risultare (legittimamente) non soddisfatto. In altre parole, la lesione dell'aspettativa del privato può essere rilevante anche con riferimento all'affidamento su atti e provvedimenti di cui, attraverso un intervento – giurisdizionale o amministrativo – sia stata rilevata poi l'illegittimità e, dunque, disposto l'annullamento. In tale direzione, come autorevolmente rilevato in dottrina, «il fatto che il principio di buona fede si traduca nella tutela degli effetti di un atto invalido non è fenomeno abnorme, ma, al contrario, perfettamente conforme alla vettorialità dell'intero ordinamento giuridico»[11].

Ben si comprende, allora, come dall'esercizio legittimo del potere di annullamento d'ufficio del provvedimento invalido possa emergere il dovere di ristorare il pregiudizio economico patito dal cittadino. Invero, la disciplina dell'annullamento d'ufficio, contenuta nell'art. 21-*nonies* della legge sul procedimento, è comunemente considerata espressione diretta del principio di tutela dell'affidamento del privato[12], che si presenta come un vero e proprio "limite" (tradotto dal legislatore, nelle fattispecie espressamente previste, nel termine temporale dei dodici mesi) all'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione[13]. Ai nostri fini, come rilevato in dottrina[14], risulta necesario distinguere la figura dell'affidamento legittimo da quella dell'affidamento incolpevole di matrice civilistica, che fa capo al principio di buona fede. Poiché l'annullamento d'ufficio può intervenire legittimamente solo qualora le ragioni caducatorie prevalgano su quelle della conservazione della situazione esistente, la tutela del legittimo affidamento assume natura preventiva e dipende dal "peso" che assume l'interesse alla conservazione dello stato di fatto prodotto dal provvedimento rispetto all'interesse opposto al ripristino della legalità violata.

[9] Cfr., F. Manganaro, *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, a cura di L. Giani e A. Police, Napoli, 2017, 121 ss. Sul tema cfr., *amplius*, F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.

[10] Cfr., Cons. di Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Viene, dunque, in considerazione un danno che oggettivamente prescinde da valutazioni sul corretto esercizio del potere pubblico, «fondandosi su doveri di comportamento il cui contenuto non dipende dalla natura privatistica o pubblicistica del soggetto che ne è responsabile, atteso che anche la pubblica amministrazione, come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare nell'esercizio dell'attività amministrativa principi generali di comportamento, quali la perizia, la prudenza, la diligenza, la correttezza» (cfr., Cass. Sez. un., Ord. 23 marzo 2011, n. 6594).

[11] Cfr., F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano 2001, 105.

[12] In tali casi viene in rilievo la nozione civilistica di affidamento nel senso di fiducia nell'altrui correttezza: cfr., Cons. Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8, punto 11.1, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[13] Sul tema, cfr., M. Allena, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018.

[14] Cfr., F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., 823 ss.

Diversamente, l'affidamento incolpevole emerge successivamente all'annullamento del provvedimento favorevole, laddove – in presenza di particolari circostanze idonee a giustificare l'affidamento nella conservazione della situazione giuridica acquisita – emerga la necessità di offrire protezione contro le conseguenze dannose derivanti da una fiducia mal riposta. La tutela, in questo caso, non è volta a ristorare il bene della vita perduto in conseguenza dell'annullamento del provvedimento, ma a risarcire *il convincimento ragionevole che esso spettasse*. Proprio in tale contesto si configura la responsabilità civile dell'amministrazione per il danno da affidamento[15], connesso ai doveri di buona fede e correttezza.

La giurisprudenza ha inquadrato i limiti all'ammissibilità del risarcimento facendo leva principalmente sulla "bilateralità" dei principi di correttezza e buona fede[16], responsabilizzando dunque il privato nell'ottica della più proficua collaborazione alla formazione della decisione amministrativa che emerge, in particolare, dall'art. 1, comma 2-*bis*, della legge 7 agosto 1990, n. 241, a norma del quale: "(i) *rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai princìpi della collaborazione e della buona fede*".

L'elemento soggettivo del privato è considerato, dunque, elemento costitutivo dell'affidamento tutelabile in via risarcitoria.

3. (*segue*) Affidamento, colpa e responsabilità.

Le coordinate ermeneutiche fornite dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ci dicono che l'affidamento, ai fini della tutela risarcitoria, «deve essere ragionevole, *id est* incolpevole»[17] e che deve avere alla base (anche ai fini del radicamento della giurisdizione amministrativa) una situazione di apparenza creata dall'Amministrazione o con il provvedimento, oppure con il comportamento correlato all'esercizio del potere.

L'assenza di colpa non dovrebbe, tuttavia, tradursi nell'assenza di qualsivoglia apporto del soggetto privato alla formazione della decisione amministrativa.

Assodato che, al fine della migliore estrinsecazione del potere pubblico, il procedimento necessiti del contributo di soggetti diversi dall'Amministrazione, nelle forme previste dalla legge n. 241/1990, rimane tuttavia necessario non dimenticare che l'unica titolare della cura dell'interesse pubblico è l'Amministrazione. L'introduzione degli istituti partecipativi e la più recente positivizzazione dei doveri di correttezza e buona fede in ambito procedimentale, pur avendo notevole rilevanza e meritando la più attenta valorizzazione, non fanno venir meno il carattere unilaterale del provvedimento amministrativo e soprattutto la sua inerenza all'esercizio di un potere correlato a finalità istituzionali tipizzate per legge, di cui l'Amministrazione è e resta unica responsabile. Così, nell'ambito dei procedimenti volti al rilascio di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del privato,

[15] *Ibidem*.

[16] Il carattere della bilateralità del dovere di buona fede nel rapporto tra cittadino e amministrazione è stato rilevato, ben prima del consolidamento degli orientamenti giurisprudenziali, da F. Saitta, *Del dovere del cittadino di informare la pubblica amministrazione e delle sue possibili implicazioni*, in *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione. Atti del Convegno di Copanello, 25-26 giugno 2004*, a cura di F. Manganaro e A. Romano Tassone, Torino, 2005, 111 ss.

[17] Cfr., Cons. di Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

l'interessato – a prescindere dall'aspettativa da esso vantata – potrà conseguire il provvedimento favorevole solo laddove l'Amministrazione lo ritenga, a ragione o torto, conforme al primario interesse pubblico.

Il T.A.R. Emilia-Romagna, investito in primo grado della vicenda contenziosa oggetto della pronuncia annotata, aveva assunto un orientamento restrittivo con riguardo alla possibilità di riconoscere la responsabilità dell'Amministrazione nella formazione dell'atto illegittimo (e alla conseguente configurabilità di un danno ingiusto), centralizzando invece l'attenzione sulla c.d. "autoresponsabilità" del privato[18], che aveva contribuito alla predisposizione di un provvedimento *contra legem*.

Sebbene la necessità di modulazione del principio di buona fede con quello di autoresponsabilità sia un dato non contestabile, almeno in relazione a quelli che il Consiglio di Stato ha definito come "oneri minimi di cooperazione"[19], una interpretazione estrema in tale direzione – che consideri qualsivoglia contributo del privato all'emanazione dell'atto (poi dichiarato illegittimo) come elemento escludente – finirebbe per negare *tout-court* il ricorso alla tutela risarcitoria, dal momento che in tutti i procedimenti autorizzatori il privato titolare dell'interesse pretensivo mantiene un ruolo attivo rilevante, a partire dal momento della presentazione dell'istanza. È, dunque, necessario individuare il limite oltre il quale le azioni del privato assumano i connotati di una consapevolezza idonea ad escludere la configurazione di un affidamento incolpevole.

Della questione si è di recente occupata, come sopra ricordato, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che – con le sentenze del 29 novembre 2021, n. 19 e n. 20 – ha avuto modo di chiarire in presenza di quali condizioni, a fronte dell'annullamento di un provvedimento accrescitivo rivelatosi illegittimo, possa sorgere in capo al privato un affidamento giuridicamente rilevante e risarcibile[20].

Punto di partenza è l'accostamento – ormai pacifico per la giurisprudenza amministrativa maggioritaria – della responsabilità della P.A. per illegittimo esercizio della funzione, sia pure con talune particolarità, all'art. 2043 c.c. Quando l'atto è illegittimo, l'elemento soggettivo della colpa previsto dallo schema di responsabilità aquiliana si intende presunto, ma (trattandosi di una presunzione semplice) rimane superabile dall'Amministrazione con la prova contraria dell'errore scusabile[21]. In particolare, per

[18] Il principio di autoresponsabilità, di matrice privatistica, si connette al principio generale secondo cui ciascuno è responsabile delle proprie azioni ed omissioni, delle quali deve assumere il rischio. Cfr., P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, 85 ss.

[19] Cfr., Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014 n. 9, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[20] Per un esame approfondito delle importanti questioni sottoposte alla cognizione della Plenaria, che in questa sede possono essere solamente accennate, si rinvia a C. Napolitano, *Risarcimento e giurisdizione. Rimessione alla plenaria sul danno da provvedimento favorevole annullato (nota a Cons. Stato, Sez. II, ord. 9 marzo 2021, n. 2013)*, in questa *Rivista,* 2021; G. Capra, *La lesione dell'affidamento: i dubbi sulla giurisdizione e sulla tutela del privato (Nota a margine dell'ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria n. 3701 del 2021)*, in questa *Rivista,* 2021; C. Napolitano, *Legittimo affidamento e risarcimento del danno: la Plenaria si pronuncia (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20)*, in questa *Rivista,* 2021; M. Baldari, *Ultimi approdi in materia di responsabilità precontrattuale della p.a. (Nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 21)*, in questa *Rivista*, 2022.

[21] Cfr., Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, spec. punto 3 di diritto. Sul tema si vedano le note di E. Zampetti, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza plenaria n. 7 del 2021*, in questa *Rivista*, 2021 e M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'Adunanza plenaria (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020 n. 1136),* in questa *Rivista*, 2021, nonché A. Palmieri, R. Pardolesi, *La responsabilità*

il danno da lesione dell'affidamento su un provvedimento favorevole poi annullato, la colpa dell'amministrazione può essere esclusa o attenuata avendo riguardo all'evidenza dell'illegittimità del provvedimento, tale da far ritenere che il privato potesse facilmente esserne consapevole. Sul punto l'Adunanza plenaria ha, infatti, affermato che «la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole (…) postula che sulla sua legittimità sia sorto un ragionevole convincimento, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento»[22].

Dunque, affinché possano configurarsi i presupposti per la tutela risarcitoria, non è richiesto il mancato apporto del privato alla costruzione di una decisione amministrativa poi rivelatasi illegittima, ipotesi non contemplabile nella realtà procedimentale; è tuttavia necessario che la causa di illegittimità o irregolarità (che ha, poi, condotto all'annullamento del provvedimento) non sia nota o, comunque, non sia conoscibile e comprensibile in base all'ordinaria diligenza da parte del privato.

4. La decisione del Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato, come sopra accennato, ha ribaltato parzialmente la decisione assunta in primo grado dal T.A.R. Emilia-Romagna. L'importanza della pronuncia sta nel riconoscimento della corresponsabilità dell'amministrazione e, ancor di più, nella ammissione della tutela risarcitoria (seppur parziale) in presenza di un concorso di colpa espressamente riconosciuto in capo al privato.

Ad avviso del Collegio di Palazzo Spada, il Tribunale, dopo aver correttamente rilevato la "obiettiva negligenza degli uffici" nel non avvedersi del vincolo gravante sull'area degli appellanti, non aveva tratto dalle proprie affermazioni le dovute conseguenze sul piano giuridico. L'attenzione era stata, infatti, focalizzata esclusivamente sulla corresponsabilità dei privati nell'indurre in errore l'Ente comunale circa l'esistenza del vincolo medesimo, stabilendo che «la disattenzione [del Comune] avrebbe potuto essere rimediata con la puntuale indicazione dell'esistenza del vincolo»[23].

In verità, lo stesso Comune non avrebbe dovuto ignorare l'esistenza del vincolo, dal momento che la vicenda era stata oggetto di una delibera di Giunta del 2010 (due anni prima del rilascio del permesso di costruire, del 2012), con la quale era stata rilevato che il tratto autostradale interessato era qualificato negli strumenti urbanistici come strada "Extraurbana principale" di tipo "B" (come tale non soggetta ad alcuna fascia di rispetto all'interno del centro abitato), anziché come "Autostrada", di tipo "A". Con la medesima delibera di Giunta era stato, dunque, stabilito di intervenire al fine di modificare gli elaborati allegati al Piano generale del traffico urbano (PGTU). La correzione era stata, tuttavia, realizzata soltanto nel 2014, dunque successivamente al rilascio del permesso di costruire ai ricorrenti.

---

civile della pubblica amministrazione: così è se vi pare (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7), in *Foro it.*, 2021, 406 ss.

[22] Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, punto 21 e n. 20, punto 26, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[23] Cfr., T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, 29 ottobre 2020, n. 689, punto 1.5, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Proprio tali circostanze di fatto, secondo il Consiglio di Stato, hanno determinato l'inescusabilità dell'errore commesso dall'Amministrazione in sede istruttoria, al punto tale da integrare l'elemento psicologico della colpa ai fini del risarcimento del danno. Nella sentenza viene richiamato, a riguardo, l'orientamento precedentemente espresso dallo stesso Giudice, alla luce del quale l'elemento psicologico della colpa della P.A. può essere individuato – oltreché nella violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione – anche in negligenze, omissioni d'attività o errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili in ragione dell'interesse protetto di colui che ha un contatto qualificato con la stessa amministrazione[24].

La responsabilità del Comune non assorbe, tuttavia, quella del privato.

I giudici di Palazzo Spada hanno, infatti, evidenziato come la presenza negli atti del procedimento dell'erronea asseverazione del progettista in ordine alla conformità del manufatto alla normativa edilizio-urbanistica in vigore (comprendente, nello specifico, anche la dichiarazione di assenza di vincoli impeditivi dell'edificazione), pur non essendo sufficiente ad escludere *sic et simpliciter* la risarcibilità del danno, determina l'estensione della colpa anche in capo al privato. In casi del genere, salvo che sia provata la mala fede o il dolo del proprietario o del progettista, non può parlarsi di "falsità" della rappresentazione dello stato dei luoghi, ma si configura un concorso di colpa al quale né il Comune, né il privato possono sottrarsi.

Emerge, in sostanza, un'ipotesi di corresponsabilità: la colpa del privato non riduce quella del Comune e non vale *ex se* a giustificare la negazione della tutela risarcitoria; tuttavia, l'evidente concorso colposo non consente di ammettere una tutela piena, ma richiama l'applicazione dell'art. 1227, comma 1 del Codice civile, in base al quale: "[s]e il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate". Si tratta di un principio che – come puntualizzato dalla sentenza annotata – è stato ripreso e sviluppato dall'art. 30, comma 3, del Codice del processo amministrativo, attraverso la precisazione secondo cui "[n]el determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti".

Le argomentazioni del Consiglio di Stato si rifanno, in parte, ad un orientamento già espresso dalla Corte di Cassazione. La Suprema Corte – in un'analoga circostanza di commistione di responsabilità tra comune e beneficiario di un permesso di costruire (poi annullato) – ha, infatti, ritenuto configurata l'ipotesi del "fatto colposo del creditore che abbia concorso al verificarsi dell'evento dannoso", applicando anche in quel caso la disposizione dell'art. 1227 c.c., comma 1, che impone la diminuzione del risarcimento, secondo la gravità della colpa ascrivibile al danneggiato[25].

La soluzione prospettata dal Consiglio di Stato appare di pieno bilanciamento del ruolo delle "parti" del rapporto procedimentale: poiché la condotta della parte privata e quella del Comune avevano avuto, nel caso di specie, la medesima incidenza causale nel determinare il rilascio del titolo edilizio illegittimo, l'amministrazione è sta-

[24] Cfr., Cons. Stato, Sez. VI, 8 settembre 2020, n. 5409; Id., 4 febbraio 2020, n. 909, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[25] Cfr., Cass. Civ., Sez. I, 28 febbraio 2017, n. 5063.

ta condannata *ex* art. 1227, comma 1 c.c. a risarcire soltanto per metà il danno subito dai ricorrenti. Coerentemente, il Consiglio di Stato ha, poi, escluso dal computo del *quantum* del risarcimento – *ex* art. 1227, comma 2, c.c. (a mente del quale "[i]l risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza") – tutte le spese sostenute dai ricorrenti successivamente alla presa di coscienza dell'esistenza del vincolo autostradale (momento che è stato fatto coincidere con la richiesta del parere in sanatoria ad ASPI da parte degli stessi).

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2911 – 5 ottobre 2023

Inclusione scolastica dell'alunno con disabilità e organi competenti nella formazione del piano educativo individualizzato

(nota a Cons. Stato, sez. VII, 3 maggio 2023, n. 4473)

Ilaria Genuessi

Sommario: 1. Il caso di specie. – **2.** La normativa di riferimento in materia di inclusione scolastica. – **2.1.** Il quadro costituzionale. – **2.2.** Un *excursus* sul piano normativo dall'integrazione all'inclusione scolastica dello studente con disabilità. – **3.** Lo strumento del P.E.I.: competenze e alterne vicende sul piano normativo e nella giurisprudenza. – **4.** La questione dell'assegnazione delle ore di sostegno. – **5.** Il caso di specie: istituti scolastici statali e comunali e relative competenze in materia di inclusione alla luce della normativa vigente. – **6.** Brevi considerazioni conclusive.

1. Il caso di specie.

La pronuncia in esame concerne l'ambito delle concrete misure di attuazione del principio di inclusione scolastica degli alunni con disabilità, il quale – come nel caso di specie – si sostanzia nella adozione di un piano educativo individualizzato (di seguito P.E.I.) rispondente alle esigenze del singolo alunno in relazione al grado ed alla tipologia di disabilità presentata; quest'ultimo documento annovera, in particolare, le ore di sostegno settimanali e di assistenza specialistica delle quali il soggetto necessita, secondo quanto descritto nello stesso documento propedeutico rispetto al P.E.I. e – alla luce della più recente normativa – definito "Profilo di funzionamento"[1].

[1] In tema cfr. gli artt. 12 e ss. della legge 5 febbraio 1992, n. 104, recante *"Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate"*. In materia sia consentito un rinvio a I. Genuessi, *Gli interventi e le prestazioni a sostegno dei disabili*, in F. Manganaro, R. Morzenti Pellegrini, V. Molaschi, D. Siclari, *Manuale di legislazione dei servizi sociali. Estratto*, Torino, 2022, 467-496. Cfr. altresì F. Magni, *Dall'integrazione all'inclusione. Il nuovo profilo del docente di sostegno*, Roma, 2018; L. Buscema, R. Caridà, G. De Luca, R. Di Maria, A. Morelli, V. Pupo, *Lineamenti di legislazione scolastica per l'inclusione*, Torino, 2022; M. Interlandi (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 2022; S. Baroncelli (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione nelle scuole dopo la pandemia. quali diseguaglianze, quale autonomia?*,

Nel caso in questione, in dettaglio, un'amministrazione comunale propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale, pronunciatosi sul ricorso presentato dai genitori di alunno con disabilità certificate per l'annullamento dei provvedimenti dell'amministrazione locale appellante di assegnazione al figlio minore delle ore settimanali di sostegno spettanti per l'anno scolastico 2020-2021, presso la scuola dell'infanzia comunale frequentata, oltre che ai fini dell'accertamento in sede giudiziale del diritto ad ottenere per l'anno scolastico 2021-2022 l'assegnazione di 33 ore settimanali di sostegno, di cui 8 di assistenza specialistica, secondo il rapporto 1 a 1 con le ore scolastiche.

Peraltro, occorre porre in evidenza come i provvedimenti amministrativi di cui trattasi, che i coniugi impugnano, erano stati adottati dalla c.d. «*Commissione Inclusione*», organo istituito dall'ente locale coinvolto mediante proprio regolamento di settore (nello specifico, regolamento per le scuole dell'infanzia comunali), nell'ambito del procedimento di formazione del P.E.I., ai sensi della normativa vigente e così, in particolare, *ex* artt. 14 della legge 8 novembre 2000, n. 328 (meglio nota quale "*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*"), e 12 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, c.d. "*Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*".

In aggiunta, i genitori dell'alunno disabile impugnano lo stesso decreto del Ministro dell'istruzione, adottato di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze del 29 dicembre 2020, n. 182, recante *Adozione del modello nazionale di piano educativo individualizzato e delle correlate linee guida, nonché modalità di assegnazione delle misure di sostegno agli alunni con disabilità, ai sensi dell'articolo 7, comma 2-ter del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 66*", nella parte in cui aveva previsto limiti quantitativi di ore di sostegno[2].

L'adito Tribunale amministrativo – nella fattispecie il T.A.R. Lazio, sede di Roma, davanti al quale il giudizio veniva riassunto a seguito di declinatoria di competenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte – in parziale accoglimento dell'impugnazione, ravvisava nell'ambito della sentenza la violazione procedimentale consistente nel fatto che il piano educativo contestato erano stati predisposto senza l'intervento degli organi statali, istituiti in base alle norme di legge nazionale finalizzata all'inclusione scolastica, ovvero il «*Gruppo per l'inclusione territoriale (G.I.T.)*» e il «*Gruppo di lavoro operativo per l'inclusione*» (di seguito G.L.O.), ai sensi dell'art. 15, commi 4 e 10, della citata legge 5 febbraio 1992, n. 104, come modificato dall'art. 9 del d.lgs. 13 aprile 2017, n. 66[3].

Nella predetta sentenza, pertanto, si chiariva come il G.L.O. dovesse essere considerato l'«*unico organo competente*» per la redazione del piano individualizzato e si statuiva che la normativa di legge statale sul punto non potesse essere derogata da disposizioni interne dell'amministrazione

in *Federalismi.it*, 32/2022; R. Rolli, C. De Benetti, G. Festa, C. Aquino, *Legislazione scolastica. Dalla riforma Gentile alla legge sulla Buona Scuola*, Amon, 2023.

[2] In merito a tale decreto occorre rilevare come le previsioni dello stesso concernenti la struttura e modelli di P.E.I. per i diversi gradi scolastici si siano posti al centro di una querelle sul piano giurisprudenziale, a proposito della stessa natura dell'atto impiegato dal governo al fine di dettare i riferimenti in materia di P.E.I. Si v. sul punto, in particolare il § 3.

[3] Recente decreto legislativo in materia recante "*Norme per la promozione dell'inclusione scolastica degli studenti con disabilità, a norma dell'articolo 1, commi 180 e 181, lettera c), della legge 13 luglio 2015, n. 107*".

comunale resistente, con la sostituzione di propri organi rispetto a quelli previsti a livello nazionale.

Ebbene, nello stesso senso si pronuncia il Consiglio di Stato, nell'ambito della pronuncia in esame, laddove espressamente dispone che le norme volte alla concreta inclusione scolastica, anche con specifico riguardo agli organi quali gruppi di lavoro "multilivello" aventi competenze specifiche nella redazione del piano educativo individualizzato dello studente con disabilità, debbano essere applicate anche alle istituzioni scolastiche degli enti locali.

2. La normativa di riferimento in materia di inclusione scolastica.

Nel nostro ordinamento, negli ultimi decenni, si può osservare un evidente processo di adeguamento sul piano interno rispetto alle previsioni sovranazionali[4], oltre che costituzionali, che ha condotto dalla sostanziale emarginazione dello studente con disabilità, ad una progressiva integrazione del medesimo nel gruppo classe, sino – negli anni più recenti – ad una sostanziale inclusione[5].

In particolare, per ciò che concerne la normativa internazionale in materia, di estrema rilevanza appare l'elaborazione ad opera dell'Organizzazione Mondiale della Sanità della Classificazione Internazionale del Funzionamento, della Disabilità e della Salute, o ICF ("*International Classification of Functioning, Disability and Health*"), la quale nel revisionare i due precedenti sistemi (ICDC del 1970 e ICIDH del 1980) definisce il grado di disabilità di un soggetto prendendo in esame le dimensioni positive, ovvero le capacità residue della persona e propone un modello concettuale teso ad enfatizzare la nozione universale di "funzionamento" quale fondamento della comprensione dello stato di salute.

Ancora, in ambito internazionale, riveste rilevanza la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006, ratificata in Italia per mezzo della legge 3 marzo 2009, n. 18.

Del pari, in ambito europeo, non si può non menzionare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (meglio nota quale "Carta di Nizza"), del 18 dicembre 2001, che statuisce all'art. 26 come «*l'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità*».

L'art. 19 della Convenzione, in particolare, sancisce poi il diritto dei soggetti disabili ad una vita indipendente ed alla piena inclusione nell'ambito della comunità in senso generale; alla lett. b) del medesimo articolo si evidenzia come gli Stati parti della Convenzione debbano garantire alle persone con disabilità l'accesso «*ad una serie*

[4] Diversi documenti e strumenti sul piano internazionale hanno favorito il processo predetto nel senso di una sempre maggiore integrazione. In tal senso, non si può non fare riferimento alla ratifica nel 2009 della "*Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*", laddove all'art. 24 è previsto che "*Gli Stati Parti riconoscono il diritto all'istruzione delle persone con disabilità. Allo scopo di realizzare tale diritto senza discriminazioni e su base di pari opportunità, gli Stati Parti garantiscono un sistema di istruzione inclusivo a tutti i livelli ed un apprendimento continuo lungo tutto l'arco della vita*".

[5] Cfr. sul tema A. Canevaro-M. Mandato, *L'integrazione e la prospettiva inclusiva*, Roma, 2004; A. Canevaro (a cura di), *L'integrazione scolastica degli alunni con disabilità. Trent'anni di inclusione nella scuola italiana*, Trento, 2007; L. D'alonzo, *Integrazione del disabile. Radici e prospettive educative*, Brescia, 2008; A. Canevaro-L. D'alonzo-D. Ianes, *L'integrazione scolastica degli alunni disabili in Italia dal 1977 al 2007*, Bolzano, 2009.

di servizi di sostegno domiciliare, residenziale o di co- munità, compresa l'assistenza personale necessaria per permettere loro di vivere all'interno della comunità e di inserirvisi e impedire che esse siano isolate o vittime di segregazione»[6].

2.1. Il quadro costituzionale.

Trattando di inclusione scolastica non si può non fare riferimento, pensando al dettato della Costituzione, anzitutto all'art. 34 Cost., il quale – come noto – esplicita che "*la scuola è aperta a tutti*"; in tal senso, individua cioè un diritto-dovere di frequentare la scuola "*obbligatoria e gratuita*" che concerne soprattutto i primi anni di vita del minore. Tale diritto all'istruzione interessa indifferentemente tutti i bambini e così anche coloro che presentano una disabilità di qualsivoglia grado e tipologia[7].

La suddetta previsione, peraltro, deve essere letta in stretta connessione con l'articolo precedente della Carta costituzionale nella misura in cui, ai sensi dell'art. 33 Cost., è la Repubblica che deve farsi carico di assicurare il predetto diritto-dovere alla frequenza scolastica, anche con riferimento allo studente disabile e, in senso generale, l'istruzione e l'educazione dei giovani, intesa anche quale servizio pubblico garantito mediante l'istituzione di scuole statali per tutti gli ordini e i gradi[8].

Ai sensi del medesimo articolo 33 Cost., peraltro, è riconosciuto anche a enti privati il diritto di creare e istituire scuole conformemente ad un principio generale di democrazia pluralista che informa la nostra Costituzione[9]. La norma in questione, in altri termini, riconosce la possibilità di istituire scuole pubbliche (statali, bensì anche paritarie istituite da enti pubblici diversi dallo Stato), oltre che private (private od anche private paritarie) secondo un sistema "misto" volto a garantire, come accennato, pluralismo e uguaglianza (ai sensi dell'art. 3 Cost.)[10].

Quest'ultimo profilo, disciplinato anche dalla legge n. 62/2000[11], pare foriero di questioni problematiche laddove in relazione a talune fattispecie, quale quella concreta alla base della decisione in commento, si sono generati dubbi interpretativi circa le specifiche competenze sul piano dell'attuazione del principio dell'inclusione scolastica nell'ambito della scuola istituita non dallo Stato, ma dall'ente locale.

---

[6] Sul tema della disabilità e inclusione nel diritto internazionale e eurounitario si v. V. Pupo *Il diritto internazionale* e Id., *Il diritto euro-unitario*, in L. Buscema, R. Caridà, G. De Luca, R. Di Maria, A. Morelli, V. Pupo, *Lineamenti di legislazione scolastica per l'inclusione*, Torino, 2022, 67 ss.

[7] V. sul dettato dell'art. 34 Cost.: A. Poggi, Art. 34, in Aa.Vv., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 699 ss.; F. Fracchia, *Il sistema nazionale di istruzione e formazione*, Torino, 2008; M. Benvenuti, *L'istruzione come diritto sociale*, in Aa.Vv., *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, a cura di F. Angelini e M. Benvenuti, Napoli, 2014, 147 ss.

[8] In proposito cfr. tra gli altri contributi sul tema: U. Pototschnig, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973; S. Cassese-A. Mura, *Artt. 33 e 34*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976; C. Marzuoli, *Istruzione e servizio pubblico*, Urbino, 2003.

[9] Cfr. in argomento S. Baronchelli, *Diritto alle Diversità e inclusione nelle scuole. Disabilità, condizioni economico-sociali, background migratorio, genere, e minoranze linguistiche*, in *Federalismi.it*, n. 32/2022, XI.

[10] V. in merito R. Rolli-M. Maggiolini, *Il diritto all'istruzione nella Carta costituzionale e riferimenti comunitari*, in R. Rolli-C. De Benetti-G. Festa-C. Aquino, *Legislazione scolastica. Dalla riforma Gentile alla legge sulla Buona Scuola*, Amon, 2023, 52 ss.

[11] Si fa riferimento alla legge 10 marzo 2000, n. 62, recante "*Norme per la parità scolastica e disposizioni sul diritto allo studio e all'istruzione*", laddove all'art. 1 si definiscono scuole paritarie abilitate a rilasciare titoli di studio aventi valore legale, tutte le istituzioni scolastiche non statali, comprese quelle degli enti locali, coerenti con la domanda formativa delle famiglie e caratterizzate da requisiti di qualità ed efficacia esplicitati dalla medesima legge.

Le stesse previsioni costituzionali appena prese in esame concernenti il diritto all'istruzione, annoverato tra gli altri diritti sociali presi in esame specificamente dal testo costituzionale, debbono altresì essere analizzate in connessione con l'art. 2 Cost., ritenuto che la scuola deve essere annoverata tra le altre formazioni sociali considerate dalla Costituzione e nell'ambito della quale si sviluppa la personalità dell'alunno, indispensabile al fine del godimento degli altri diritti tutelati dalla Costituzione.

L'inclusione scolastica trova poi ulteriore tutela e riconoscimento nell'ambito della Carta costituzionale laddove all'art. 3 comma 1, si pone un generale divieto di discriminazione dei soggetti, secondo un'accezione formale del principio di uguaglianza, ma soprattutto all'art. 3 comma 2, ove – al fine del raggiungimento di un'effettiva uguaglianza tra individui, anche sul piano scolastico, lo Stato è chiamato a rimuovere tutti gli ostacoli che lo studente con disabilità possa incontrare nel suo percorso, mediante appositi interventi concreti, valutazioni differenziate, risorse umane *ad hoc* (così assistenti, facilitatori, educatori e, soprattutto docenti di sostegno), oltre che per mezzo di specifici strumenti quali accertamenti della condizione di disabilità, piani di valutazione della disabilità e piani educativi individualizzati (oggetto della pronuncia in commento).

Si noti, peraltro, che i padri costituenti, ben consci della necessità di un trattamento differenziato nei confronti di alunni affetti da handicap, hanno in tal senso predisposto un'apposita norma nell'ambito della sezione della Carta costituzione dedicata ai diritti sociali: in tal senso l'art. 38 Cost. individua espressamente nei confronti degli inabili e dei minorati un indifferenziato "*diritto all'educazione ed all'avviamento professionale*". Disposizione quest'ultima che, letta in combinato disposto con le altre previsioni predette di rilevanza costituzionale, ha dato avvio ad un percorso verso l'integrazione scolastica degli studenti con disabilità anche sul piano normativo.

Di rilievo in materia appare la stessa celebre pronuncia della Corte costituzionale 3 giugno 1987, n. 215, la quale ha espressamente riconosciuto il pieno ed incondizionato diritto di tutti gli alunni con disabilità, in qualsivoglia caso di minorazione ed a prescindere dal grado di complessità della stessa, alla frequenza nelle scuole di ogni ordine e grado[12].

Sempre in argomento non si può non menzionare la successiva pronuncia del Giudice costituzionale n. 275/2016 nell'ambito della quale la Corte ha ulteriormente esplicitato che

«il diritto all'istruzione del disabile è *consacrato nell'art. 38 Cost., e spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale. (...) La natura fondamentale del diritto, che* è *tutelato anche a livello internazionale dall'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva con l. 3 marzo 2009, n. 18, impone alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile nel «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (...), tra le quali rientra il servizio di trasporto scolastico e di assistenza poiché, per lo studente disabile, esso costituisce una*

[12] Corte cost., 3 giugno 1987, n. 215, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 148.

componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto»[13].

2.2. Un excursus sul piano normativo dall'integrazione all'inclusione scolastica dello studente con disabilità.

In ambito nazionale, il testo legislativo di riferimento appare senza dubbio la legge 5 febbraio 1992, n. 104, c.d. «*Legge- quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*» la quale, all'art. 3, definisce la persona disabile come «*colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione*».

La legge in questione riporta in particolare agli artt. 12 ss. specifiche disposizioni concernenti il diritto all'educazione e all'istruzione del soggetto con disabilità concretizzando in primo luogo i principi generali di uguaglianza e inclusione aventi rilevanza costituzionale.

Peraltro, la stessa legge giunge all'esito di un travagliato percorso che si riscontra nel nostro ordinamento rispetto all'attuazione dell'inclusione scolastica dell'alunno con disabilità, anche sul piano della concretizzazione del principio stesso mediante precise statuizioni nell'ambito della normativa nazionale.

Infatti, sebbene – come accennato – la Costituzione Repubblicana nel 1948 abbia esplicitato, tra gli altri, il principio di uguaglianza e la conseguente necessità di garantire a tutti – dunque anche ai soggetti più deboli e così ai disabili – i medesimi diritti civili, di fatto, tuttavia, nell'ambito della legislazione ordinaria statale, quantomeno sino agli anni Settanta del secolo scorso, le misure in favore dei soggetti disabili si sono sostanziate esclusivamente in provvidenze economiche e risarcimenti. In altri termini, sino alla metà degli anni Settanta, non si è registrata un'attenzione del legislatore nazionale a sostegno dei soggetti aventi problematiche di disabilità; tale fenomeno si è peraltro verificato, verosimilmente, anche in ragione della frammentazione delle competenze assistenziali, attribuite sino a quel momento a Comuni e Province[14].

In ottica generale, può dunque affermarsi che la questione della disabilità in ambito scolastico ha attraversato diverse fasi: una prima fase di tendenziale esclusione dei soggetti disabili, posto il sostegno prestato dallo Stato in favore di tali soggetti perlopiù in ottica assistenziale; una prima apertura nel senso dell'"inserimento" degli stessi, principalmente grazie ai principi posti dalla l. n. 118/1971; una successiva fase di integrazione ben espressa nella l. n. 104/1992, sino alla più recente ed attuale fase orientata ad una vera e propria inclusione dello studente con disabilità[15].

Nel dettaglio, ad opera della nota "*riforma Gentile*", nel 1923, sono introdotte le prime generali previsioni specifiche a proposito dell'istruzione scolastica in favore dei minori disabili; con ulteriori successive disposizioni, nel 1928, sono di seguito introdotte le c.d. classi differenziali e le scuole

[13] Corte cost. 16 dicembre 2016, n. 275, in *Foro it.*, 2017, 9, I, 2591.

[14] In merito si v. E. Balboni-B. Baroni-A. Mattioni-G. Pastori (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, II ed., 2007.

[15] V. Franchi Scarselli, *Gli alunni e gli studenti con disabilità, DSA e BES*, in E. Codini-A. Fossati-S. A. Frego Luppi, *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2019, in partic. 194 ss.

speciali: agli alunni con disabilità, di fatto, è garantito il diritto all'istruzione, sebbene nell'ambito di classi e scuole "speciali", in un sostanziale regime di separazione rispetto alle classi ordinarie.

Mediante il d.l. 30 gennaio 1971, n. 5, convertito nella legge 30 marzo 1971, n. 118, recante

«*Provvidenze in favore dei mutilati ed invalidi civili*», lo Stato approva un primo compendio normativo che prevede un iniziale sistema di interventi in favore dei soggetti mutilati e invalidi. La legge in questione si rivolge espressamente ai «*cittadini affetti da minorazioni congenite o acquisite, anche a carattere progressivo, compresi gli irregolari psichici per oligofrenie di carattere organico o dismetabolico, insufficienze mentali derivanti da difetti sensoriali e funzionali che abbiano subito una riduzione permanente della capacità lavorativa non inferiore a un terzo o, se minori di anni 18, che abbiano difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della loro età*».

Il provvedimento legislativo in questione, concretamente, dispone misure di assistenza economica, quali pensioni di inabilità, ovvero assegni, ma altresì concrete misure ed interventi in termini di assistenza sanitaria (così riabilitazione, protesi ed ausili), assistenza sociale (come l'accompagnamento della famiglia), speciali misure di inserimento scolastico, formazione professionale e inserimento lavorativo (lavoro protetto, congedi per cure), oltre che provvedimenti al fine dell'eliminazione delle barriere architettoniche in relazione ad edifici ad uso pubblico e mezzi di trasporto. Per tale ragione, si è affermato che la l. n. 118/1971 possa essere intesa come la prima legge volta a favorire concretamente l'integrazione a tutto campo delle persone disabili, attuando in tal modo i summenzionati principi di rango costituzionale[16].

Sul finire degli anni Settanta del secolo scorso, con l'approvazione della l. n. 517/1977, si scorgono le prime previsioni innovative in materia, con il superamento del mero principio dell'inserimento scolastico. L'art. 2 della legge in parola stabilisce che «*la scuola attua forme di integrazione a favore degli alunni portatori di handicap con la prestazione di insegnanti specializzati*». Inoltre, si precisa che «*devono inoltre essere assicurati la necessaria integrazione specialistica, il servizio socio-psicopedagogico e forme particolari di sostegno secondo le rispettive, competenze dello Stato e degli enti locali preposti, nei limiti delle relative disponibilità di bilancio e sulla base del programma predisposto dal consiglio scolastico distrettuale*».

Sul piano delle competenze legislative, peraltro, si registra con la nascita delle Regioni un'attribuzione alle medesime di poteri di programmazione anche nell'ambito assistenziale; mediante il d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 si attua un concreto decentramento, con il trasferimento delle competenze in materia di assistenza e beneficenza pubblica in favore delle Regioni; in capo ai Comuni residua, inoltre, la competenza circa l'organizzazione e la gestione dei servizi nelle materie predette. Spettano invece allo Stato, secondo quanto previsto all'art. 5, «*la funzione di indirizzo e coordinamento delle attività amministrative delle regioni in materia sanitaria*», oltre che le ulteriori funzioni di cui all'art. 6.

[16] In proposito cfr. S. Dugone-S. Silvestri, *Riferimenti normativi ed epidemiologia*, in G. De Polo-M. Pradal-S. Bortolot (a cura di), *ICF-CY nei servizi per la disabilità. Indicazioni di metodo e prassi per l'inclusione*, Milano, 2011, 49 ss.

Ai soggetti disabili è poi specificamente dedicato l'art. 26 della successiva l. n. 833/1978, ove è espressamente previsto che «*le prestazioni sanitarie dirette al recupero funzionale e sociale dei soggetti affetti da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, dipendenti da qualunque causa, sono erogate dalle unità sanitarie loca- li attraverso i propri servizi. L'unità sanitaria locale, quando non sia in grado di fornire il servizio direttamente, vi provvede mediante convenzioni con istituti esistenti nella regione in cui abita l'utente o anche in altre regioni, aventi i requisiti indicati dalla legge, stipulate in conformità ad uno schema tipo approvato dal Ministro della sanità, sentito il Consiglio sanitario nazionale*».

In conseguenza di tali previsioni ed in presenza di un'evidente frammentazione delle competenze tra Province, Comuni e Asl, si è pertanto registrata una palese difformità nell'attribuzione degli specifici compiti alle Asl in sede di legislazione regionale. Si noti altresì che talune Regioni, negli anni successivi, in assenza di un'organica riforma sul punto, hanno approvato proprie leggi nella materia della assistenza sociale e, in specifici casi, anche a proposito della tutela dei soggetti disabili.

Alla luce delle diverse legislazioni regionali approvate, pertanto, il legislatore nazionale giunge alla definizione di una regolamentazione organica in materia di disabilità, allo scopo di favorire una concreta integrazione del soggetto disabile nell'ambito familiare, scolastico, lavorativo e, in termini generali, nella società, mediante la suddetta legge 5 febbraio 1992, n. 104.

Ulteriore imprescindibile riferimento normativo in materia è rappresentato dalla l. 8 novembre 2000, n. 328, «*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*» mediante la quale il legislatore ha dettato una disciplina uniforme sul piano nazionale, dando avvio al Piano sociale nazionale, al fondo sociale nazionale, alla programmazione mediante Piani regionali e Piani di zona e, da ultimo, ha rinviato ad una serie di successivi atti la riorganizzazione globale del sistema dei servizi sociali.

La legge in questione, di seguito, pur in presenza dell'intervenuta riforma del Titolo V della Costituzione nel 2001 e, dunque, in virtù delle rilevanti modifiche occorse in tema di riparto di competenze tra Stato e Regioni e della sua c.d. "cedevolezza", è stata ripresa dalle diverse legislazioni regionali, anche nella materia della disabilità, soprattutto per quel che concerne l'art. 14 della medesima disciplinante i «*progetti individuali per le persone disabili*», predisposti dai Comuni, d'intesa con le aziende unità sanitarie locali (oggi Asl), sulla scia di quanto già previsto dall'art. 39 della l. n. 104/1992 (di seguito integrato ad opera della l. n. 162/1998) in termini di «*piani personalizzati*». Il progetto individuale di cui all'art. 14, come da espressa previsione legislativa, «*comprende, oltre alla valutazione diagnostico-funzionale, le prestazioni di cura e di riabilitazione a carico del Servizio sanitario nazionale, i servizi alla persona a cui provvede il comune in forma diretta o accreditata, con partico- lare riferimento al recupero e all'integrazione sociale, nonché le misure economiche necessarie per il superamento di condizioni di povertà, emarginazione ed esclusione sociale*».

3. Lo strumento del P.E.I.: competenze e alterne vicende sul piano normativo e nella giurisprudenza.

Come anticipato, il testo normativo di riferimento nella materia dell'inclusione scolastica appare ancora oggi la legge n. 104/1992, sebbene interessata nel tempo da successivi e frequenti interventi di modifica, tra i quali non si possono non menzionare quelli recentemente disposti dal d.lgs. n. 66/2017 e dal d.lgs. n. 96/2019, recante disposizioni integrative e correttive al precedente d.lgs. 13 aprile 2017, n. 66, in materia di promozione dell'inclusione scolastica degli studenti con disabilità, a norma dell'art. 1, commi 180 e 181, lett. c), della l. 13 luglio 2015, n. 107, c.d. legge "Buona Scuola".

In dettaglio, la legge quadro n. 104/1992 dedica gli articoli da 12 a 16 all'istruzione e alla formazione degli alunni con disabilità.

All'art. 12, in particolare, si trova esplicitato il diritto all'educazione e all'istruzione del soggetto disabile, a partire dalla scuola dell'infanzia, sino alle istituzioni universitarie.

All'art. 12, comma 5, poi si prevede che, contestualmente all'accertamento della disabilità di cui all'art. 4 della legge quadro, i genitori del minore con disabilità possano richiedere l'accertamento della condizione di disabilità in età evolutiva ai fini dell'inclusione scolastica:

«*tale accertamento* è *propedeutico alla redazione del profilo di funzionamento, predisposto secondo i criteri del modello bio-psico-sociale della Classificazione internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute (ICF) dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), ai fini della formulazione del Piano educativo individualizzato (Pei) facente parte del progetto individuale di cui all'articolo 14 della legge 8 novembre 2000, n. 328*».

Sul piano delle competenze nell'attuazione delle concrete misure di inclusione, inoltre, il provvedimento normativo del governo del 2017, sostituendo integralmente l'art. 15 della legge n. 104/1992, ha istituito un nuovo sistema di *governance*strutturato su diversi livelli chiamati ad operare in maniera coordinata: così, a livello regionale, presso ogni Ufficio scolastico (USR) è stato istituito il Gruppo di Lavoro Interistituzionale Regionale (G.L.I.R.); per ciascun ambito territoriale è, inoltre, stato impostato il Gruppo per l'inclusione territoriale (G.I.T.), peraltro integrato dalle associazioni rappresentative delle persone con disabilità, oltre che dagli Enti locali e dalle Aziende sanitarie lo- cali. In aggiunta, presso ciascuna istituzione scolastica è stato istituito il Gruppo di lavoro per l'inclusione (G.L.I.), composto da docenti curricolari, docenti di sostegno e, eventualmente, da personale Ata, nonché da specialisti dell'Asl del territorio di riferimento dell'istituzione scolastica.

Da ultimo, con le modifiche disposte dal d.lgs. 96/2019 al testo del d.lgs. del 2017 si è introdotto all'art. 9, comma 10, il Gruppo di Lavoro Operativo (G.L.O.), quale raggruppamento del team dei docenti contitolari (per la scuola primaria) e dei membri del consiglio di classe (per la scuola secondaria), compreso l'insegnante di sostegno, e presieduto dal dirigente scolastico o da un suo delegato, aperto alla partecipazione dei genitori dell'alunno con disabilità, nonché alle figure professionali specifiche, interne ed esterne all'istituzione scolastica che interagiscono con la classe e con l'alunno disabile e con "*il necessario supporto dell'unità di valutazione multidisciplinare*", competente nella stesura del Profilo di funzionamento.

Ebbene, in termini di specifiche competenze del gruppo in questione, la normativa predetta a livello nazionale statuisce, con specifico riferimento alla "proposta" delle ore di sostegno in favore dell'alunno con disabilità, che compete al G.L.O. l'elaborazione ed approvazione dello strumento del P.E.I.[17]; lo stesso art. 7, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 66/2017, inoltre, precisa che il G.L.O. è altresì chiamato ad esplicitare "*le modalità di sostegno didattico, compresa la proposta del numero di ore di sostegno alla classe*"; il P.E.I. va poi redatto in via provvisoria entro giugno e in via definitiva entro ottobre (lett. g)).

Lo stesso art. 9, comma 10 ribadisce che il P.E.I. comprende "*la proposta di quantificazione di ore di sostegno e delle altre misure di sostegno, tenuto conto del profilo di funzionamento*".

Dunque, alla luce della suddetta normativa, occorre considerare che il Gruppo di lavoro operativo deve essere concepito quale organo facente capo all'istituzione scolastica, dotato di autonomia rispetto alle stesse istituzioni da cui trae le proprie componenti (scuola, famiglia, ambito sanitario, ente territoriale).

Ebbene, in aggiunta rispetto alle previsioni anzidette il d.lgs. n.66/2017 all'art. 7, comma 2- *ter,* ha demandato ad un apposito decreto del Ministero dell'Istruzione (di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze) la definizione del nuovo modello di P.E.I. per le istituzioni scolastiche. Così, qualche anno più tardi, il decreto interministeriale 29 dicembre 2020, n. 182, ha individuato: un nuovo modello di Piano Educativo Individualizzato (P.E.I.), unico per tutte le scuole, diversificato per ordine e grado (con allegati quattro modelli di P.E.I., rispettivamente per la scuola dell'infanzia, primaria, secondaria di primo e secondo grado); Linee guida finalizzate alla stesura del PEI; una scheda per l'individuazione del "debito di funzionamento", cioè per l'individuazione delle principali dimensioni interessate dal bisogno di supporto per l'alunno ed una tabella per l'individuazione dei fabbisogni di risorse professionali per il sostegno e l'assistenza[18].

Al decreto in questione, tuttavia, hanno fatto seguito una serie di ricorsi presentati da associazioni di genitori di alunni disabili, sfociati in particolare nella nota pronuncia del T.A.R. Lazio, 14 settembre 2021, n. 9795, mediante la quale si è disposto di fatto **l'annullamento del D.M. n. 182/2020 e degli atti connessi** al medesimo, sulla base della principale argomentazione per cui le prescrizioni del d.i. avrebbero travalicato il perimetro delle deleghe predeterminate per legge sul punto[19].

Il Ministero, conseguentemente, ha emanato la nota n. 2044 del 17 settembre 2021 mediante la quale ha evidenziato la neces-

[17] Sul contenuto dei PEI nella giurisprudenza più recente si v., tra le altre: T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 27 gennaio 2022, n. 217; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 10 giugno 2021, n. 6920; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 9 novembre 2020, n. 402; T.A.R. Lazio Roma, sez. III *bis*, 3 settembre 2020, n. 9316.

[18] Cfr. Decreto interministeriale n. 182/2020 rubricato "*Adozione del modello nazionale di piano educativo individualizzato e delle correlate linee guida, nonché modalità di assegnazione delle misure di sostegno agli alunni con disabilità*".

[19] Cfr. T.A.R. Lazio, Roma Sez. III *bis*, 14 settembre 2021, n. 9795, in *Famiglia e Diritto*, 2022, 2, 180, con nota di Gelli. Il T.A.R. Lazio, nel dettaglio, nella pronuncia in questione, ha annullato il decreto interministeriale n. 182/2020, perché illegittimo, trattandosi di un provvedimento che presenta tutti i caratteri (generalità, astrattezza e innovatività) propri di una fonte normativa di secondo grado, *sub* specie di regolamento, adottata in violazione delle disposizioni procedimentali dettate dall'art. 17, L. 23 agosto 1988, n. 400. In tal senso, in aggiunta, il decreto si porrebbe in contrasto con i principi e criteri direttivi che promanano dalle norme nazionali ed internazionali, in materia di inclusione di soggetti affetti da disabilità.

sità di dare continuità all'azione educativa e didattica a favore degli alunni con disabilità, rammentando la vigenza del d.lgs. n. 66/2017, come modificato dal d.lgs. 96/2019, laddove si ritrovano indicazioni dettagliate al fine di assicurare la partecipazione di tutti i soggetti coinvolti nel progetto di inclusione[20].

La vicenda si è arricchita, di seguito, di una ulteriore fase sul piano giurisprudenziale, con la sentenza del Consiglio di Stato del 26 aprile 2022 n. 3196, di accoglimento del ricorso presentato dai Ministeri dell'Istruzione e dell'Economia che, in contrasto con le statuizioni del T.A.R. Lazio del 2021 anzidette, ha confermato la vigenza del citato decreto interministeriale n. 182/2020, oltre alle connesse Linee guida e ai modelli di P.E.I.[21].

Di fatto, dunque, all'esito di tale recente pronuncia, hanno riassunto una valenza per le istituzioni scolastiche il decreto recante "*Adozione del modello nazionale di Piano educativo individualizzato e delle correlate Linee guida, nonché modalità di assegnazione delle misure di sostegno agli alunni con disabilità*" ed i relativi allegati modelli di P.E.I.[22].

4. La questione dell'assegnazione delle ore di sostegno.

Alla luce della richiamata normativa vigente in materia, le singole proposte approvate dai G.L.O. per ogni singolo alunno vengono dunque acquisite e valutate dai dirigenti scolastici al fine della formulazione della complessiva richiesta del personale di sostegno da assegnare all'istituto rivolta all'ufficio scolastico regionale. Le risorse professionali, peraltro, sono attribuite dagli enti preposti, tenuto conto dei principi di "accomodamento ragionevole", sulla base della totalità delle richieste, secondo gli *standard* qualitativi previsti per legge[23].

---

[20] Nota ministeriale n. 2044, del 17 settembre 2021, a margine della sentenza del TAR Lazio n. 9795/2021, recante "Indicazioni operative per la redazione dei PEI per l'a.s. 2021/2022".

[21] Cfr. Cons. Stato, sez. VII, 26 aprile 2022, n. 3196. La pronuncia si fonda sulla duplice argomentazione per cui, da un lato, il D.I. 182/2020 non sarebbe un atto regolamentare, ma avrebbe natura di atto amministrativo generale e, dall'altro, il T.A.R. Lazio avrebbe svolto una funzione impropria di controllo oggettivo sulla legittimità dell'atto generale in assenza della dimostrazione di lesioni concrete e attuali di interessi legittimi, travalicando di conseguenza il perimetro designato dall'art. 7 del Codice del processo amministrativo.

[22] Si noti, peraltro, come il decreto in questione pare abbia drasticamente ridotto i margini di discrezionalità valutativa del gruppo di lavoro operativo, prevedendo un meccanismo di rigida predeterminazione delle risorse professionali destinate al sostegno didattico, fondato sul c.d. "debito di funzionamento". Come precisato nell'ambito degli allegati al decreto interministeriale, infatti, il fabbisogno dell'alunno deve essere commisurato sulla base di precisi *range* che definiscono la forbice minima e massima delle ore di sostegno necessarie per ripristinare condizioni di funzionamento accettabili, in relazione alle sue capacità, secondo cinque livelli che indicano l'entità delle difficoltà riscontrate, su una scala che va da assente sino a molto elevata. Di conseguenza, sul piano generale, si determina una rimodulazione delle risorse messe a disposizione del disabile, scardinando il c.d. "rapporto 1:1" tra gravità dell'*handicap* e entità del sostegno. In argomento si v. R. Gelli, *Piano educativo individualizzato e sostegno all'alunno disabile*, in *Famiglia e Diritto*, 2022, 2, 177.

[23] In merito, occorre rammentare che al fine di concretizzare l'inserimento in classe di alunni con handicap, la legge n. 517/1977 aveva istituito i c.d. "posti di sostegno", da assegnare a docenti specializzati. Di seguito, sempre sul piano normativo, nel 1982, il contingente organico degli insegnanti di sostegno veniva determinato nella misura di un posto ogni 4 alunni con certificazione di handicap (ai sensi dell'art. 12 della legge n. 270; di seguito art. 139 del d.lgs. n. 297/1997). Da ultimo, alla luce degli ingenti e crescenti costi, individuati diversi meccanismi di assegnazione nell'ambito delle leggi finanziarie, si è approdati alle previsioni di cui alla legge n. 107/2015 (art. 1, comma 75) la quale ha disposto che "*l'organico dei posti di sostegno è determinato nel limite previsto dall'articolo 2, comma 414, secondo periodo, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e successive modificazioni, e dall'articolo 15, comma 2-bis, del decreto-legge 12 settembre 2013, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2013, n. 128, ferma restando la possibilità di istituire posti in deroga ai sensi dell'articolo 35, comma 7, della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e dell'articolo 1, comma 605, lettera b), della legge 27 dicembre 2006, n. 296*". La norma, di

Sulla specifica questione, peraltro, è intervenuto il Consiglio di Stato mediante l'articolata pronuncia n. 2023/2017 nell'ambito della quale, rispetto alle ore di sostegno in favore dell'alunno disabile, si è rammentato il procedimento per cui anzitutto il G.L.O. rappresenta l'organo preposto all'elaborazione dei singoli P.E.I. all'interno degli scolastici, al termine delle ulteriori fasi – essenzialmente di accertamento della disabilità, valutazione della singola situazione e condizione di disabilità, elaborazione di un profilo di funzionamento – previste dall'art. 12, comma 5, l. n. 104/1992; di seguito il dirigente scolastico trasmette le relative risultanze agli Uffici scolastici e questi ultimi, a seguito dell'acquisizione dei dati, sono chiamati ad attribuire ai singoli istituti un numero di insegnanti di sostegno necessario al fine di coprire tutte le ore oggetto delle «proposte», salva la possibilità di esercitare un potere meramente correttivo, sulla base di riscontri oggettivi (come nell'ipotesi di errori materiali, ovvero laddove singoli alunni non risultino più iscritti presso un dato istituto, perché trasferitisi altrove)[24].

In altri termini, il dirigente scolastico è inteso nell'ambito del procedimento di cui trattasi quale organo monocratico chiamato ad attribuire a ciascun alunno disabile un numero di ore di sostegno corrispondente a quello oggetto della singola proposta del G.L.O., dalla quale pertanto non si può discostare[25].

Nella stessa pronuncia del Consiglio di Stato, il supremo giudice amministrativo ha ritenuto dovesse essere considerato condivisibile l'orientamento della giurisprudenza amministrativa in base al quale sarebbe

difficile lettura quantomeno nel richiamo ad una serie di ulteriori previsioni di cui a precedenti leggi di bilancio, ha ad ogni modo disposto un organico dei posti di sostegno pari al 100/100 del numero dei posti complessivamente attivati nell'anno scolastico 2006/2007, oltre alla possibilità di istituire posti in deroga mediante il ricorso alle supplenze annuali.

[24] V. Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023, in *Diritto & Giustizia*, 79, 2017, 16 ss., con nota di Bombi. Nell'ambito della nota pronuncia in parola i giudici hanno, in particolare, posto in evidenza che "*l'art. 10, comma 5, ha attribuito il nomen iuris di «proposte» agli atti del G.L.O.H. sulla determinazione delle ore, non perché altre autorità – peraltro non aventi specifiche competenze di natura medica o didattica sulle esigenze degli alunni disabili – possano esercitare un 'potere riduttivo di merito, ovvero ridurre le ore assegnate, ma per la semplice ragione che tali «proposte» sono atti interni al procedimento, e cioè sono redatte quando non sono ancora state rilevate le effettive esigenze e non sono stati assegnati gli insegnanti di sostegno. Le proposte hanno invece la funzione di attivare dapprima la fase di competenza degli Uffici scolastici e poi la fase finale, di attribuzione delle ore da parte del dirigente scolastico. Poiché nessuna disposizione ha attribuito agli Uffici scolastici il potere di sottoporre a un riesame di merito quanto proposto dal G.L.O.H., l'art. 4 del d.P.C.M. n. 185 del 2006, che definisce «autorizzazione» l'atto del dirigente preposto dell'Ufficio scolastico regionale, va allora interpretato nel senso di prevedere un atto meramente ricognitivo, il quale constata che sussistono i relativi presupposti di spesa, senza poterli modificare, e giustifica l'impegno e il pagamento delle relative somme. (...) gli Uffici scolastici, a seguito dell'acquisizione dei dati, devono attribuire ai singoli Istituti tanti insegnanti di sostegno, quanti ne sono necessari per coprire tutte le ore che sono risultate oggetto delle «proposte», salva la possibilità di esercitare un potere meramente correttivo, sulla base di riscontri oggettivi*". Sempre in argomento si v. Cass. civ., sez. un., 8 ottobre 2019, n. 25101, in *Guida al diritto,* 2019, 44, 36, la quale ha ripreso integralmente le argomentazioni del Consiglio di Stato suddette. Nel dettaglio, le sezioni unite hanno posto in evidenza, rispetto ad una fattispecie analoga a quella in commento (si trattava del caso di un Comune che contravvenendo a quanto previsto dal piano dinamico funzionale di un minore disabile, disponeva l'assistenza nei suoi confronti per un massimo dì dieci ore settimanali al posto delle 22 stabilite), come una volta che il piano educativo individualizzato del minore disabile abbia fissato il numero di ore ritenute necessarie per il sostegno, l'amministrazione scolastica non possa assegnare un monte ore inferiore, non sussistendo in tal caso alcun potere discrezionale. La mancata assegnazione delle ore di sostegno corrispondenti al piano individuale contrasterebbe, infatti, con il diritto fondamentale del minore che versa in una situazione di handicap ad una pari opportunità nella fruizione del servizio scolastico.

[25] Peraltro nella sentenza si pone in luce il principio già individuato dalla sentenza della Corte costituzione (Corte cost. 22 febbraio 2010 n. 80), per cui "*le posizioni degli alunni disabili devono prevalere sulle esigenze di natura finanziaria*" e, dunque, "*ad un maggiore livello di disabilità deve corrispondere un maggior grado di assistenza*". In dottrina si v. M. Lottini, *Scuola e disabilità. I riflessi della sentenza n. 80 del 2010 della Corte Costituzionale sulla giurisprudenza del giudice amministrativo*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 2403 ss.

fondata la pretesa dei genitori a vedere attribuite ai propri figli disabili le ore di sostegno nella misura determinata dai G.L.O., con la conseguenza per cui, proprio per tale ragione, i dirigenti scolastici, dovendo evitare di emanare atti illegittimi, dovrebbero disporre l'attribuzione delle ore nella medesima misura, anche laddove gli Uffici scolastici non abbiano assegnato le risorse indispensabili.

Nella stessa sentenza si è altresì posto in evidenza l'interessante aspetto per cui emergerebbe dalla manifesta presenza di un contenzioso seriale posto all'esame dei T.A.R. e del Consiglio di Stato, in relazione a casi di attribuzione di ore di sostegno in numero inferiore rispetto a quelle indicate nelle «proposte» dei gruppi di lavoro, come solo i genitori in grado di proporre il ricorso giurisdizionale e soprattutto dotati dei mezzi anche economici per farlo, possano di fatto ottenere una pronuncia che ordini all'Amministrazione scolastica di consentire la fruizione delle ore nel numero determinato dal G.L.O., mentre lo stesso non possa dirsi per i genitori che di tali mezzi siano privi. Tale sistema tuttavia si porrebbe in evidente contrasto con quello desumibile dai principi costituzionali e dalle previsioni normative che, prima e dopo la nota sentenza della Corte costituzionale n. 80/2010, hanno attribuito agli alunni disabili il diritto di ottenere le ore di sostegno, nell'esatta misura individuata dal G.L.O.[26].

In definitiva, la proposta circa le ore di sostegno spettanti all'alunno con disabilità, anche in relazione al livello ed alla gravità della disabilità, assumerebbe la natura di un potere attribuito all'organo, derivante dalla sua competenza di merito, in quanto organo collegiale composto sia da una componente scolastica, sia da una componente "medico-psichiatrica", in particolare alla luce del "*necessario supporto dell'unità di valutazione multidisciplinare*" (*ex* art. 9, comma 10 d.lgs. 66/2017)[27].

5. Il caso di specie: istituti scolastici statali e comunali e relative competenze in materia di inclusione alla luce della normativa vigente.

Nella vicenda in commento i genitori dell'alunno disabile impugnano, in primo luogo, i provvedimenti adottati dalla «Commissione Inclusione» (istituita dal Comune di Torino), lamentando una lesione al loro interesse legittimo con riferimento al sostegno scolastico per il figlio disabile e richiedendo l'assegnazione di 33 ore settimanali di sostegno, di cui 8 di assistenza specialistica; in secondo luogo il decreto del Ministro dell'istruzione, adottato di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze n. 182/2020, nella parte in cui ha previsto limiti quantitativi di ore di sostegno.

In primo grado, il T.A.R. Lazio riconosce la violazione procedimentale per cui il P.E.I. nel caso di specie era stato redatto senza l'intervento degli organi statali competenti (G.I.T. e G.L.O.), come statuito dalla normativa in materia di inclusione scolastica di rango primario e, in particolare, ai sensi dell'art. 15, commi 4 e 10, della legge n. 104/1992, come modificata dall'art. 9 del

[26] V. in argomento M. Bombi, *Diritto allo studio, disabilità e competenze*, in *Diritto & Giustizia,* 79, 2017, 16.

[27] Cfr., tra le altre pronunce della giurisprudenza amministrativa, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *bis,* n. 2270/2021 e Cons. Stato, sez. VI, n. 3393/2017; v. altresì sul punto Trib. Rieti, 12 febbraio 2020.

d.lgs. n. 66/2017 come da ultimo riformulato.

La sentenza di primo grado, in altri termini, già individua nello specifico il G.L.O. quale unico organo competente ai fini della stesura del P.E.I., precisando come la normativa statale non possa essere derogata da previsioni proprie della singola amministrazione comunale. La medesima pronuncia di primo grado contestualmente dichiarava inammissibile l'ulteriore richiesta dei coniugi di ottenere ore di sostegno didattico in rapporto 1 a 1.

L'ente territoriale, nel caso in esame, propone dunque appello avverso la sentenza del T.A.R. Lazio sostenendo che nell'assegnazione delle ore di sostegno nell'ambito di una scuola scuola comunale non sarebbero chiamati ad intervenire gli organi previsti per le istituzioni scolastiche statali (nella fattispecie il G.L.O.), ma opererebbero invece quelli individuati dall'ente locale (nel caso in questione la commissione di inclusione istituita dall'amministrazione comunale, in aderenza al principio posto dall'art.118 Cost.

Quest'ultima commissione sostituirebbe cioè il gruppo di lavoro operativo e potrebbe svolgere le funzioni attribuite dalla normativa statale al medesimo in ragione della concreta "*potestà autorganizzatoria che, per ragionevole simmetria con la scuola statale, affida alla Commissione di inclusione il compito di fornire al dirigente amministrativo delle scuole dell'infanzia comunali il supporto tecnico necessario per garantire l'inclusione dei bambini disabili*".

Sul punto, si esprime il supremo consesso della giustizia amministrativa nell'ambito della pronuncia in esame precisando come la "Commissione di inclusione" facente capo all'ente territoriale non possa operare in sostituzione degli organi ministeriali.

A tale conclusione giunge peraltro il Collegio rilevando come le norme sull'inclusione scolastica degli studenti affetti da disabilità debbano considerarsi sempre applicabili, indipendentemente dalla tipologia di scuola che tale alunno frequenta; in altri termini, le previsioni – e nello specifico anche quelle concernenti gli organi competenti rispetto alla redazione dei piani propedeutici e del P.E.I. medesimo – risultano applicabili sia alle scuole statali, sia a quelle non statali, ovvero anche degli enti locali, come nel caso concreto in esame, sulla base di quanto disposto sul piano normativo dal d.lgs. n. 66/2017 nella sua più recente formulazione[28].

Infatti, la medesima esclusione delle scuole non statali dall'applicazione delle norme statali sull'inclusione scolastica non troverebbe fondamento in alcun testo legislativo ed anzi risulterebbe smentita dal dettato dell'articolo 2, comma 1 del d.lgs. 66/2017, laddove è garantito alla persona con disabilità certificata il diritto all'educazione, all'istruzione ed alla formazione; sul piano testuale non sarebbe possibile individuare alcun limite di applicabilità della normativa recente – di ridefinizione del sistema organizzativo preposto all'integrazione nel sistema di istruzione scolastica di soggetti con disabilità, attraverso l'istituzione dei gruppi di lavoro "multilivello" – riferibile a profili di carattere soggettivo, ovvero all'ente pubblico, Stato o altro livello di governo territoriale, nella cui organizzazione amministrativa è inserito l'istituto scolastico[29].

[28] Nell'ambito della pronuncia in commento si trova testualmente scritto che "*le norme sull'inclusione scolastica di studenti affetti da disabilità introdotte con il citato decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 66, sono di generale applicazione, senza distinzione tra scuole statali e scuole non statali*".

[29] È la stessa sentenza in esame che rammenta come si presenta il sistema dei gruppi di lavoro su vari livelli concretamente volto

In definitiva, rispetto ai principi di sussidiarietà e di autonomia dell'ente locale (ai sensi dell'art. 118 Cost.) occorre dare prevalenza all'esigenza di garantire un trattamento uniforme da parte di tutte le istituzioni su base nazionale, circa la tutela della disabilità e l'inclusione del disabile, anche sul piano scolastico[30]. La predetta esigenza appare ad ogni modo riconducibile ai principi costituzionali "*di uguaglianza, tutela della famiglia e dell'assolvimento dei compiti ad essa relativi, della salute, diritto allo studio e apertura della scuola a tutti, enunciati dagli artt. 3, 30, 31, 32, 33 e 34 della Carta fondamentale e richiamati nel preambolo del più volte richiamato decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 66*"[31].

6. Brevi considerazioni conclusive.

Negli anni più recenti si è registrata una proliferazione di pronunce dei giudici amministrativi e ordinari sulla tematica dell'inclusione scolastica degli alunni con disabilità, con particolare riferimento alle concrete misure di concretizzazione e implementazione della logica inclusiva, sancita sul piano dei principi anche nella Carta costituzionale.

In particolar modo, si sono registrate numerosissime sentenze sul tema della concreta assegnazione delle ore di sostegno spettanti all'alunno disabile come risultanti dai piani educativi individualizzati elaborati dai singoli gruppi operativi per l'inclusione a ciò preposti ai sensi della normativa nazionale in materia.

Peraltro, la stessa materia e le specifiche questioni concernenti il P.E.I. (la sua struttura e formulazione; le competenze rispetto alla redazione dei piani individualizzati e alla assegnazione delle ore di sostegno) sono state oggetto di successive e frenetiche rivisitazioni anche in ambito normativo, sulla scorta delle stesse pronunce giurisprudenziali di segno opposto rese sul tema[32].

In senso generale, il quadro che ne risulta appare, ancora oggi, estremamente frammentario e disarmonico e, evidentemente, di difficile interpretazione per gli operatori del settore: in particolare, talune previsioni in materia di inclusione sono riportate nell'ambito della l. 104/1992, mentre altre concernenti l'assegnazione delle risor-

all'inclusione dello studente disabile e così con la presenza: di un gruppo interistituzionale regionale, con funzioni di consulenza e proposta e di supporto agli organi territoriali; per ogni ambito provinciale di un gruppo di inclusione territoriale, con funzioni di supporto delle istituzioni scolastiche nella definizione dei programmi educativi individualizzati; quindi di un gruppo di lavoro per l'inclusione presso ogni istituto scolastico, con il compito di supportare il collegio dei docenti nella definizione e realizzazione del piano per l'inclusione e i docenti preposti alla relativa attuazione e, infine, del gruppo di lavoro operativo per il singolo alunno, al quale ha fatto riferimento la stessa sentenza di primo grado.

[30] In argomento si v. R. Morzenti Pellegrini, *L'autonomia scolastica tra sussidiarietà, differenziazione e pluralismi*, Torino, 2006.

[31] Cfr. Cons. Stato, sez. VII, 3 maggio 2023, n. 4473.

[32] Così, anche in dottrina si è rammentato come nell'ambito di recente giurisprudenza amministrativa sia stato ribadito il pieno diritto all'inclusione degli studenti con disabilità, peraltro sulla scia di un pacifico orientamento in base al quale allo studente disabile devono essere riconosciute tutte le ore di sostegno individuate dal P.E.I. Si v., in tal senso, T.A.R. Lazio Sez. III *bis*, 10 giugno 2021, n. 6920. A seguito dell'entrata in vigore del decreto interministeriale n. 182/2020 e della sostanziale modifica dell'*iter* di approvazione, oltre che dell'effettivo contenuto dello stesso piano educativo individualizzato, si sono, tuttavia, registrate anche sentenze di orientamento differente con specifico riferimento alla questione della assegnazione delle ore di sostegno. Cfr. anche, sul punto, T.A.R. Lazio Roma Sez. III *bis*, 14 settembre 2021, n. 9795. In dottrina si v. R. Gelli, *Piano educativo individualizzato e sostegno all'alunno disabile*, cit.; R. Caridà, *Il Progetto individuale, il Piano Educativo Individualizzato, il Piano Didattico Personalizzato*, in l. buscema, r. caridà, g. de luca, r. di maria, a. morelli, v. pupo, *Lineamenti di legislazione scolastica per l'inclusione*, cit., 179 ss.

se professionali per il sostegno si trovano nell'ambito di provvedimenti legislativi sul contenimento della spesa pubblica[33].

In una materia strettamente legata a diritti fondamentali di rango costituzionale occorrerebbero di contro meccanismi e procedure in grado di garantire sul piano amministrativo la concretizzazione di tali diritti senza necessità di presentare ricorsi giurisdizionali volti al riconoscimento di misure e strumenti di fatto individuati e garantiti dalla legge[34].

[33] V., in argomento, R. Cabazzi, *Diritti incomprimibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo Corte costituzionale n. 275/2016*, in *Le Regioni*, 2017, 3, 593-607; F. Gambardella, *Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nomos*, 2017, 1, 1-14; M. Franzini, *La difficile conciliazione tra finanza pubblica e welfare state*, in *RDSS*, 2019, 4, 681-702; L. Giani, *Disabilità e diritto all'istruzione: alla ricerca di un difficile equilibrio tra persona e valore economico della prestazione (pubblica)*, in M. Interlandi (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità,* Napoli, 2022, 139 ss.

[34] In merito, in dottrina, si è posto in evidenza, rispetto al ruolo del gruppo di lavoro operativo nella redazione del PEI e nella formulazione della concreta proposta di assegnazione delle adeguate misure di sostegno, come "*guardando al reale funzionamento degli ingranaggi del sistema scolastico, molte perplessità sorgono anche per una sorta di impermeabilità manifestata nel corso degli anni alla implementazione di principi, quelli ad esempio del procedimento amministrativo, nonostante il loro riconoscimento come livelli essenziali delle prestazioni. Si pensi ad esempio al funzionamento degli organi collegiali, e in particolare quelli deputati alla formulazione del PEI o del PDP, alla composizione degli stessi, ottimamente delineata nella disposizione normativa, ma non sempre garantita in concreto, sebbene la presenza di diverse componenti professionali dovrebbe far riflettere sulla «natura del collegio» e sulla (in)fungibilità delle professionalità in esso presenti*". Così L. Giani, *Disabilità e diritto all'istruzione: alla ricerca di un difficile equilibrio tra persona e valore economico della prestazione (pubblica),* cit., 159.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2847 – 14 luglio 2023

Il concetto di *full jurisdiction* e il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte Europea di giustizia. Recenti conferme e sviluppi*

Francesco Goisis

Sommario: 1. La qualificazione penale delle sanzioni amministrative nella CEDU. – **2.** La Full jurisdiction nella CEDU e nel diritto dell'Unione Europea. – **3.** Nuovi contributi delle Corti europee sulla full jurisdiction. – **4.** Conclusioni.

1. La qualificazione penale delle sanzioni amministrative nella CEDU.

Secondo linee ormai ben note – su cui qui non mi soffermo rimandando ad altri miei precedenti scritti[1] – le sanzioni ammi-

* Intervento presentato alle giornate di studio sulla giustizia amministrativa "Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione", Modanella 16 e 17 giugno 2023.

[1] Cfr. F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative, tra diritto nazionale ed europeo,* Torino, 2018, cui rimando per ulteriori indicazioni bibliografiche. Segnalo poi l'ampia e ragionata dimostrazione della necessità costituzionale di uno *status* peculiare della sanzione punitiva delineato da D. Simeoli, *Le sanzioni amministrative 'punitive´ tra diritto costituzionale ed europeo*, in *Riv. Reg. Mercati,* 2022. Sempre fondamentale, poi, M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012. L'idea della sanzione come pena è peraltro nota, prima ancora degli orientamenti CEDU, anche alla dottrina italiana. Cfr. in particolare, G. Zanobini, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, 38, ove si parla appunto di «pena in senso tecnico». Successivamente, per una simile impostazione, M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983 e C. Paliero, A. Travi, voce *Sanzioni amministrative*, in E*nc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, 345 ss. Da ultimo, sul tema, contributi monografici sono offerti, tra gli altri, da S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2017; G. Martini, *Potere sanzionatorio della p.a. e diritti dell'uomo : i vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Napoli 2018, S. L. Vitale, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018; S. Lucattini, *Le sanzioni a tutela del territorio,* Torino, 2022; S. Terracciano, *Le sanzioni amministrative a tutela degli interessi pubblici procedimentali*, Napoli, 2023.

nistrative quali conosciute nell'ordinamento italiano sono sostanzialmente penali, ai sensi della autonoma definizione della materia penale elaborata dalla CEDU.

E, sia chiaro, ciò vale – nonostante alcuni sorprendenti dubbi ancora presenti nella giurisprudenza italiana di legittimità[2] – almeno per tutte le sanzioni amministrative pecuniarie. Da quelle, più rilevanti, delle Autorità amministrative indipendenti, a quelle minori, per illeciti stradali.

Per essere ancora più diretti, non si richiede una specifica gravità della sanzione. Coerentemente con il carattere alternativo (e non cumulativo) dei criteri *Engel*[3], è sufficiente la finalità afflittiva, indipendentemente dall'intensità, dal *quantum*, di tale afflittività.

Lo ha detto, fin dal 1984 (con insegnamento costantemente ripetuto), la Corte EDU nell'occuparsi di modeste sanzioni per violazione del Codice della strada: «Non vi è […] nulla che suggerisca che il concetto di illecito penale di cui parla la Convenzione implichi necessariamente un qualche livello di gravità […]. Per di più sarebbe contrario all'oggetto e allo scopo dell'art. 6, che protegge "chiunque sia soggetto ad un'accusa penale" il diritto a un tribunale e ad un equo processo, se allo Stato fosse consentito di sottrarre dal campo di applicazione dell'art. 6 un'intera categoria di illeciti solo per il fatto che siano qualificati come minori»[4].

---

[2] Cfr. ad es., con affermazioni nette quanto in chiaro contrasto con la giurisprudenza CEDU, Cass., sez. II, 18 ottobre 2022, , n. 30500 « Risulta, invero, incensurabile la conclusione del giudice di merito il quale ha ritenuto che (cfr. Cass. n. 20689 del 2018) le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla CONSOB diverse da quelle di cui all'art. 187 ter TUF non sono equiparabili, quanto a tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale, a quelle appunto irrogate dalla CONSOB per manipolazione del mercato, sicché esse non hanno la natura sostanzialmente penale che appartiene a queste ultime, né pongono, quindi, un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 CEDU, agli effetti, in particolare, della violazione del "ne bis in idem" tra sanzione penale ed amministrativa comminata sui medesimi fatti. Trattasi di principio già affermato in precedenza (cfr. Cass. n. 8855 del 2017; Cass. n. 1621 del 2018) e che risulta confermato anche dalla successiva giurisprudenza di legittimità, che ha ribadito che (cfr. Cass. n. 4 del 2019; Cass. n. 5 del 2019; Cass. n. 31632 del 2019) con riferimento alle stesse, non si pone un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo né di applicabilità del successivo art. 7 della medesima Convenzione».

[3] Corte eur. dir. uomo, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands*, §§ 81 e 82: «La Convenzione indubbiamente consente agli Stati, nell'esercizio della loro funzione di custodi del pubblico interesse, di mantenere o stabilire una distinzione tra di-ritto penale e diritto disciplinare, e di determinare il relativo confine, ma solo a certe condizioni. La Convenzione lascia gli Stati liberi di designare come un illecito penale un'azione o un'omissione che non costituisca normale esercizio di uno dei diritti da essa protetto. Ciò è reso particolarmente chiaro dall'art. 7. Tale scelta, che ha l'effetto di rendere applicabili gli artt. 6 e 7, non è, in linea di principio, soggetta a scrutinio da parte della Corte. L'opposta scelta è tuttavia soggetta a più stringenti li-miti. Se agli Stati contraenti fosse concesso di classificare a loro discrezione un illecito come disciplinare invece che penale, o di perseguire l'autore di un illecito di carattere misto sul piano disciplinare invece che penale, l'applicabilità di disposizioni fondamentali quali gli artt. 6 e 7 risulterebbe subordinata alla loro volontà sovrana. Una tale ampia possibilità di scelta risulterebbe incompatibile con gli obiettivi e il contenuto della Convenzione. La Corte dunque, ai sensi degli artt. 6 nonché 17 e 18, ha competenza a stabilire da sé se la materia disciplinare non invada in realtà la sfera del penale. In breve, l'autonomia del concetto di penale opera a senso unico [...] In tale prospettiva, occorre anzitutto sapere se le previsioni che definiscono l'illecito in questione appartengono, secondo il sistema legale dello Stato resistente, alla sfera del diritto penale, disciplinare o entrambi assieme. Ciò tuttavia non rappresenta che un punto di partenza. Le indicazioni così fornite hanno solo un valore formale e relativo e vanno esaminate alla luce di un comune denominatore ricavabile dalle legislazioni dei vari stati contraenti. La natura intrinseca dell'illecito è un fattore di maggior importanza. Quando un militare si ritrova accusato di un atto o di un'omissione che in tesi violano le regole che governano l'attività delle forze armate, lo Stato può in linea di principio impiegare contro di lui il diritto disciplinare invece che quello penale. Sotto questo profilo, la Corte concorda con il Governo. Tuttavia, il sindacato della Corte non si ferma qui. Tale sindacato risulterebbe in linea generale illusorio se non prendesse anche in considerazione il livello di severità della sanzione che l'accusato rischia di subire. In una società conformata al principio di legalità, appartengono alla sfera del diritto penale tutte le privazioni della libertà che siano applicate quali san-zioni, con l'eccezione di quelle che per natura, durata o modalità di esecuzione non siano significativamente afflittive […]».

[4] Corte eur. dir. uomo, Plenaria, 21 febbraio 1984, caso n. 8544/79,

Basti ancora notare che, nel 1999, la Corte di Strasburgo non ha mostrato alcuna incertezza nel definire di natura penale una comune sanzione amministrativa pecuniaria italiana per eccesso di velocità, dall'ammontare di (sole) 62.000 lire[5]; nel 2006 ha qualificato penalisticamente una sanzione pecuniaria nazionale per attività edilizie in violazione della disciplina posta a tutela del paesaggio[6]; con la sentenza *Menarini* del 2011[7], poi, una sanzione amministrativa *antitrust* della nostra AGCM è stata ricondotta al penale e, nel 2014, è stata vista come penale una sanzione Consob per manipolazione del mercato[8]. Da ultimo, nel 2020, nel caso *Edizioni Del Roma*[9], è stata qualificata come penale una sanzione amministrativa pecuniaria di AGCOM, di 103.300 euro.

D'altra parte, come più volte chiarito a partire dal 1995[10], una finalità di cura in concreto dell'interesse pubblico non contrasta affatto con la natura penale del provvedimento di reazione alla commissione di un illecito. Insomma, la sanzione – per essere penale – non deve avere una finalità di mera giustizia. Non è nota, in Europa, la (peraltro fragilissima) tesi nazionale della c.d. discrezionalità giudiziale, che si sostituirebbe alla discrezionalità amministrativa in sede sanzionatoria[11].

2. La Full jurisdiction nella CEDU e nel diritto dell'Unione Europea.

Vengo ora ad interrogarmi, secondo l'importante spunto di Fabio Francario[12], sulle conseguenze di tutto ciò in punto di sindacato giurisdizionale.

Sono necessari alcuni passaggi, non sempre, credo, del tutto compresi nel dibattito italiano.

A svolgere con rigore concettuale il presupposto sopra ricordato (la sanzione amministrativa è una pena), tutte le garanzie dell'equo processo penale (art. 6 CEDU) dovrebbero essere fin da subito godute nel procedimento amministrativo: esso, infatti, si conclude direttamente con la condanna, i.e. la sanzione amministrativa, per di più immediatamente esecutiva, o la "assoluzione", i.e. la archiviazione.

Il principio *nulla poena sine aequo judicio* (sintesi estrema dell'art. 6 CEDU come diritto al giudice in materia penale) suggerirebbe dunque, in un'attuazione ottimale, di far precedere le garanzie penalistiche alla sanzione.

Öztürk v. *Germany*, § 53.

[5] Trattasi della pronuncia Corte eur. dir. uomo, sez. II, 9 novembre 1999, caso n. 35260/97, *Varuzza* v. *Italy*, in cui la Corte si limita a ricordare che «the offence at issue is a "criminal" one within the meaning of Article 6, § 1 of the Convention (see the *Öztürk* v. *Germany* judgment of 21 February 1984, Series A no. 73, p. 21, § 53). The applicant was thus in principle entitled to have a court determine the charge against him».

[6] Corte eur. dir. uomo, sez. IV, 21 marzo 2006, caso n. 70074/01, *Valico v. Italia*.

[7] Corte eur. dir. uomo, sez. II, 7 settembre 2011, caso n. 43509/08, *Menarini* c. *Italia*.

[8] Corte eur. dir. uomo, sez. II, 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens and Othersv. Italy*.

[9] Corte eur. dir. uomo, sez. I, 10 dicembre 2020, casi nn. 68954/13 e 70495/13, *Edizioni Del Roma Società Cooperativa a R.L. e Edizioni Del Roma S.r.l. c. Italia*.

[10] Corte eur. dir. uomo, Camera, 9 febbraio 1995, caso n. 17440/90, *Welch v. The United Kingdom*, § 30: «Invero, gli scopi di prevenzione e ripristino sono compatibili con uno scopo punitivo e possono essere visti come elementi costitutivi della nozione stessa di pena».

[11] Sul punto, se si vuole, F. Goisis, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 79 ss.

[12] F. Francario, *L'incerto confine tra giurisdizione di legittimità e di merito*, Relazione al convegno di Modanella 16-17 giugno 2023 "Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione", in questa Rivista.

Tuttavia, la giurisprudenza CEDU, nella consapevolezza dei limiti della disciplina del procedimento amministrativo riscontrabili nella gran parte dei paesi europei (in realtà ampiamente ispirata a schemi inquisitori, irrimediabilmente lesivi delle condizioni minime e strutturali della parità delle armi), ha mostrato fin da subito un approccio flessibile.

In particolare, la CEDU non si oppone in modo assoluto al fenomeno, non solo italiano, del crescente ricorso alla sanzione amministrativa, al posto di quella formalmente penale (depenalizzazione).

Fin dal già citato caso *Otzurk* del 1984, la Corte di Strasburgo ha però richiesto che alla fase amministrativa (se ed in quanto inadeguata ad assicurare un effettivo equo processo) sia effettivamente seguita una fase giudiziale di c.d. piena giurisdizione (*full jurisdiction*).

Il canone della *full jurisdiction* è estremamente esigente. E ciò vale specie in materia penale, come più volte dichiarato dalla Corte EDU[13].

Si pretende infatti un processo (ovviamente equo e paritario, ossia conforme all'art. 6 CEDU) investente, in fatto come in diritto, punto per punto, l'intero merito della pretesa punitiva, con potere (concretamente esercitato ove richiesto dal ricorrente) di piena sostituzione rispetto al contenuto della decisione amministrativa. In altri termini, come chiarito ad es. nella citata sentenza *Edizioni del Roma* resa proprio in relazione al contenzioso amministrativo italiano: «Il rispetto dell'articolo 6 della Convenzione non esclude dunque che, in un procedimento di natura amministrativa, una «pena» sia imposta in primo luogo da un'autorità amministrativa (G.I.E.M. S.R.L. e altri c. Italia [GC], nn. 1828/06 e altri 2, § 254 28 giugno 2018). Si presuppone però che la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfi essa stessa le condizioni di cui all'articolo 6 sia sottoposta a un controllo a posteriori da parte di un organo giudiziario con piena giurisdizione (Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo [GC], nn. 55391/13 e altri 2, § 132, 6 novembre 2018). Tra le caratteristiche di un organo giudiziario con piena giurisdizione vi è il potere di riformare interamente, in fatto e in diritto, la decisione emessa da un organo di grado inferiore. Il primo organo deve essere competente per esaminare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia ad esso sottoposta (Chevrol c. Francia, n. 49636/99, § 77, CEDU 2003-III, Silvester's Horeca Service c. Belgio, n. 47650/99, § 27, 4 marzo 2004, e A. Menarini Diagnostics S.r.l., sopra citata, § 59)»[14].

Che questo sindacato debba attenere all'*an* della responsabilità e quindi della fondatezza della pretesa sanzionatoria (fino a riguardare, sostitutivamente, la stessa opportunità di "condonare" la sanzione), è stato inequivocabilmente chiarito: ad es. nella pronuncia *Silverster's Horeca Service*[15] (uno dei *leading cases,* come appena visto spesso richiamato dalla stessa Corte EDU), si è negata la *full jurisdiction*, perché, in specie, la Corte aveva ritenuto « […]di essere stata chiamata solo ad esaminare la realtà

[13] Ad es., Corte eur. dir. uomo, sez. I, 17 aprile 2012, caso n. 21539/07, *Steininger* v. *Austria*, § 52, in cui espressamente si nota, in contrapposizione a vicende in cui erano in gioco poteri amministrativi incidenti su diritti civili, che «In the present case, however, the criminal head of Article 6, § 1 applies to the proceedings at issue and in its case-law the Court followed a different approach as regards the scope of review of criminal sanctions imposed by administrative authorities».

[14] Corte eur. dir. uomo, sez. I, 10 dicembre 2020, cit., § 67.

[15] Corte eur. dir. uomo, sez. I, 4 marzo 2004, caso 47650/99, *Silverster's Horeca Ser-vice c. Belgique*, § 28.

delle infrazioni ai sensi della disciplina IVA e di riesaminare la legittimità delle sanzioni fiscali imposte, senza essere competente a valutare l'opportunità se concedere una deroga totale o parziale dalle stesse».

Dunque un profilo di indubbia discrezionalità/opportunità (se condonare o meno) deve essere – anch'esso – in capo all'Autorità giurisdizionale.

A fronte delle incertezze e dei dubbi che la nozione di *full jurisdiction* ancora suscita, almeno un punto dovrebbe essere invero chiaro: è la stessa logica interna (e funzione) della *full jurisdiction* a suggerire un massimo grado di sindacato, di tipo sostitutorio. Difatti, senza sindacato sul merito della pretesa sanzionatoria, la fase giudiziale non potrebbe in alcun modo ambire a "compensare" i limiti della fase amministrativa. Le garanzie dell'equo processo penale devono essere godute in una fase di effettiva scelta sulla pena, non di riesame esterno di legittimità: quest'ultimo non entra (se non marginalmente) nel nucleo della questione (colpevolezza e quindi inflizione della sanzione, cioè *an* e *quantum* della sanzione); ma è proprio questo nucleo della questione che – come chiaro – l'art. 6 CEDU pretende sia inderogabilmente deciso nelle forme dell'equo processo (non solo e non certo i profili di mera legittimità)[16]. Un giudice vincolato – anche se solo parzialmente – dalle determinazioni amministrative vede invece la sua funzione di accertamento della colpevolezza e della giusta sanzione (più o meno gravemente) compromessa. Ma con ciò viene meno un fondamentale presupposto (lo si ripete, anzitutto) logico della compensabilità *ex post*, ossia il riesame *ex integro* della pretesa sanzionatoria.

In altri termini, se campo di applicazione elettivo dell'art. 6 CEDU è anzitutto il rapporto amministrativo, va da sé che il rapporto processuale, per poter compensare i limiti del rapporto amministrativo in punto di adeguamento all'art. 6 CEDU, debba avere lo stesso oggetto di quest'ultimo, ossia la complessiva questione amministrativa.

Insomma, l'equo processo *ex* art. 6 CEDU, pur regola formale-procedurale, mira però a incidere con pienezza sui rapporti sostanziali, non certo su fasi di mera revisione di legittimità.

A dimostrazione della necessità anzitutto logica della pienezza di sindacato quale presupposto per l'efficacia "terapeutica" della fase giurisdizionale, basti qui menzionare la analoga regola ideata dalla Corte Suprema USA per curare *ex post* determinazioni amministrative formate in violazione della *due process clause*: "the administrative law judge is required to conduct a de novo review of all factual and legal issues"[17]. Come,

[16] Sul tema più generale fino a che punto il difetto di giusto procedimento amministrativo possa essere "curato" in sede giurisdizionale, già condivisibili riflessioni, anche a commento degli orientamenti giurisprudenziali del Regno Unito, in D. Galligan, *Due Process and Fair Procedures, A Study of Administrative Procedures*, Oxford, 1997., ove si osserva che «If it is clear that the appeal goes to the merits, and if the procedures necessary to provide fair treatment are followed on appeal, then the original defect is cured».

[17] Corte suprema degli Stati Uniti, 28 aprile 1980, *Marshall* v. *Jerrico, Inc.*, in 446 U.S. 238, 245: *ivi* la Corte suprema si è più direttamente occupata della violazione della *due process clause* di cui al V e XIV emendamenti nella determinazione iniziale dei diritti del cittadino da parte di un'autorità con funzioni *prosecutorial* (ossia, potremmo dire, di accusa, come contrapposte a quelle semigiudiziali), ritenendo che perché tale violazione possa essere "curata" successivamente, occorre che vi sia una ulteriore fase giudiziale (o semi-giudiziale) non solo rispettosa dei principi del giusto processo, ma anche, e soprattutto, di "sindacato *ex novo* su tutte le questioni fattuali e giuridiche" ("the administrative law judge is required to conduct a de novo review of all factual and legal issues"). Sul tema della *ex novo review*, fra i tanti, J.A. Shechter, *De Novo Judicial Review of Administrative Agency Factual Determinations Implicating Constitutional Rights*, in *Colum. L. Rev.* Vol. 88, No. 7 (Nov., 1988), 1483 ss., il quale dà altresì conto dell'ampia giurisprudenza

tra gli altri, osservato dalla Corte Federale del Distretto di New York Sud, ciò significa che allorquando un'azione di *enforcement* pubblicistico non rispetti di per sé il giusto processo e, allo stesso tempo, sia capace di "barring a final determination on the merits", la deprivazione dei diritti di difesa sia irrimediabile e quindi inaccettabile[18]. Si riapre la strada di un godimento effettivo dell'equo processo solo ove un'altra autorità superiore possa occuparsi del merito delle medesime questioni, nel rispetto della *due process clause.* Merito amministrativo come preteso spazio di affrancamento dal sindacato giurisdizionale e *full jurisdiction* sono concetti antitetici ed inconciliabili.

Ma del resto, come a suo tempo notato, anche l'idea (alla base del sindacato pieno garantito al giudice ordinario dalla l. 689 del 1981) rifletteva una simile logica, di poter, almeno *ex post*, «usufruire» del principio garantistico «*nulla poena sine iudicio*» senza i limiti che generalmente ostano alla sua piena tutela nei confronti della p.A.»[19].

Ne deriva, tra l'altro, la necessità di un pieno riesame dei presupposti che, in Italia, definiremmo come tecnico-discrezionali o comunque qualificabili in termini di concetti giuridici indeterminati[20]. Si chiede cioè, in relazione a tali presupposti, la capacità del giudice di «sostituire la propria opinione» rispetto a quella della Autorità amministrativa, perché, altrimenti, «la questione centrale della controversia non è determinata da un tribunale indipendente ed imparziale»[21].

In materia di sanzioni amministrative il modello della *full jurisdiction* è allora espressamente quello di un sindacato giurisdizionale appellatorio (invece che cassatorio): il provvedimento sanzionatorio deve essere visto come una «decisione […] resa dall'organo inferiore»[22]. L'idea, cioè, è quella di due soggetti pubblici che, in continuità tra loro, esercitano un potere (di decisione su una controversia) qualitativamente identico, con conseguente piena sostituibilità della scelta dell'organo inferiore (l'Amministrazione) da parte dell'organo superiore (il giudice di *full jurisdiction*).

Non a caso, nella sentenza *Grande Stevens* del 2004, il sindacato in concreto esercitato dalla Cassazione italiana sulla decisione della Corte d'appello e così sul-

della Corte Suprema in tema di necessità di una piena revisione giurisdizionale delle scelte amministrative incidenti su diritti fondamentali di rango costituzionale, proponendone una razionalizzazione. In Italia, se si vuole, F. Goisis, *'A de novo review of all factual and legal issues' v. un esame 'point by point [...] without having to decline jurisdiction [...] in scrutinising findings of fact or law made by the administrative authorities'. La pienezza di giurisdizione come strumento di compensazione ex post nell'esperienza europea e statunitense*, in *Dir. proc. amm.,* 2021, 3 ss.

[18] United States District Court, S.D. New York, 2 marzo 2015, *U.S. v. East River Housing Corp.*, 90 F.Supp.3d 11850.

[19] Così, M.A. Sandulli, *Le sanzioni,* cit., 247-248, commentando la tesi di V. Andrioli, *Il contenzioso civile delle sanzioni amministrative,* in *Diritto e giurisprudenza,* 1981, 778, secondo cui il contenzioso sulle sanzioni si articolerebbe in un doppio stadio, amministrativo e giurisdizionale. Sulla necessità di una giurisdizione piena sulle sanzioni nel sistema della l. 689 del 1981, anche R. Villata, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, originariamente in *Dir. proc. amm.*, 1986, 388 ss., ora in R. Villata, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 267 ss.

[20] Sul tema, esatte osservazioni in Allena, *Art. 6*, cit., 294 ss. Sulla connessione tra *full jurisdiction* e principio di presunzione di innocenza (*in dubio pro reo*), la originale riflessione di G. Greco, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili,* in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2021, 469 ss., secondo cui il dubbio sui profili tecnici deve giocare a favore dell'incolpato, non (come oggi tende ad avvenire) della PA.

[21] Corte eur. dir. uomo, sez. IV, 27 ottobre 2009, caso n. 42509/05, *Crompton* v. *The United Kingdom*, § 73, ove si legge che «the Court concluded that judicial review proceedings did not offer, in the circumstances raised in *Tsfayo*, "sufficiency of review" in light of the fact that the High Court had no jurisdiction to rehear the evidence or substitute its own views as to the applicant's credibility. As a result, the central issue in the dispute was not determined by an independent and impartial tribunal».

[22] Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, cit., § 139.

la sanzione è stato ritenuto inadeguato, in quanto i giudici di legittimità erano privi del potere di «esaminare il merito del caso, accertare i fatti e valutare gli elementi di prova»[23].

È fondamentale notare (anche per gli evidenti riflessi di diritto nazionale) come il particolare rigore con cui deve intendersi il canone della *full jurisdictio* in relazione alle sanzioni amministrative sia stato ben compreso in sede di Unione Europea.

In particolare, la Corte di giustizia, a seguito della inequivoca affermazione della natura penale delle sanzioni *antitrust* da parte della Corte di Strasburgo[24], ha ricercato (tramite la *full jurisdiction*), una conciliazione tra *enforcement* amministrativo del diritto *antitrust* e diritto all'equo processo *ex* artt. 6 CEDU e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*, da interpretarsi, ai sensi del suo art. 52, co. 3, in conformità alla CEDU e alla giurisprudenza di Strasburgo[25]). In tale ottica, sembra aver ormai consolidato l'affermazione per cui in sede di contenzioso su tali sanzioni, la *full jurisdiction* implichi in capo al giudice «il potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione adottata, resa [si noti] da un organo di grado inferiore». Sicché, «L'organo giudiziario deve in particolare essere competente a giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia per cui viene adito». La competenza estesa al merito *ex* art. 31 del Regolamento n. 1 del 2003 deve quindi interpretarsi nel senso dell'attribuzione al giudice del potere di «sostituire la sua valutazione a quella della Commissione», così da «sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta»[26].

Già nel 2013, i giudici dell'Unione europea sono giunti a precisare – ed è questa l'affermazione più impegnativa e allo stesso tempo rilevante - che, nel controllo giurisdizionale sulle sanzioni *antitrust*, nessun ostacolo alla pienezza del sindacato può discendere dal «potere discrezionale di cui dispone la Commissione, in forza del ruolo assegnatole, in materia di politica della concorrenza, dai Trattati UE e FUE […]»[27]. La Corte mostra così di intendere recessiva ogni barriera al sindacato discendente dalla discrezionalità ove anche, quest'ultima, intesa come potere fondato sull'assegnazione legale di un ruolo istituzionale di cura (e persino di definizione) di un dato interesse pubblico (parlare di politica della concorrenza significa evidentemente alludere ad una discrezionalità particolarmente ampia).

Concetti, questi ultimi, ribaditi nel 2017: «il giudice non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione, né per quanto riguarda la scelta degli ele-

[23] Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, cit., § 155.

[24] Corte eur. dir. uomo, sez. II, 7 settembre 2011, cit.

[25] Come noto, ai sensi dell'art. 52, § 3, della Carta di Nizza: «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». Secondo le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* (2007/C 303/02), cit., *sub* art. 52: «Il riferimento alla CEDU riguarda sia la convenzione che i relativi protocolli. Il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. L'ultima frase del paragrafo è intesa a consentire all'Unione di garantire una protezione più ampia. La protezione accordata dalla Carta non può comunque in nessun caso situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU».

[26] Così, da ultimo, Corte eur. giust., sez. I, 30 aprile 2014, in causa C-238/12 P, *FLSmidth & Co. A/S* c. *Commissione europea*, punto 56.

[27] Corte eur. giust., sez. III, 11 settembre 2014, in causa C-382/12, *MasterCard e altri* c. *Commissione*, punto 156.

menti presi in considerazione in sede di applicazione dei criteri indicati negli orientamenti né per quanto riguarda la valutazione di tali elementi, al fine di rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto». In sostanza, la competenza di merito sulle sanzioni antitrust della Commissione «autorizza il giudice, al di là del mero controllo di legittimità della sanzione, a sostituire la sua valutazione a quella della Commissione e, di conseguenza, a eliminare, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta»[28].

Sembrano in tal modo trovare accoglimento le lucide osservazioni dell'Avvocato generale *Yves Bot* secondo cui il sindacato sulle sanzioni amministrative della Commissione dovrebbe essere modellato su quello di «un giudice d'appello che esamina il fascicolo e se ne riappropria ex novo, come richiesto dall'art. 6 della CEDU»[29].

D'altra parte, il modello della *full jurisdiction* sta ormai acquisendo, nell'intero ambito del diritto dell'Unione, il ruolo di canone minimo necessario dell'effettività della tutela giurisdizionale in materia sanzionatoria amministrativa. Come tale vincolante anche rispetto alle sanzioni nazionali.

Così, nel 2013, la Grande Sezione della Corte di giustizia, nel pronunciarsi in tema di reciproco riconoscimento tra gli stati membri delle sanzioni amministrative pecuniarie (nella specie, per violazione del codice della strada), ha ritenuto che tale riconoscimento vada subordinato alla messa a disposizione di un ricorso giurisdizionale effettivo e che tale effettività, alla luce degli artt. 6 CEDU e 47 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea, esiga che il giudice nazionale sia «pienamente competente ad esaminare la causa con riferimento tanto alla valutazione in diritto quanto alle circostanze di fatto», con, in particolare, «possibilità di esaminare le prove e di accertare su tale base la responsabilità dell'interessato nonché l'adeguatezza della pena»[30].

3. Nuovi contributi delle Corti europee sulla full jurisdiction.

Tali impostazioni a livello UE e CEDU trovano oggi importanti conferme e, si direbbe, sviluppi, in alcune recenti sentenze, di cui dirò brevemente.

Partiamo dalla Corte di giustizia.

In una pronuncia del 2023 sempre in punto di reciproco riconoscimento tra gli stati membri delle sanzioni pecuniarie[31], si legge di nuovo (come nel 2013), la netta affermazione per cui «perché sia possibile il riconoscimento di una sanzione amministrativa pecuniaria ai fini dell'esecuzione forzata in un altro ordinamento UE ai sensi della decisione quadro 2005/214, occorre che, quanto alla «portata e la natura del controllo esercitato dall'autorità giudiziaria che può essere adita, quest'ultima deve essere pienamente competente ad esaminare la causa con riferimento tanto alla valutazione in diritto quanto alle circostanze di fatto e deve avere in particolare la possibilità di esaminare le prove e di accertare su

[28] Corte eur. giust., sez. I, 27 aprile 2017 in causa C-469/15 P, *FSL Holdings e a.* c. *Commissione europea*, punti 73-74.

[29] Conclusioni dell'Avvocato generale presentate il 21 giugno 2012, causa C-89/11 P, *E.ON Energie AG* c. *Commissione europea*, punto 118.

[30] Così, nell'interpretare la decisione quadro 2005/214/GAI, Corte eur. giust., Grande Sezione, 14 novembre 2013, causa C-60/12, *Marián Baláž*, punto 47.

[31] Corte eur. giust., sez. VIII, 7 aprile 2022, causa C-150/21, *D.B.*

tale base la responsabilità dell'interessato nonché l'adeguatezza della pena».

È così confermato che l'art. 47 della Carta di Nizza (ispirato com'è dall'art. 6 CEDU) pretende la *full jurisdiction* come parametro sì esigente, ma anche minimo, dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Tuttavia, un'altra sentenza del 2023 dei giudici dell'Unione[32] appare ancor più importante e, si direbbe, dirimente.

Nell'occuparsi di una sanzione amministrativa di carattere reale inflitta dalla Romania in materia di depositi fiscali (ossia di una sospensione dell'autorizzazione necessaria per l'esercizio di un deposito fiscale, ai sensi della direttiva 2008/118, a causa di indizi della commissione di reati in violazione del regime dei prodotti soggetti ad accisa), la Corte non ha dubbi che condizione di legittimità della stessa sia e non possa che essere, ai sensi dei principi della Carta di Nizza che riflettono le garanzie CEDU, il diritto alla *full jurisdiction*, come inteso dalla Corte EDU e dalla coerente giurisprudenza UE in tema di sindacato sulle sanzioni *antitrust*. Tale sospensione, infatti, per quanto con finalità anche preventive, reagisce ad un preteso illecito ed è quindi pena ai sensi CEDU e della Carta di Nizza: «Per quanto concerne, poi, il criterio relativo alla natura stessa dell'infrazione, esso implica di verificare se la misura contemplata persegua, in particolare, una finalità repressiva, senza che la mera circostanza che essa persegua anche una finalità preventiva sia idonea a privarla della sua qualificazione di sanzione penale».

Si richiede dunque, *ex* art. 47 della Carta di Nizza, un sindacato esteso al merito. E ciò sull'*an*, come su ogni altro profilo, del preteso illecito e della sanzione: «Inoltre, l'articolo 47 della Carta richiede che ogni destinatario di una sanzione amministrativa di natura penale disponga di un mezzo di ricorso che gli consenta di far controllare tale sanzione da un organo giurisdizionale dotato di una competenza estesa al merito (sentenza del 18 luglio 2013, Schindler Holding e a./Commissione, C 501/11 P, EU:C:2013:522, punti da 32 a 35)».

Insomma, l'insegnamento per cui «Quanto al controllo di legittimità, …il giudice dell'Unione …non può far leva sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione – né per quanto riguarda la scelta degli elementi presi in considerazione in sede di applicazione dei criteri indicati negli orientamenti del 1998 né per quanto riguarda la valutazione di tali elementi – al fine di rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto…», vale (come è logico che sia, visto che discende dall'art. 47 della Carta di Nizza) anche per le sanzioni nazionali, in materie di interesse UE.

Peraltro, la necessità di un sindacato di merito su ogni profilo della pretesa sanzionatoria emerge anche di nuovo nella giurisprudenza CEDU. E ciò proprio con riguardo all'Italia e al contenzioso amministrativo. In particolare, l'inadeguatezza di visioni deferenti del sindacato giurisdizionale amministrativo trova importanti conferme.

Nella già citata pronuncia *Edizioni Del Roma* del 2020, si è negata una violazione dell'art. 6 CEDU rispetto ad una sanzione AGCOM in quanto, pur essendo il procedimento amministrativo non in linea con l'art. 6 CEDU tra l'altro perché carente sul piano dell'attuazione del diritto al contraddittorio, tuttavia, in concreto, «I giudici amministrativi hanno potuto verificare se, con riguardo alle circostanze particolari della causa, l'AGCOM avesse fatto un uso appropriato dei suoi poteri, e hanno potuto esamina-

[32] Corte eur. giust., sez. IV, 23 marzo 2023, causa C-412/21, *Dual Prod SRL*.

re la fondatezza e la proporzionalità delle scelte dell'AGCOM». Quindi, quel che si richiede è un controllo pieno, si noti, sulla fondatezza nell'*an* (e non solo nel *quantum*) della sanzione.

Del resto, con una sentenza poco discussa in Italia ma ormai fondamentale per capire gli attuali orientamenti CEDU in punto di *full jurisdiction*, nel 2018 la *Grand Chamber* si è espressa con nettezza, nel caso *Ramos Nunes*[33]. *Ivi*, ha escluso (peraltro in materia civile, cioè con riguardo ad una sanzione disciplinare inflitta ad un magistrato da parte dell'organo di autogoverno portoghese e quindi con argomenti applicabili *a fortiori* alla materia penale ove, come si è detto, la *full jurisdiction* è intesa con più rigore) che una Corte capace di annullare la sanzione solo per errori procedurali e errori di valutazione manifesti senza capacità (o comunque volontà) di sostituire la propria valutazione a quella dell'organo di autogoverno eserciti una *full jurisdiction* e quindi possa rimediare *ex post* i limiti del procedimento sanzionatorio: « Nevertheless, it was empowered to set aside a decision wholly or in part in the event of a "gross, manifest error", and in particular if it was established that the substantive law or procedural requirements of fairness had not been complied with in the proceedings leading to the adoption of the decision. Thus, it could refer the case back to the CSM for the latter to give a fresh ruling in conformity with any instructions issued by the Judicial Division regarding possible irregularities (see, conversely, *Oleksandr Volkov*, cited above, §§ 125-26, and *Kingsley*, cited above, § 32) ».

Non basta, insomma, un sindacato di legittimità, diremmo in Italia sull'eccesso di potere. Occorre un sindacato sostitutivo, in cui al giudice sia dato di (si noti la chiara scelta terminologica) «substituting its assessment for that of the disciplinary body».

Che il sindacato di *full jurisdiction* richiesto dalla Corte EDU al giudice amministrativo italiano sia (peraltro non solo in materia penale, ma anche di determinazione di diritti civili) quello forte e sostitutivo di cui agli ultimi due casi citati è stato, come anticipato, da ultimo certificato dagli stessi giudici di Strasburgo, nel caso *Germano* del giugno 2023[34]: *ivi*, in relazione al sindacato su un provvedimento amministrativo di polizia, l'Italia è stata condannata dalla Corte di Strasburgo per aver violato il canone di *full jurisdiction* quale definito nel caso *Ramos Nunes*: «The Consiglio di Stato did not carry out an independent review of whether the measure had a reasonable basis in fact, as it did not examine any evidence to confirm or refute the applicant's allegations. It failed, in particular, to examine the critical aspect of the case, namely whether the questore was able to demonstrate the existence of specific facts serving as a basis for the assessment that the applicant constituted a danger to his wife. These elements lead the Court to conclude that the Consiglio di Stato confined itself to a purely formal examination of the decision to impose the caution»[35].

Si noti che qui la Corte ha accertato una violazione non tanto dell'art. 6 CEDU (peraltro non contestata dal ricorrente), quanto, piuttosto, dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita personale e familiare). In altri

[33] Corte eur. dir. uomo, Grand Chamber, 6 novembre 2018, casi nn. 55391/13, 57728/13 and 74041/13, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal*.

[34] Corte eur. dir. uomo, sez. I, 22 giugno 2023, caso n. 10794/12, *Giuliano Germano v. Italy*.

[35] § 141.

termini, la questione non era (o non era principalmente) quella di "curare" *ex post* i limiti del procedimento amministrativo (peraltro svoltosi senza alcun contraddittorio con il destinatario per pretese ragioni di urgenza e quindi palesemente in contrasto con i principi dell'equo processo civile), ma di realizzare una effettiva tutela giurisdizionale di un diritto umano garantito dalla CEDU. Dice infatti la Corte che «that measures affecting human rights must be subjected to some form of adversarial proceedings before an independent body competent to review the reasons for the decision and the relevant evidence. The individual must be able to challenge the executive's assertions. Failing such safeguards, the police or other State authority would be able to encroach arbitrarily on rights protected by the Convention (see, mutatis mutandis, Liu v. Russia (no. 2), no. 29157/09, § 87, 26 July 2011). In the present case, a thorough judicial review was all the more necessary, given the failure on the part of the questore to provide relevant and sufficient reasons for the adopted measure (see paragraphs 135-36 above)»[36].

Insomma, ci dice la Corte, il sindacato sugli atti del potere amministrativo (ossia dell'Esecutivo) deve essere non solo esercitato nelle forme dell'equo processo in contraddittorio, ma altresì in modo necessariamente autonomo ed indipendente, non essendo ammesso che il Giudice del ricorso presti deferenza all'accertamento amministrativo, ove pure di carattere tecnico o comunque opinabile (nel caso di specie, il pericolo derivante da pretesi comportamenti persecutori, quale accertato dalla Questura sulla base di documenti forniti solo dalla pretesa vittima).

Presto assisteremo, poi, ad una pronuncia CEDU sul livello minimo di sindacato giurisdizionale amministrativo richiesto per le informative antimafia. E, si noti, come fin d'ora reso esplicito dalle domande poste alle parti[37], anche qui l'attenzione della Corte sembra concentrarsi sul rispetto del canone di *full jurisdiction* quale definito in *Ramos Nunes* e, sulla sua scia, in *Edizioni del Roma*.

Un motivo in più, mi pare, per non rifugiarsi in letture riduttive del canone della *full jurisdiction*: essa è funzionale, certo, a rendere effettivo il diritto al giudice in relazione ai poteri dell'Esecutivo (art. 6 CEDU; art. 47 Carta di Nizza), ma anche a garantire gli altri diritti fondamentali codificati dalla CEDU; si pensi solo, in relazione alla regolazione economica (ma anche alle stesse sanzioni amministrative pecuniarie), al diritto di proprietà *ex* art. 1, primo prot. add. CEDU, inteso latamente nella CEDU come diritto alla tutela del patrimonio (diremmo in Italia diritto all'integrità patrimoniale) a fronte del potere amministrativo.

[36] § 138.

[37] Corte eur. dir. uomo, 20 giugno 2022, caso n. 31696/17, *Geocostruzioni s.r.l.,* in cui si pone, tra l'altro, la seguente domanda: «Les contestations sur les droits et obligations de caractère civil des requérantes ont-t-elles été entendues équitablement, comme l'exige l'article 6 § 1 de la Convention ? En particulier, compte tenu des « droits et obligations de caractère civil » en jeu et des effets des mesures d'informazione antimafia interdittiva sur ceux-ci, des particularités de la procédure devant l'autorité préfectorale (voir, en particulier, les articles 92 et 93 du décret législatif no 159 de 2011) et de la jurisprudence interne sur l'étendue du contrôle juridictionnel administratif en la matière (voir, parmi beaucoup d'autres, les arrêts du Conseil d'État nos 3707/2015 et 7151/2018), les requérantes ont-t-elles eu la possibilité de soumettre leurs contestations à un « tribunal » disposant de la « plénitude de juridiction » au sens de la jurisprudence dégagée par la Cour sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention (Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal [GC], nos 55391/13 et 2 autres, §§ 176-186, 6 novembre 2018, voir aussi, en ce qui concerne les sanctions infligées par les autorités administratives indépendantes, Edizioni Del Roma Societa Cooperativa A.R.L. et Edizioni del Roma S.R.L. c. Italie, §§ 92-94, nos 68954/13 et 70495/13, 10 décembre 2020) ?».

4. Conclusioni.

Solo qualche breve nota conclusiva.

Come si è tentato di mostrare, il senso ultimo dell'insegnamento CEDU in punto di *full jurisdiction* sulle sanzioni amministrative quale affermato almeno a partire dal 1984 è semplice ma profondo: come dichiarato fin dalla sentenza *Engel,* la sanzione amministrativa deve cessare di essere una comoda etichetta che consente, ai sistemi giuridici nazionali, una facile elusione delle garanzie del diritto penale imposte dalla CEDU. Piuttosto, si deve trattare solo di un diverso modo di organizzare una funzione punitiva sostanzialmente immutata (sotto il profilo dei fini, o, in alternativa, della gravità) rispetto a quella esercitata dalla giurisdizione penale. Quindi deve essere assicurata, all'accusato, la stessa pienezza di tutele di cui godrebbe in sede (formalmente) penale.

Ed allora, se il procedimento amministrativo non è stato in linea con il giusto processo penale (ed è purtroppo la regola nella gran parte dei sistemi europei), almeno il giudice deve direttamente partecipare, seppur *ex post* e su impulso di parte, all'esercizio della funzione amministrativa, così da curare i *deficit* della originaria fase procedimentale.

Il rimedio giurisdizionale amministrativo deve quindi configurarsi come appellatorio. Non sono ammessi (o comunque non avrebbero portata curativa) rimedi giurisdizionali (più o meno accentuatamente) a critica vincolata.

La Corte europea di giustizia (ad interpretazione dell'art. 47 della Carta di Nizza) e la Corte EDU (ad interpretazione dell'art. 6 CEDU, ma anche del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva implicito in ogni diritto convenzionale) – come si è visto – specie negli ultimi anni ci hanno ribadito la necessità di un sindacato (espressamente definito come) di merito sulle sanzioni amministrative e ci hanno spiegato che il potere discrezionale non può essere visto come un limite al sindacato giurisdizionale.

Tali pronunce andrebbero, credo, prese sul serio.

Il rischio, altrimenti, è non solo che il sistema sanzionatorio amministrativo italiano sia considerato incompatibile con il diritto UE (fino alla non riconoscibilità, in altri ordinamenti europei, della sanzione italiana), ma altresì che (anche al di là della materia sanzionatoria) il sistema di sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Esecutivo offerto dall'Italia sia considerato inadeguato ad adempiere gli obblighi internazionali assunti dal nostro Paese con l'adesione alla CEDU, con violazione, quindi, dell'art. 117, co. 1, Cost.

Non mi sottraggo, infine, al giusto e argomentato invito di Fabio Francario ad interrogarsi sulla compatibilità della *full jurisdiction* con il principio della separazione dei poteri e con gli attuali limiti legislativi al sindacato di merito[38].

Anche a non voler considerare il rango della CEDU e del diritto dell'Unione Europea *ex* art. 117, co. 1, Cost., qui, mi pare, si tratterebbe soprattutto di intendersi se il principio di separazione dei poteri abbia davvero copertura costituzionale, oppure, come sembrerebbe suggerire la pacifica esistenza *ab origine* nel nostro sistema di una giurisdizione di merito, sia piuttosto frutto di una saggia regola di economicità della

[38] Sul tema della separazione dei poteri e della sua tensione con il canone della *full jurisdiction,* rinvio, per più estese argomentazione anche di carattere sistematico, a M. Allena, F. Goisis, *'Full Jurisdiction' Under Article 6 ECHR: Hans Kelsen v. the Principle of Separation of Powers'*, in *Eur. Publ. Law*, 2020, vol. 26, no. 2, 288 ss. e F. Goisis, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1 ss.

funzione giurisdizionale (che certo non può sostituire *in toto* la funzione amministrativa; non ne avrebbe né le risorse organizzative, né le competenze specialistiche).

Tuttavia, osservo, la materia penale è tradizionalmente, in pressoché tutti gli ordinamenti europei, di normale spettanza del potere giudiziale. Una piena competenza sostitutoria - detto altrimenti, una continuità nella funzione sanzionatoria tra Amministrazione e Giudice - dovrebbe quindi apparire (quantomeno) più naturale ed accettabile proprio con riguardo alle sanzioni amministrative: come ipotizzare infatti un'invasione della sfera dell'Esecutivo da parte del potere giudiziario, quando in realtà la potestà penale è connaturata a quest'ultimo, e la depenalizzazione è stata una comprensibile scelta di deflazione degli uffici giudiziali, ma certo non un portato de (ma semmai una deroga a) principi tradizionali dell'ordinamento?

In questo senso, la scelta dell'art. 134, comma 1, lett. *c)*, c.p.a., di devolvere in giurisdizione di merito il contenzioso sulle sanzioni amministrative pecuniarie (nonché la pienezza di tutela almeno sulla carta offerta dall'AGO in sede di sindacato sulle sanzioni amministrative pecuniarie) appare felice e da attuare compiutamente. Occorre cioè rinunciare alla tesi – peraltro priva di ogni supporto legislativo - per cui il sindacato di merito potrebbe riguardare solo il *quantum,* e non anche l'*an*, della sanzione.

Sentenze come quella notissima del luglio 2019 del Consiglio di Stato in tema di sanzioni per intese restrittive della concorrenza appaiono le uniche davvero in linea con il canone della *full jurisdiction*[39]. Una tale prospettiva di sindacato pervasivo andrebbe generalizzato, se non altro per un'esigenza di coerenza con l'approccio ormai evidente in sede di contenzioso dei giudici UE sulle sanzioni della Commissione.

Per gli altri ambiti del contenzioso amministrativo ad oggi soggetti a giurisdizione di legittimità, il problema, come ben chiarito da Fabio Francario, invece rimane: qui il limite del merito amministrativo è, sul piano legislativo e dei principi tradizionali (siano o meno essi costituzionalizzati), innegabile.

Occorrerebbe quindi ragionare *de jure condendo*.

Magari valorizzando, in tale ottica, il rango della CEDU (oltre che dell'art. 47 della Carta di Nizza, che l'art. 6 CEDU trasla nell'ordinamento UE). E, con ciò, la neces-

[39] Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2019, n. 4990. *Ivi* si legge che "Secondo la giurisprudenza della Corte Europea, il «fair trial» non ha ad oggetto unicamente il processo, ma anche il procedimento, amministrativo, e segnatamente: per «tribunale» deve intendersi qualunque autorità che, pur attraverso un procedimento non formalmente qualificato processo nell'ordinamento interno, adotti atti modificativi della realtà giuridica, incidenti significativamente nella sfera soggettiva di un soggetto privato, anche se tale funzione viene esercitata al di fuori di una organizzazione giurisdizionale". Da qui la "rilevanza centrale, nelle controversie sull'esercizio del potere sanzionatorio, del concetto di «full jurisdiction». Secondo i giudici di Strasburgo la decisione amministrativa incidente su civil rights and obligations, per quanto adottata senza il rispetto di tutti i requisiti prescritti dal principio del «fail trail», può nondimeno essere considerata adottata conformemente alla Convenzione, laddove le garanzie procedurali ivi previste siano comunque riscontrabili nella sede di controllo della decisione stessa". Di conseguenza, quanto ai pretesi limiti di sindacato giurisdizionale, "nulla si oppone a che sia il giudice a "definire" la fattispecie sostanziale". Occorre insomma superare il tradizionale limite del divieto di sostituzione delle valutazioni tecniche rispetto alle sanzioni AGCM: il giudice amministrativo è "pienamente abilitato a pervenire all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale invocata (nella specie, l'accertamento della realizzazione o meno dell'intesa illecita punita con una pesante sanzione pecuniaria)". Per un primo commento critico, M. Delsignore, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.,* 2020, 740 ss. A favore di un sindacato di mera attendibilità in tesi più rispettoso della particolare legittimazione tecnica delle Autorità amministrative e quindi critico anche S. Torricelli, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. proc. amm.,* 2020, 97 ss.

sità, da ultimo manifestata nella sentenza sul caso *Germano*, di un sindacato pieno: quest'ultimo certamente da assicurare sulle sanzioni amministrative, ma anche, probabilmente, sugli altri provvedimenti amministrativi direttamente incidenti sui diritti civili, e, in particolare, su quelli limitativi dei diritti fondamentali convenzionalmente tutelati.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2891 – 27 settembre 2023

L'indipendenza del giudice amministrativo tra falsi problemi e criticità reali

Raffaele Greco

Sommario: 1. Premessa: la perdurante attualità del tema. – **2.** I nodi problematici tradizionalmente esaminati. – **3.** L'ordinamento della giustizia amministrativa e le sue perduranti criticità. – **4.** Le ricadute processuali: in particolare, la c.d. *giurisdizione domestica*. – **5.** L'autogoverno della magistratura amministrativa. – **6.** Lo sconfortante panorama associativo. – **7.** Conclusioni: una riforma necessaria ma forse impossibile.

1. Premessa: la perdurante attualità del tema.

Più che alla mistica nietzschiana dell'*eterno ritorno*[1], parrebbe ascrivibile alla categoria degli *incubi ricorrenti* alla Stephen King[2] il modo in cui il tema del ruolo e dell'indipendenza dei giudici amministrativi si ripresenta regolarmente all'attenzione di *media* e commentatori. Si tratti dell'ennesimo intervento su una gara per l'affidamento di un appalto pubblico, della sospensione dell'ordine di abbattimento di un'orsa o dell'accoglimento del ricorso proposto contro la bocciatura di uno studente colpito da gravi insufficienze, qualsiasi decisione dei Tribunali amministrativi regionali o del Consiglio di Stato capace di suscitare l'attenzione dell'opinione pubblica – specie se idonea a suscitare perplessità dal punto di vista della politica o di un "sentimento popolare" reale o presunto – invariabilmente riapre il dibattito sulla pretesa "invasività" della giustizia amministrativa rispetto alle prerogative del potere esecutivo e/o dell'amministrazione, con le inevitabili proposte di ridimensionamento dei relativi poteri o, al limite, di soppressione delle istituzioni che li esercitano[3].

Tralasciando i profili più beceri delle polemiche da *social media*[4], in questa se-

[1] Cfr. F. Nietzsche, *La gaia scienza e idilli di Messina,* trad. di F. Masini, Milano, Adelphi, 1977, 341.

[2] Cfr. S. King, *A volte ritornano,* trad. di H. Brinis, Milano, Bompiani, 181 ss.

[3] Appartiene ormai alla leggenda, più che alla cronaca, il noto intervento di R. Prodi, *Abolire tar e Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia,* in *Il Mattino, Il Messaggero* e *Il Gazzettino,* 13 agosto 2013, che tante polemiche suscitò fra gli operatori del settore.

[4] Al riguardo, con riferimento alla recente vicenda di uno studente

de interessa chiedersi se vi sia un nesso tra questa diffusa "sfiducia" nella giurisdizione amministrativa, spesso alimentata da ignoranza o scarsa comprensione di quello che ne è il fisiologico – e ineludibile – compito istituzionale (ad onta delle frequenti "difese di ufficio" svolte dai massimi vertici istituzionali[5], ma anche da studiosi autorevoli e imparziali)[6], e le peculiarità che connotano lo *status* dei magistrati amministrativi, sotto lo specifico profilo istituzionale dell'indipendenza e dell'imparzialità che costituisce la pre-condizione imprescindibile per definirne il ruolo e l'immagine di Giudici. In altri termini, occorre interrogarsi su quali siano i principali tratti che ad oggi delineano la "specialità" del giudice amministrativo rispetto alle altre giurisdizioni, e chiedersi se queste concorrano a definire una figura di giudice adeguatamente imparziale e indipendente, o quanto meno percepibile come tale alla stregua dei canoni comunemente impiegati dall'utenza nel "riconoscere" la posizione e la funzione degli organi istituzionali; tali interrogativi, ad avviso di chi scrive, conducono necessariamente a quello più generale se la giurisdizione amministrativa sia oggi dotata di un profilo istituzionale organico e coerente, idoneo a individuarla (e, quindi, legittimarla dinanzi all'opinione pubblica) come giurisdizione *a tutto tondo* pur nella sua "diversità" rispetto a quella ordinaria.

Naturalmente, l'indagine non può esaurirsi nella banale domanda se la magistratura amministrativa soffra o no un *deficit* di indipendenza, sul piano istituzionale e ordinamentale, rispetto alla giurisdizione ordinaria. Posto il quesito in tali termini, la risposta non può che essere affermativa, come è evidente dal tessuto normativo di riferimento già a partire dalla cornice costituzionale: è noto infatti che, mentre per la magistratura ordinaria le guarentigie della sua indipendenza sono analiticamente declinate dalla Costituzione (articoli 101, 104, 105 e 107), in modo da vincolare e limitare il legislatore ordinario, l'articolo 108, secondo comma, rimette alla legge il compito di "*assicura*[re] *l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali*", riservando dunque al vaglio di costituzionalità della legislazione ordinaria *in subiecta materia* la verifica della sua idoneità o meno a garantire il rispetto del precetto costituzionale[7]. Da ciò è discesa la convinzione, per lungo tempo granitica fra i commentatori e ancora oggi molto diffusa, di una diversa gradazione delle garanzie di indipendenza tra giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali "costituzionalizzate", essendo riconosciuta solo alla prima una indipendenza "*forte*", e alle seconde invece una indipendenza

asseritamente "*promosso*" dal Tar dopo essere stato bocciato dalle istituzioni scolastiche, si vedano le caustiche osservazioni di M. Balloriani, *Si attaccano le toghe. Ma nessuno legge davvero le sentenze,* in *Domani,* 26 agosto 2023, 5.

[5] Si vedano, a mero titolo di esempio, G. Giovannini, *Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2014,* in *www.giustamm.it* (in risposta all'articolo di Romano Prodi citato alla nota 3) nonché A. Pajno, *Insediamento del Presidente del Consiglio di Stato – Inaugurazione dell'anno giudiziario 2016,* Roma, 2016, 7-8.

[6] Cfr. ad esempio U. Fantigrossi, *Giustizia amministrativa: una battaglia attuale,* in *www.giustizia-amministrativa.it,* 5 luglio 2017; F. Freni, *Acciaio e cristallo: in difesa del processo amministrativo,* in *www.ilmerito.org,* 27 novembre 2015; M.A. Sandulli, *Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa. Dall'unificazione al codice* (Presentazione del Convegno di studi su "*Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa. Dall'unificazione al codice*", Bari – Polignano, 21-22 settembre 2015), in *www.federalismi.it,* n. 18/2015, 3 ss.; P. Mantini, *Giustizia amministrativa: occorrono riforme, non superficiali rottamazioni,* in *www.specchioeconomico.com,* 2 aprile 2014.

[7] Con formulazione in parte analoga, l'articolo 100, comma terzo, Cost. rinvia alla legge affinché questa assicuri l'indipendenza del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, quali organi consultivi, "*di fronte al Governo*".

"*sufficiente*"[8], o comunque modulata non in via assoluta ma in relazione agli specifici compiti che la Costituzione assegna a ciascuna di esse[9].

Questo approccio, che ha a lungo influenzato la stessa giurisprudenza costituzionale in ordine allo *status* ed alle garanzie di indipendenza della giurisdizione amministrativa[10], è oggi oggetto di profonda rimeditazione alla luce del recepimento a livello costituzionale dei principi del "giusto processo" nell'articolo 111 Cost., come novellato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, che, in virtù del richiamo contenuto nell'articolo 2, comma 1, del codice del processo amministrativo[11] non può non indirizzare nel senso della (quanto meno tendenziale) estensione a tutte le giurisdizioni speciali dell'intero compendio di principi e regole affermati nel Titolo IV della Parte II della Costituzione[12]. Si vedrà però, approfondendo questo punto, che il percorso legislativo di compenetrazione dei principi del "giusto processo" nella giurisdizione amministrativa, che potrebbe costituire l'occasione decisiva e conclusiva per il superamento di perduranti dubbi e criticità sull'indipendenza e imparzialità di tale giudice, non è forse ancora del tutto compiuto.

Sia come sia, le considerazioni che precedono dovrebbero essere sufficienti a dar conto delle ragioni per cui, pur nel delineato contesto costituzionale e istituzionale, il tema di una non pienezza dell'indipendenza del giudice amministrativo sia periodicamente rimeditato anche da osservatori autorevoli[13]; così come, pur in un contesto in cui è ormai largamente acquisito il riconoscimento del giudice amministrativo come "*risorsa*" per una miglior tutela dei diritti dei cittadini[14], ci si continui a interrogare su quali siano i veri tratti qualificanti della sua "*specialità*" al di là delle necessità connesse alla tipologia di affari di cui esso è chiamato a occuparsi ed alle conseguenti peculiarità della relativa disciplina processuale[15].

2. I nodi problematici tradizionalmente esaminati.

Se allora ci si concentra sulle riflessioni più mature e consapevoli svolte in ordi-

[8] L'espressione è di G. Verde, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente,* in *Dir. proc. amm.,* 2003, 363 ss.

[9] In tal senso, R. Garofoli, *Unicità della giurisdizione e indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema costituzionale,* in *Dir. proc. amm.,* 1998, 144 ss.

[10] Sul punto, cfr. A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa", (Sonntagsgedanken),* Milano, 2005, 82-83, con specifico riguardo alle sentenze della Corte costituzionale nn. 177/1973 e 7/1980, in tema di nomina governativa dei Consiglieri di Stato e requisiti per l'accesso allo *status* di magistrato (su cui si tornerà *infra,* al § 2).

[11] Nonché, per la Corte dei conti, nell'articolo 4 del codice di giustizia contabile di cui al d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174.

[12] Cfr. P. Tanda, *Profili istituzionali, processuali e comparatistici dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice amministrativo,* in *Giur. it.,* 2020, 3, 697 ss.

[13] Fra i contributi più recenti, vale richiamare quelli di P. Tanda, *Profili istituzionali, processuali e comparatistici dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice amministrativo,* cit.; di E. Follieri, *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato,* in *www.giustamm.it,* 2016; e di M. Protto, *Le garanzie di indipendenza e imparzialità del giudice nel processo amministrativo,* in G. Piperata – A. Sandulli (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni: indipendenza e imparzialità dei giudici,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 95 ss.

[14] Secondo l'efficace formulazione di G. Montedoro – E. Scoditti, *Il giudice amministrativo come risorsa,* in *Questione giustizia,* n. 1/2021, 11 ss.

[15] Su cui cfr. M.M. Fracanzani, *Per un giudice amministrativo* veramente *speciale,* in *Questione giustizia,* n. 1/2021, 50 ss. La *specialità* su cui ci si concentrerà nel presente contributo non è ovviamente riconducibile alla semplice "*specializzazione*" determinata dall'essere un certo giudice chiamato a esprimersi istituzionalmente su particolari materie (in questo senso la intende A. Pajno, *op. e loc. cit.*), investendo invece l'analisi delle ragioni alla base della scelta costituzionale di istituire – o conservare – una giurisdizione *separata* rispetto a quella comune, individuabile nella giurisdizione ordinaria.

ne alle criticità ancora oggi esistenti nello "statuto" di indipendenza dei giudici amministrativi, è agevole, ma anche curioso, rilevare che queste vengono di regola individuate in alcune delle principali specificità ordinamentali della giurisdizione in questione: quasi che sia la sua stessa "specialità" a pregiudicarne o attenuarne le necessarie garanzie di indipendenza e imparzialità. Una tale ingenerosa conclusione non è però condivisibile, come peraltro riconosciuto dagli stessi autori che hanno approfondito il tema, dal momento che uno sforzo di maggiore approfondimento evidenzia come in relazione ai profili *de quibus* – al di là delle possibili "tensioni" costituzionali che possono evocare ed al modo in cui queste vengono per lo più superate, nonché di innegabili aspetti di perfettibilità della normativa vigente – i possibili effetti di lesione dell'indipendenza e imparzialità, e ancor di più dell'immagine di imparzialità che i magistrati devono necessariamente assicurare[16], dipendano molto più dalle ricadute pratiche (e, a volte, dalle degenerazioni) che essi producono che non dalla loro esistenza in sé considerata[17].

In particolare, gli aspetti di (presunta) problematicità su cui maggiormente ci si sofferma sono:

a) la compresenza in capo ad uno stesso organo, il Consiglio di Stato, di funzioni consultive e giurisdizionali;
b) la nomina governativa di una parte dei magistrati dello stesso Consiglio di Stato;
c) l'ampio ricorso a giudici amministrativi, e soprattutto a Consiglieri di Stato, per l'attribuzione di incarichi di consulenza e collaborazione governativa, in misura tradizionalmente molto maggiore rispetto a quanto avviene per i magistrati ordinari;
d) la peculiare disciplina della nomina del Presidente del Consiglio di Stato.

Si nota immediatamente, allora, che è soprattutto nell'assetto e nella disciplina del Consiglio di Stato che vengono comunemente rinvenuti i principali profili di possibile "eccentricità" rispetto a un supposto modello di Giudice imparziale e indipendente, elaborato secondo le coordinate rivenienti dall'ormai pluridecennale applicazione dei principi costituzionali (ma anche del diritto dell'Unione europea e della Convenzione europea dei diritti umani). Con tutta evidenza, si tratta di caratteri che discendono dalla più che secolare storia del Consiglio di Stato e dal fatto che il sistema italiano della giustizia amministrativa, nel suo sorgere e svilupparsi lungo l'arco dei decenni in armonia con i diversi quadri istituzionali e costituzionali di riferimento, si è innestato sul ceppo della tradizione e dell'opera svolta da tale Istituto nell'affermazione e nell'affinamento degli strumenti

[16] Il tema della "*apparenza di indipendenza*", al di là del suo impiego nella polemica giornalistica e politica, rientra da tempo fra i parametri che la Corte europea dei diritti umani ritiene debbano essere soddisfatti perché siano assicurate l'indipendenza e l'imparzialità del giudice ai sensi dell'articolo 6 della CEDU: cfr. Corte EDU, 6 ottobre 2011, Agrokompleks c. Ucraina, e giurisprudenza successiva.

[17] Sembrano cogliere il punto M. D'Amico - I. Pellizzone, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta della Costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa,* in *Rivista A.I.C.*, n. 4/2014, 20, allorché osservano: "pare che, criticando la specialit*à*, si vorrebbe metterne in discussione non la magistratura amministrativa in *sé* e per *sé* considerata, ma una sua deviazione dalle regole, alla luce della quale il giudice speciale rischia di apparire come giudice "privilegiato"".

di tutela dei diritti dei cittadini nei loro rapporti con la pubblica amministrazione[18].

Correlativamente, si assume infatti che – a differenza del Consiglio di Stato – i Tribunali amministrativi regionali, anche a causa della loro nascita in un momento successivo allorché il quadro costituzionale era più maturo e compiuto, sarebbero immuni dai ricordati profili di anomalia strutturale, realizzando in pieno il modello di giudice indipendente e imparziale delineato dal costituente[19].

Con riguardo alla funzione consultiva del Consiglio di Stato, che questa – prima, e indipendentemente, da ogni possibile valutazione in ordine alla sua incidenza sull'indipendenza dell'Istituto – costituisca uno dei tratti qualificanti della stessa specialità della giurisdizione amministrativa non è una petizione di principio, essendo stato affermato nella più autorevole delle sedi, e cioè dalla Corte costituzionale in una importante sentenza[20] nella quale ha individuato proprio nell'attribuzione al Consiglio di Stato da parte della Costituzione di funzioni consultive, a fianco a quelle giurisdizionali, la *ratio* giustificatrice sul piano costituzionale di rilevanti peculiarità dell'ordinamento e delle carriere dei giudici amministrativi[21] (peculiarità su cui si tornerà più approfonditamente in prosieguo)[22].

Sul punto, pur registrandosi il permanere di posizioni che considerano una "*contraddizione*" della Costituzione la duplice attribuzione al Consiglio di Stato di funzioni giurisdizionali e di consulenza dell'esecutivo[23], può dirsi ormai acquisito che l'attività consultiva svolta da tale organo, lungi dal determinare una commistione dello stesso con la funzione politico-amministrativa propria del potere esecutivo, ha una connotazione eminentemente tecnica, essendo volta ad assicurare l'elevata qualità della regolazione e l'armonica e coerente interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento nel suo complesso, in conformità alle scelte di indirizzo politico che ispirano gli atti normativi; essa è quindi esercitata in modo oggettivo

[18] Non è questa la sede per richiamare il dibattito che animò l'Assemblea costituente circa l'opportunità o meno di conservare, nel nuovo assetto costituzionale repubblicano, il *sistema dualistico* delle giurisdizioni incentrato sul ruolo del Consiglio di Stato come organo di giustizia amministrativa (poi arricchito dalla previsione dell'istituzione di organi giurisdizionali di primo grado a livello regionale) e sulle ragioni per cui tale opzione prevalse su quella alternativa dell'unificazione delle giurisdizioni: sul punto, cfr. G. Silvestri, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione,* in *Scritti in onore di M.S. Giannini,* Milano, Giuffré, 1988, 716 ss., nonché D. Nocilla, *La giustizia amministrativa all'assemblea costituente,* in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia,* Bologna, Zanichelli, 2011, 317 ss.

[19] Cfr. G. Lauricella, *Brevi considerazioni sulla giustizia amministrativa,* intervento nel *Forum (ipotesi di riforma del sistema di giustizia amministrativa)*, in *www.aipda.it*, 4; nello stesso senso, C. Taglienti, *La giurisdizione amministrativa nelle prospettive di riforma costituzionale,* in *Atti del convegno di Roma del 16 maggio 1997, organizzato dall'A.N.M.A., sul tema "Il sistema delle garanzie nelle proposte di riforma costituzionale: la giustizia amministrativa*". Si vedrà però in prosieguo come alcuni aspetti di anomalia "ordinamentale" della giurisdizione amministrativa, meno esplorati dalla dottrina di quelli cui si accenna nel presente paragrafo, siano forse suscettibili di incidere sull'efficienza e sulla credibilità dell'intero plesso giurisdizionale in questione, compresi i Tribunali di primo grado.

[20] Corte cost., sent. 21 settembre 2011, n. 273.

[21] "*Va ricordato che nel Consiglio di Stato coesistono funzioni giurisdizionali e consultive che fanno di tale organo, ad un tempo, il giudice di più elevata istanza nella tutela della giustizia nell'amministrazione ed il più importante istituto di consulenza giuridico-amministrativa. Pertanto, il passaggio per anzianità del consigliere di TAR al Consiglio di Stato presuppone l'accertata idoneità all'esercizio non solo di funzioni giurisdizionali in grado di appello, ma anche di funzioni di natura consultiva, corrispondenti appunto al ruolo di organo di consulenza giuridico- amministrativa che l'art. 100 Cost. assegna al Consiglio di Stato (artt. 15 e 19 della legge n. 186 del 1982)*" (Corte cost., sent. n. 273/2011, cit., § 5.1).

[22] *Infra,* § 3.

[23] Cfr. A. Orsi Battaglini, *op. cit.,* 78-79. Secondo E. Follieri, *op. cit.,* l'incompatibilità sussisterebbe invece solo rispetto alla consulenza sull'attività amministrativa, e non anche a quella sulla normazione (oggi svolta dalla speciale Sezione consultiva per gli atti normativi istituita dall'articolo 17, comma 28, della legge 15 maggio 1997, n. 127).

e in posizione di "terzietà", nell'esclusivo perseguimento dell'*interesse pubblico* piuttosto che di interessi particolari, e come tale si pone in rapporto di complementarietà rispetto all'attività giurisdizionale attribuita allo stesso Consiglio di Stato (la quale ha anch'essa quale connotato qualificante l'individuazione del punto di equilibrio tra interesse pubblico e interessi particolari implicati nell'attività amministrativa)[24].

Si può discutere, sul piano teorico, della validità e soprattutto dell'attualità della visione sottostante a questi assunti, fondata sull'idea di stampo liberale che compito dell'amministrazione (e, quindi, anche del *giudice dell'amministrazione*) sia mediare conflitti tra interessi pubblici e privati, e pertanto ricercare il punto di equilibrio tra "*autorità*" e "*libertà*"[25], ma non è questa la sede per approfondire profili che investono – in definitiva – il tema del ruolo delle istituzioni giurisdizionali tutte nello Stato moderno. Ciò che qui conta è prendere atto dell'ormai prevalente inquadramento del ruolo del Consiglio di Stato quale organo consultivo posto in posizione di terzietà e immune da qualsiasi forma di dipendenza o subalternità rispetto agli altri poteri statuali.

Tali conclusioni, del resto, oltre che dall'esperienza ormai pluridecennale della Sezione per gli atti normativi e della dialettica che essa spesso instaura con il Governo in ordine a forme e contenuti degli schemi di regolamento esaminati[26], risulta confortata anche dagli orientamenti delle giurisdizioni sovranazionali, non essendo ignota ad altri ordinamenti europei la compresenza in capo a un medesimo organo di funzioni consultive e giurisdizionali[27], la quale è stata ritenuta in astratto non integrare violazione dell'articolo 6 CEDU[28]. In definitiva, più che sul terreno dell'indipendenza dell'organo decidente, le possibili tensioni discendenti dalla coesistenza delle due funzioni possono manifestarsi su quello dell'imparzialità (o dell'*apparenza* di imparzialità) dei singoli magistrati interessati, *sub specie* della possibilità che un magistrato possa occuparsi di un medesimo affare dapprima in sede consultiva e quindi in sede giurisdizionale, e possono essere adeguatamente scongiurate attraverso misure organizzative, quali il divieto di assegnazione contemporanea dei Consiglieri di Stato alle Sezioni consultive e a quelle giurisdizionali, nonché, in casi di conclamata incompatibilità, attraverso l'applicazione degli istituti processuali dell'astensione e della ricusazione[29].

[24] In questo senso, già P.G. Lignani, *Funzione consultiva e indipendenza*, in S. Cassese (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, Giuffré, 1997, 99 ss. Più di recente, cfr. G. Taglianetti, *Funzione consultiva del Consiglio di Stato e attualità del sistema di giustizia amministrativa. Brevi notazioni,* in *amministrativam@nte,* n. 2/2023. Insiste su quella che sarebbe una vera e propria "*integrazione*" tra funzione consultiva e funzione giurisdizionale, concepite fin dapprincipio come destinate a supportarsi reciprocamente e sinergicamente, C. Tucciarelli, *Il Consiglio di Stato e le regole tecniche sulla redazione degli atti normativi,* in *Osservatorio sulle fonti* n. 1/2022 (*www.osservatoriosullefonti.it*).

[25] Cfr. G. Romeo, *Il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa: organo indipendente o* legibus solutus*?,* in *Dir. proc. amm.,* 1990, II, 718, il quale evidenzia come mal si attagli alla moderna dimensione dello "*Stato sociale di diritto*", in cui l'amministrazione è chiamata a perseguire risultati concreti, specifici e contingenti, e in definitiva ad "*allocare risorse*" per realizzarli, con ciò operando necessariamente delle scelte di valore, la perpetuazione dell'ideologia liberale della razionalità e neutralità in sé dell'agire amministrativo come operazione tecnica.

[26] Cfr. C. Tucciarelli, *op. cit.,* il quale sottolinea che l'attività consultiva sugli atti normativi è volta a svolgere una duplice funzione, di controllo e cooperazione, e che tali due dimensioni convivono e, in misura crescente, il mero controllo formale e di legittimità viene affiancato da forme di cooperazione nella individuazione di modi e strumenti per realizzare gli obiettivi stabiliti ed esplicitati da Governo o Parlamento.

[27] Si vedano le esperienze di altri Stati europei richiamate da E. Follieri, *op. cit.*

[28] Cfr. Corte EDU, sent. 6 maggio 2003, Klein c. Olanda.

[29] Cfr. E. Follieri, *op. cit.* Per un'opinione parzialmente contraria,

Se dunque appaiono decisamente convincenti gli argomenti sulla base dei quali è possibile escludere che la coesistenza in capo al Consiglio di Stato di funzioni consultive e funzioni giurisdizionali possa *di per sé stessa* costituire un *vulnus* all'indipendenza e all'imparzialità dello stesso, qualche dubbio potrebbe invece sollevarsi sulla perdurante validità del rilievo "centrale" attribuito dalla Corte costituzionale alla funzione consultiva in quanto elemento qualificante la specialità della giurisdizione amministrativa, alla luce del recente forte ridimensionamento (almeno quantitativo) di tale funzione, per effetto dapprima delle determinazioni del legislatore, che con l'articolo 17, comma 26, della legge 15 maggio 1997, n. 127, ha drasticamente ridotto i casi di acquisizione obbligatoria del parere del Consiglio di Stato (previsione solo parzialmente "bilanciata" dall'istituzione della Sezione consultiva per gli atti normativi)[30], e successivamente di quelle dei Presidenti del Consiglio di Stato, i quali, avvalendosi della facoltà loro attribuita dall'articolo 1, quinto comma, della legge 27 aprile 1982, n. 186, introdotto dal decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, a partire dal 2010 hanno trasformato alcune Sezioni da consultive in giurisdizionali, al punto che ad oggi ne sopravvive una sola (su sette), oltre alla Sezione speciale per gli atti normativi. A tale situazione, certamente indotta da una serena analisi dei *carichi di lavoro* relativi agli affari consultivi e a quelli giurisdizionali e delle conseguenti necessità organizzative, va peraltro aggiunto che l'unica Sezione consultiva "superstite", la Prima, vede il proprio carico di lavoro composto per oltre il 90% da richieste di pareri relativi a ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica, rimedio che – come è noto – si ritiene abbia ormai acquisito natura para-giurisdizionale per effetto di recenti modifiche normative e pronunciamenti delle supreme Corti[31].

In alternativa, ove mai si intendesse realmente valorizzare le funzioni consultive come elemento qualificante della giurisdizione amministrativa, potrebbe ipotizzarsene un reale rilancio, attraverso la previsione normativa di nuove ipotesi di pareri obbligatori del Consiglio di Stato in relazione ad atti di regolazione ulteriori e diversi (fino, al limite, a prevederne l'intervento in via "ordinaria" nell'*iter* di formazione delle leggi), ovvero con l'attribuzione di funzioni consultive anche ai Tribunali amministrativi regionali. Ma la prima opzione – pur non estranea ad altre esperienze anche molto affini a quella italiana[32] – non risulta essere

cfr. M. Protto, *op. cit.,* 106 (sulle cui argomentazioni si tornerà *infra,* al § 3).

[30] Secondo M. Torsello, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato ieri e oggi,* in *www.giustizia-amministrativa.it,* 15 novembre 2021, 8, tale scelta legislativa seguì a una "*crisi*" della funzione consultiva, considerata ormai di ostacolo alla celerità e speditezza dei procedimenti amministrativi e scarsamente coerente con le coeve trasformazioni del modello dell'organizzazione ministeriale, caratterizzate dall'attribuzione ai dirigenti di una peculiare ed esclusiva posizione di autonomia e di responsabilità.

[31] Cfr. P. Tanda, *op. cit.*, 702, il quale è dell'avviso che tale evoluzione costituisca un argomento ulteriore a favore dell'esclusione di qualsivoglia criticità sul piano dell'indipendenza in relazione alle funzioni consultive del Consiglio di Stato. Tuttavia, vi è stato anche chi ha ritenuto che la progressiva trasformazione del ricorso straordinario in un "doppione" del ricorso giurisdizionale, connotato unicamente da una maggiore lunghezza del termine di impugnazione (120 giorni anziché 60), abbia determinato il venir meno dell'utilità dell'istituto quale strumento giustiziale gratuito alternativo al rimedio giurisdizionale, rendendone auspicabile la soppressione (cfr. M. Macchia, *Il ricorso straordinario da' luogo a un processo?*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 1, § 5). La questione, che investe la delicata tematica delle Alternative Dispute Resolutions (ADR), non può ovviamente essere approfondita in questa sede.

[32] Basti pensare al ruolo preponderante svolto dal *Conseil d'État* francese nel processo legislativo (cfr. R. Dickmann-A.

mai stata presa seriamente in considerazione del legislatore, mentre la seconda è stata in passato sostenuta anche autorevolmente[33], ma oggi sembra sostanzialmente abbandonata.

Più delicati sono forse i problemi sollevati dalla riserva al Governo della nomina di una quota dei Consiglieri di Stato, oggi quantificata nel 25% del totale (articolo 19, comma primo, n. 2, l. n. 186/1982). Tuttavia, è noto che tale previsione non è stata più seriamente rimessa in discussione dopo essere stata ritenuta compatibile con il quadro costituzionale da una sentenza[34] nella quale la Corte costituzionale ha anche individuato gli elementi idonei ad assicurare la legittimità del sistema di reclutamento *de quo*:

a) nella necessità che le designazioni investano soggetti comunque in possesso di elevati doti di preparazione e competenza, tali da renderne indiscutibile l'idoneità all'elevato ufficio;
b) nella circostanza che i Consiglieri così nominati, una volta acquisito lo *status* di magistrati, ne condividono le garanzie di indipendenza e imparzialità con tutti gli altri magistrati dell'Istituto, recidendo definitivamente ogni legame con la loro precedente carriera o professione[35].

Il presupposto dell'argomentazione della Corte – ribadito più esplicitamente in relazione alla nomina governativa di una parte dei Consiglieri della Corte dei conti[36] – è che la regola dell'accesso alla magistratura mediante pubblico concorso, di cui al primo comma dell'articolo 106 Cost., non afferisce al nucleo delle garanzie di indipendenza del magistrato, ma mira soltanto ad assicurare l'idoneità dello stesso al servizio, ciò che può essere comunque garantito dal legislatore indipendentemente dal sistema di reclutamento (e ferme restando le garanzie minime di indipendenza *aliunde* ricavabili dallo *status* giuridico dei magistrati interessati)[37].

Nell'attuale quadro normativo, il sistema si completa con la previsione di un necessario parere del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, organo di autogoverno della giurisdizione amministrativa, in ordine alle proposte di nomina formulate dal Governo, previa verifica del rispetto dei requisiti di idoneità che lo stesso Consiglio di presidenza è chiamato a definire e integrare[38].

Molto rilevante, poi, è il fenomeno del diffuso ricorso a magistrati amministrativi (e soprattutto a Consiglieri di Stato) per l'attri-

---

Rinella, *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Roma, Carocci, 2011, 77 ss.).

[33] Cfr. P. De Lise, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa 2011,* in *www.giustizia-amministrativa.it,* 20.

[34] Sent. 19 dicembre 1973, n. 177, resa su ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato nell'ambito di un giudizio relativo all'impugnazione proposta da alcuni Consiglieri di Stato di concorso avverso un gruppo di nomine operate dal Governo *pro tempore*.

[35] Per brevità non è possibile qui soffermarsi sull'ulteriore criticità ravvisabile in relazione ad alcuni componenti del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Siciliana, per i quali è prevista non solo la designazione da parte del Presidente della Regione, ma anche una durata limitata a quattro anni con possibilità di rinnovo (articolo 3, comma secondo, del d.lgs. 6 maggio 1948, n. 654): previsione della quale la Consulta ha pure escluso l'incostituzionalità (Corte cost., sent. 22 gennaio 1976, n. 25).

[36] Cfr. Corte cost., sent. 21 gennaio 1967, n. 1.

[37] Osserva A. Orsi Battaglini, *op. cit.,* 82-83, che tutte queste decisioni muovono comunque dal già evidenziato presupposto, oggi non più così pacifico, della indipendenza "attenuata" dei giudici delle giurisdizioni speciali, e dunque della non estensibilità a questi ultimi dei principi di cui al Titolo IV della Parte II della Costituzione (fra i quali, *ça va sans dire*, vi è anche la regola dell'accesso mediante concorso di cui all'articolo 106, comma primo, Cost.).

[38] Secondo S. Baccarini, *Status e carriere dei giudici amministrativi,* in *www.giustamm.it,* 2017, la previsione di un mero "*parere*" da parte dell'organo di autogoverno, restando comunque in capo all'esecutivo le determinazioni ultime in ordine alla nomina dei Consiglieri di Stato *de quibus* (non casualmente definita "*libera*"), può a tutt'oggi ingenerare dubbi di legittimità costituzionale.

buzione di incarichi di collaborazione governativa ovvero presso altri enti pubblici, compresi quelli apicali di capo di gabinetto e capo dell'ufficio legislativo nei Ministeri: un fenomeno che in questa sede deve essere analizzato non tanto sotto il profilo dell'utilità dell'apporto di competenze e professionalità che tali incarichi producono per l'attività legislativa e di amministrazione attiva, di recente messa anche autorevolmente in discussione[39], quanto sotto quello della loro incidenza sulle garanzie di indipendenza e imparzialità del magistrato e sulla stessa apparenza di imparzialità dell'organo di appartenenza[40][40]. È proprio sotto questo aspetto che si sono registrate da parte della dottrina alcune posizioni critiche, ancora una volta – tuttavia – determinate molto più dalla *pratica* quotidiana relativa all'attribuzione e allo svolgimento dei compiti *de quibus* che non dalla mera circostanza della loro *attribuibilità* (anche) a magistrati amministrativi.

A onor del vero, l'identificazione del Consigliere di Stato in una figura di *grand commis* destinata anche a mettere le proprie competenze e professionalità al servizio del Governo, dell'amministrazione e in alcuni casi anche del Parlamento affonda le proprie radici nella tradizione e nella stessa storia del Consiglio di Stato: e non casualmente l'uso di conferire a magistrati amministrativi incarichi ministeriali apicali, ma anche di semplice consulenza sugli affari giuridici e nell'attività legislativa, è stato sempre costantemente difeso dai massimi vertici dell'Istituto quale indispensabile elemento di arricchimento reciproco[41][41], sia per l'amministrazione (la quale può giovarsi delle competenze e della professionalità di soggetti estremamente qualificati) che per lo stesso magistrato (il quale ha l'occasione di ampliare il proprio bagaglio di esperienze attraverso una conoscenza diretta – non necessariamente già presente nel suo precedente *cursus* di studi e di lavoro – del funzionamento dell'attività amministrativa e legislativa). Seguendo questa linea, si è giunti ad affermare che lo svolgimento degli incarichi in questione costituirebbe, sulla falsariga di quanto avviene per il *Conseil d'État* francese, una "*terza funzione*" del Consiglio di Stato, accanto a quelle consultiva e giurisdizionale[42].

Inoltre, si assume che l'ordinamento conterrebbe in sé regole e cautele idonee a scongiurare ogni pregiudizio all'indipendenza e all'imparzialità dei magistrati interessati dagli incarichi, attraverso una regolamentazione dello svolgimento di compiti extragiudiziari – previa autorizzazione degli

[39] Si vedano le osservazioni del prof. Sabino Cassese in una recente intervista (*Cassese: "I giudici reclutati dal governo hanno un ruolo politico*", in *Il Dubbio,* 17 luglio 2023): "*Le sentenze vanno scritte con uno stile completamente diverso dalle norme. Scrivendo la sentenza, il giudice risponde agli argomenti delle parti. Questo non è il caso delle norme. La principale ragione per cui le leggi italiane sono scritte malissimo deriva proprio dalla incapacità dei magistrati amministrativi di spogliarsi di quella veste, quando redigono norme*".

[40] In questo senso, pur nell'ambito di un approccio che considera l'apporto di magistrati all'intero apparato istituzionale come uno dei "punti di forza" del nostro sistema di giustizia amministrativa, M.A. Sandulli, *La "risorsa" del giudice amministrativo,* in *Questione Giustizia,* n. 1/2021, 42.

[41] Per tutti, cfr. P. De Lise, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa per l'anno 2021,* in *www.giustamm.it,* 14.

[42] Così G.P. Storchi, *Materiali per un'analisi del ruolo politico del Consiglio di Stato. Gli "incarichi esterni" dei magistrati amministrativi* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1977, 549. Tale notazione appare in stridente contrasto sia con l'affermazione di chi, sempre in funzione di "difesa" degli incarichi in questione, considera "*periferica*" la vicenda dei detti incarichi rispetto all'esperienza complessiva dei magistrati amministrativi (G. Corso, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale ed amministrativo* in S. Cassese [a cura di], *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale,* Milano, Giuffré, 1997, 44) sia con il dato di esperienza che evidenzia come sia alquanto diffusa l'attribuzione di incarichi similari anche a giudici dei Tribunali amministrativi regionali.

organi di autogoverno – che è ormai sostanzialmente analoga per i magistrati ordinari e quelli delle giurisdizioni speciali[43]; in particolare, ad evitare ogni *vulnus* anche solo all'immagine di imparzialità soccorrono le regole dell'incompatibilità con la conseguente applicazione degli istituti dell'astensione obbligatoria e della ricusazione in relazione agli affari in cui sia parte l'ente o l'amministrazione presso cui il magistrato ha svolto il proprio ufficio, una volta rientrato dal "fuori ruolo", ovvero presso cui lo svolge, in caso di incarico con permanenza in ruolo.

L'assimilazione con la condizione dei magistrati ordinari è però un argomento fuorviante[44], se si considera:

a) che solo i giudici amministrativi, e non anche quelli ordinari, sono chiamati istituzionalmente a pronunciarsi sulla legittimità degli atti e provvedimenti emanati dalle amministrazioni pubbliche, il che non è irrilevante al fine di "colorare" diversamente il possibile impatto sulle garanzie di indipendenza di una collaborazione continuativa con quelle stesse amministrazioni[45];
b) che, come l'esperienza pluridecennale dimostra, il numero dei magistrati amministrativi coinvolti nello svolgimento dei compiti in questione è di gran lunga prevalente rispetto a quello dei magistrati ordinari (anche a causa del permanere di un minor rigore nelle regole relative alla loro autorizzazione, o forse nel modo in cui sono applicate)[46];
c) che, soprattutto, mentre ai magistrati ordinari sono attribuiti per lo più (e salvo circoscritte eccezioni) incarichi presso il Ministero della giustizia, al contrario i magistrati amministrativi sono ordinariamente presenti presso tutti i Ministeri più rilevanti, e anche presso gli uffici apicali della Presidenza del Consiglio dei Ministri, fino ad aver ricoperto in più di un'occasione la carica di Sottosegretario alla Presidenza medesima, con diretto (e decisivo) coinvolgimento nelle scelte politiche del Governo[47].

A ben vedere, le posizioni anche fortemente critiche espresse da molti commentatori nei confronti dello svolgimento di incarichi di collaborazione politica da parte dei magistrati amministrativi trovano il proprio fondamento – come si è già anticipato – soprattutto negli eccessi e nelle distorsioni cui tale prassi ha dato luogo nell'esperienza concreta. In particolare, i principali punti di criticità sono costituiti da un lato dalla modalità di individuazione dei magistrati da

[43] In tal senso, G. Montedoro, *Tavola rotonda* in *Convegno di Lecce 16-17 ottobre 2015, L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme,* a cura di P.L. Portaluri, Napoli, 2016, 166.

[44] Si può già notare, e ancora di più emergerà in seguito, come il richiamo alle regole, sia ordinamentali che processuali, valide per i magistrati ordinari (diversamente ritenute non applicabili agli organi della giustizia amministrativa) costituisca un argomento spesso evocato, ma senza tener conto delle diverse rispettive peculiarità delle due giurisdizioni, per escludere le criticità connesse ad alcuni tratti della "specialità" della giurisdizione amministrativa (e, soprattutto, a come questi vengono talvolta declinati nel concreto).

[45] Cfr. L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni,* in *Dir. pubbl.,* 2014, 566, n. 21.

[46] Si vedano i dati riportati da E. Follieri, *op. cit.* Si tralascia, perché estranea al perimetro del presente contributo, un'analisi quantitativa dell'apporto – anch'esso alquanto rilevante soprattutto negli anni più recenti – dei magistrati della Corte dei conti e degli Avvocati dello Stato.

[47] Se a ciò si aggiunge l'occasionale attribuzione di cariche parlamentari a personalità provenienti dal Consiglio di Stato, suona solo appena un po' forzata la conclusione di chi rileva che si determina nella pratica "*una vera e propria partecipazione all'esercizio di tutte e tre le funzioni fondamentali dello Stato, di un assetto organizzativo che viene a configurarsi come un microcosmo di Stato assoluto*", al punto che "*paradossalmente rovesciando il problema, ci sarebbe da chiedersi quali siano le garanzie di indipendenza del potere politico dal Consiglio di Stato e non viceversa*" (A. Orsi Battaglini, *op. cit.*, 98).

investire degli incarichi in questione, che di regola è effettuata dal soggetto politico-istituzionale in modo fiduciario con forte prevalenza dell'*intuitus personae,* e dall'altro dal rischio, destinato a inverarsi molto frequentemente, che attraverso la reiterazione nel tempo dei detti incarichi abbiano a crearsi delle vere e proprie "carriere parallele", con correlativo stabilizzarsi di legami anche extraistituzionali fra il magistrato e il soggetto politico conferente, destinati a incidere anche dopo il rientro del magistrato nel ruolo istituzionale, fino al limite a far pesare nel successivo percorso di carriera – fino ai massimi vertici dell'Istituto – le relazioni politiche costruite più che il servizio di istituto svolto[48].

Per vero, negli anni più recenti il legislatore è intervenuto con norme dichiaratamente intese ad arginare siffatti fenomeni: in particolare, con la legge 6 novembre 2012, n. 190, si provveduto – peraltro, e abbastanza discutibilmente, all'interno di un testo normativo recante "*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*" – a: ribadire il divieto di assunzione di incarichi arbitrali per i magistrati amministrativi (articolo 1, comma 18); tipizzare in modo più esteso e rigoroso gli incarichi comportanti il collocamento obbligatorio fuori ruolo (articolo 1, comma 66); fissare in dieci anni, anche non continuativi, nell'arco dell'intera carriera del soggetto interessato il periodo massimo di possibile suo collocamento fuori ruolo per lo svolgimento di incarichi extraistituzionali, salve specifiche e limitate eccezioni (articolo 1, comma 68). Al di là del giudizio che si voglia dare su tali previsioni e sulla loro efficacia[49], ed anche del modo poco commendevole in cui da parte di pressoché tutte le giurisdizioni si è cercato in seguito di aggirarle o interpretarle in modo "flessibile"[50], è innegabile che esse in nulla abbiano inciso sul profilo delle modalità di designazione il quale, come è ormai evidente, costituisce il vero nodo cruciale della materia con riguardo al possibile formarsi di legami e collateralismi suscettibili di pregiudicare l'indipendenza e l'immagine del magistrato.

Quelle che si sono esaminate sono indubbiamente *disfunzioni* rispetto a quello che si vorrebbe essere un modello *fisiologico* di funzionamento degli incarichi in esame, effettivamente funzionale all'esclusivo perseguimento degli interessi delle istituzioni interessate, come si proclama[51]. Si tratta però di disfunzioni ben difficilmente superabili: i commentatori che si sono soffermati sulla questione ritengono che un possibile rimedio potrebbe consistere nell'*oggettivizzare* i criteri di selezione e designazione dei magistrati da investire degli incarichi, investendo della loro individuazione sempre e comunque l'organo di autogoverno in modo da assicurare anche una rotazione dei magistrati designati[52]. Sembra però una soluzione di ben difficile realizzabilità, se si tiene conto del carattere latamente fidu-

[48] Sul punto, cfr. S. Baccarini, *op. cit.*

[49] Al riguardo si mostrano dubbiosi E. Follieri, *op. cit.,* e S. Baccarini, *op. cit.*

[50] Ci si riferisce ai due episodi, noti alle cronache, delle autorizzazioni rilasciate dal Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa per l'assunzione dell'incarico di capo di gabinetto del Ministero dell'economia nel Governo Conte-1 e dal C.S.M. per l'assunzione dell'incarico di Presidente dell'Autorità per la concorrenza e per il mercato, su cui cfr. rispettivamente G. Meletti, Kamasutra giuridico per far andare Carbone al Tesoro, in Il Fatto Quotidiano, 9 gennaio 2019, e I. Proietti, Le fatiche del Csm per l'ok a Rustichelli, ivi, 9 febbraio 2019.

[51] Né è conducente, come è perfino banale rilevare, l'osservazione che siffatte disfunzioni possano occasionalmente essersi verificate anche presso altre magistrature, compresa quella ordinaria.

[52] Cfr. E. Follieri, *op. cit.*

ciario che di regola la scelta riveste, specie per quanto riguarda il conferimento degli incarichi ministeriali apicali, e della conseguente impossibilità di "costringere" il soggetto politico ad accettare una designazione *aliunde* compiuta (col rischio, per di più paventato dai sostenitori del mantenimento dello *status quo,* che ciò possa determinare lo "svuotamento" di una delle più prestigiose e tradizionali prerogative storicamente riconosciute al Consiglio di Stato). Si potrebbero allora forse immaginare soluzioni in grado di assicurare una opportuna rotazione dei magistrati da destinare ad incarichi esterni, al tempo stesso salvaguardando in qualche misura la facoltà di scelta dell'esecutivo, come ad esempio prevedere che periodicamente il Presidente del Consiglio di Stato definisca, sulla base di specifici requisiti oltre che delle manifestazioni di disponibilità, l'elenco dei magistrati destinati a costituire la "provvista" dalla quale sarà possibile attingere per il conferimento di determinati incarichi extraistituzionali, o meccanismi similari.

Fra i temi esaminati dalla dottrina che ha cercato di individuare i principali nodi problematici dell'indipendenza del giudice amministrativo, l'unico che – in definitiva – evoca realmente un oggettivo profilo di incostituzionalità della disciplina di riferimento è proprio l'ultimo, quello relativo alla nomina del Presidente del Consiglio di Stato (ossia, è superfluo rimarcarlo, dell'organo di vertice dell'intera giurisdizione amministrativa). La procedura è tuttora regolata in modo sintetico dal primo comma dell'articolo 22 della legge n. 186/1982, il quale così recita: "*Il presidente del Consiglio di Stato è nominato tra i magistrati che abbiano effettivamente esercitato per almeno cinque anni funzioni direttive, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il parere del consiglio di presidenza*".

Non v'è chi non veda come tale norma, se presa nella sua formulazione letterale, nella misura in cui rimette al Governo la designazione ultima del vertice dell'Istituto, restringendo ad un semplice "*parere*" l'intervento dell'organo di autogoverno, non appaia in linea con le necessarie garanzie di indipendenza del plesso giurisdizionale e per questo presenti degli evidenti profili di incostituzionalità in relazione all'articolo 108, comma secondo, della Costituzione. Per questo, come evidenziato dalla dottrina[53], si è affermata nel corso dei decenni una prassi applicativa, che si può definire "costituzionalmente orientata", in virtù della quale a seguito della vacanza della carica l'esecutivo interpella il Consiglio di presidenza, il quale indica il nominativo del magistrato da designare (di regola coincidente con quello del Presidente di Sezione più anziano in ruolo fra quelli in servizio attivo), indicazione che viene poi semplicemente ratificata dal Consiglio dei ministri.

Tuttavia, è evidente che una tale prassi, anche a voler ritenere che col tempo sia assurta al rango di vera e propria *convenzione costituzionale*[54]*,* non è di per sé idonea né sufficiente ben potendo essere disattesa

[53] Cfr. E. Follieri, *op. cit.,* il quale peraltro osserva che, anche anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 186/1982, i Governi si erano sempre mostrati, salvo in un paio di occasioni, tendenzialmente rispettosi delle prerogative di autonomia e indipendenza dell'organo di vertice della giustizia amministrativa.

[54] È noto alla scienza costituzionalistica come, nei sistemi a costituzione scritta, le *conventions of the constitution,* per quanto autorevolmente formatesi e consolidate nel tempo, sono per loro natura "cedevoli" e inidonee ad assumere valore vincolante per il futuro agire degli organi costituzionali, restandone l'applicazione rimessa alla leale collaborazione tra le istituzioni interessate: cfr. G.U. Rescigno, *Ripensando le convenzioni costituzionali,* in *Pol. dir.,* 1997, 499 ss., e più di recente Q. Camerlengo, *Le convenzioni costituzionali tra principio di leale collaborazione e teoria dei giochi,* in *Consulta online,* n. 1/2022.

in ragione di scelte o valutazioni politiche ovvero in occasione di particolari momenti di "tensione" istituzionale tali da rendere recessivo il principio di leale collaborazione; è quanto verificatosi in una recente occasione, laddove un Governo il cui vertice aveva in più occasioni manifestato nei confronti della giustizia amministrativa disistima e volontà di ridimensionamento[55] ha chiesto al Consiglio di presidenza l'indicazione di cinque nominativi anziché uno solo, in modo da riservarsi (come poi avvenuto) la scelta finale. Ciò che in tale circostanza colpì gli osservatori[56], al di là dell'indubbia caratura morale e professionale di tutti i magistrati interessati compreso quello poi designato, e ad onta dei tentativi di alcuni dei diretti interessati di fornirne una giustificazione *ex post*[57], fu la sostanziale acquiescenza dell'organo di autogoverno, il quale non solo diede riscontro senza nulla eccepire alla richiesta di indicare più nominativi in luogo di uno, ma nel fornirli ritenne anche di derogare in modo espresso all'ordine di anzianità che fino a quel momento era stato il criterio unico di designazione del Presidente dell'Istituto: segno di una "cedevolezza" nei rapporti con l'esecutivo che – senza indugiare nelle letture "dietrologiche" che pure ha autorizzato con riguardo al caso specifico – non può non destare una più generale preoccupazione in chi abbia a cuore la reale autonomia del Consiglio di Stato come organo giurisdizionale (ancorché, per fortuna, l'episodio non si sia poi ripetuto in occasione delle successive tornate di nomina del Presidente del Consiglio di Stato).

3. L'ordinamento della giustizia amministrativa e le sue perduranti criticità.

Proprio la vicenda della nomina del Presidente del Consiglio di Stato, chiamando in causa una norma di legge manifestamente inadeguata rispetto al quadro costituzionale di riferimento (e vieppiù, come si vedrà, a fronte dell'evoluzione che questo ha registrato nell'ultimo ventennio), induce a soffermarsi sulle peculiarità dell'ordinamento della giurisdizione amministrativa e ad interrogarsi se non sia per caso anche in esse, e nei più vistosi elementi di "eccentricità" che evidenziano rispetto al modello della giurisdizione ordinaria, che possano cogliersi alcune delle cause dei perduranti dubbi circa la reale indipendenza di tale giurisdizione.

In particolare, come è noto, la disciplina dello *status* e della carriera dei giudici amministrativi, oltre che dell'organizzazione e del funzionamento degli uffici della giustizia amministrativa, è contenuta nella già citata legge 27 aprile 1982, n. 186, la quale, pur essendo stata diverse volte modificata in seguito (l'ultima volta in modo significativo con la legge 21 luglio 2000, n. 205, la cui più rilevante novità fu l'introduzione dei

[55] Ciò è evidente fin dalle dichiarazioni rese dal Presidente del Consiglio Renzi nel discorso programmatico al Senato: "*Parto dalla giustizia amministrativa. Siamo un Paese in cui – lasciatevelo dire da chi costantemente ci batte la testa – lavorano più, negli appalti pubblici, gli avvocati che i muratori. Negli appalti pubblici non c'è alternativa al ricorso sul controricorso con la sospensiva. Siamo al punto che i tribunali amministrativi regionali discettare di tutto. Siamo al punto che un provvedimento di un sindaco (in alcuni casi, anche del Parlamento) è comunque costantemente rimesso in discussione in una corsa ad ostacoli impressionante. Ma come possiamo dare certezza del diritto se noi per primi abbiamo un sistema (sono partito da quello amministrativo) che crea inquietudine non già soltanto agli investitori stranieri, ma agli stessi operatori del diritto, a partire dai giudici amministrativi che in più circostanze hanno sottolineato la necessità di riforme strutturali?*" (dalla trascrizione stenografica riportata in *www.ilpost.it*).

[56] Cfr. E. Follieri, *op. cit.*

[57] Cfr. E. De Francisco-H. Simonetti, *La nomina del Presidente del Consiglio di Stato: quello che noi credevamo*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2016.

membri "laici" nell'organo di autogoverno), conserva ad oggi la propria impostazione originaria quale ossatura della disciplina, in un contesto segnato da profonde modifiche del quadro istituzionale e costituzionale in cui s'inscrive (basti pensare alla già citata riforma costituzionale dell'articolo 111 Cost. ed alle sentenze della Corte costituzionale successivamente intervenute sul riparto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa).

La legge n. 186/1982 ha avuto dei meriti storici, ad esempio quello di trasformare il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa in un "vero" organo di autogoverno della magistratura amministrativa, sul modello del C.S.M., nonché quello di avviare un processo di *unificazione* della giurisdizione amministrativa intervenendo su un sistema in cui i Tribunali amministrativi regionali, istituiti nel 1971 e innestati su un sistema che per circa un secolo aveva conosciuto il Consiglio di Stato quale unico giudice dei rapporti tra privati e P.A., erano rimasti di fatto separati da esso; tuttavia, a distanza di circa quaranta anni dalla sua entrata in vigore non possono non considerarsi ottimistiche le opinioni di chi aveva ritenuto che con essa tutti i problemi afferenti all'indipendenza dei giudici amministrativi sarebbero stati risolti[58].

E invero, l'esame dello *stato dell'arte* sotto tale profilo evidenzia che ad oggi non è stato compiutamente perseguito l'intento di trasformare la giurisdizione amministrativa in una giurisdizione realmente unitaria, nella quale l'eventuale passaggio dalle funzioni di primo grado (Tribunali amministrativi regionali) a quelle d'appello (Consiglio di Stato) corrisponda effettivamente a un *avanzamento* di carriera, come avviene presso le altre magistrature, anziché ad un *mutamento* della stessa. Si vedrà in appresso che il "*generale riordino dell'ordinamento della giustizia amministrativa sulla base della unicità di accesso e di carriera*", prefigurato dall'articolo 7 della legge in esame, costituisce a tutt'oggi uno dei più emblematici casi di enunciazione legislativa di un obiettivo poi non solo non realizzato, ma nemmeno sfiorato nei decenni successivi. Comunque la si pensi sulle ragioni di tale situazione[59], è innegabile che essa rende quello dei giudici amministrativi, differentemente da tutte le altre giurisdizioni, un plesso non solo non omogeneo e coeso ma attraversato da divisioni e contrapposizioni "corporative" suscettibili di ripercuotere i propri effetti sui più diversi ambiti del suo operare, e alla lunga di pregiudicarne la stessa immagine istituzionale.

Con particolare riferimento al Consiglio di Stato, è noto che la legge n. 186/1982 ha previsto un triplice sistema di reclutamento dei suoi magistrati: il transito per anzianità dai Tar per il 50% dell'organico, il concorso diretto a Consigliere di Stato per il 25% e la libera nomina governativa a Consigliere di Stato (cui si è già accennato) per il restante 25%. L'idea di fondo era quella di attuare il

[58] In tal senso si sono espressi a suo tempo A.M. Sandulli, *La riforma della magistratura amministrativa,* in *Foro amm.,* 1982, II, 1429 ss., e G. Abbamonte, *Note sul nuovo ordinamento della giurisdizione amministrativa – L. 27 aprile 1982, n. 186,* in *Dir. proc. amm.,* 1983, 9 ss. Negli stessi termini, più di recente, V. Cerulli Irelli, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione,* in *www.astrid.eu,* 2009.

[59] Con la già citata sentenza n. 273/2011, la Corte costituzionale ha ritenuto infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione alla "cesura" di carriera che – come meglio illustrato nel testo – investe i magistrati che transitano dai Tar al Consiglio di Stato, in ragione dell'attribuzione a quest'ultimo organo anche delle funzioni consultive, considerate elemento "specializzante" sufficiente e idoneo a fondare la scelta legislativa di differenziare il percorso di carriera dei suoi magistrati rispetto a quello dei Tribunali di primo grado.

principio del doppio grado di giurisdizione amministrativa affiancando il concorso per referendario Tar, concorso di secondo grado, a quello tradizionale a Consigliere di Stato che, per la sua particolare selettività e per gli esiti cui aveva dato luogo[60], si ritenne meritevole di essere conservato, nonché di incrementare il transito dei magistrati dai Tar al Consiglio di Stato in modo da favorire l'osmosi tra i diversi livelli della giurisdizione.

Il progetto di creare un plesso unitario e coeso inserendo nell'ordine giurisdizionale amministrativo una magistratura giovane come quella dei Tar, saldamente radicata sul territorio e nella società, non ha avuto però completo successo. Si è a lungo discusso – e si continua ancora a discutere – sul carattere unitario o meno del ruolo del personale della magistratura amministrativa, ma si tratta di un falso problema: basta leggere la tabella A allegata alla legge per constatare che quel ruolo è unico[61], anche se – secondo le regole di diritto comune – diviso in quadri secondo le qualifiche dell'unica carriera del personale di magistratura.

Il fatto è che, nonostante la progressiva osmosi, giuridica e di fatto, tra magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato e magistrati in servizio presso i Tar, il concorso a Consigliere di Stato continua a costituire motivo di divisione tra i due gruppi di magistrati. Considerato dai primi come bene da conservare per il maggior prestigio della categoria, esso è invece ritenuto da componenti numerose degli altri – non tutte peraltro necessariamente inclini a sottovalutarne o sminuirne l'indubbio valore - causa di oggettive discriminazioni (per anzianità e per mobilità professionale da un quadro all'altro del ruolo) verificabili in concreto sotto svariati profili:

a) sul piano dell'anzianità di ruolo, il fatto che i magistrati dei Tar transitati in Consiglio di Stato vedano "azzerata" totalmente la propria pregressa anzianità maturata nel ruolo di provenienza, venendo collocati all'ultimo posto del ruolo di arrivo alla stessa stregua di chi vi giunge dall'esterno del plesso giurisdizionale, produce effetti distorsivi – per esempio, nella composizione dei Collegi giudicanti e dell'Adunanza plenaria[62], oltre che per l'accesso agli incarichi direttivi d'appello – che il legislatore ha a un certo punto cercato di ridurre con una disposizione transitoria, che riconobbe per un certo numero di anni ai consiglieri di provenienza Tar una anzianità "forfettaria"[63] ma che ha ormai da tempo esaurito la propria efficacia;

[60] La vera e propria "mistica" costruita attorno al concorso a Consigliere di Stato (indubbiamente di estrema difficoltà e quasi sempre rivelatosi idoneo a selezionare le migliori intelligenze giuridiche disponibili) si alimenta sovente perfino del richiamo a una novella di Luigi Pirandello, *Concorso per referendario al Consiglio di Stato,* risalente al 1902, epoca in cui in effetti la prima qualifica cui si accedeva tramite il concorso *de quo* era appunto quella di referendario (L. Pirandello, *Novelle per un anno,* Milano, CDE, 788 ss.).

[61] Come peraltro confermato dalla stessa Corte costituzionale, nella più volte citata sentenza n. 273/2011.

[62] Per la verità, ai sensi dell'articolo 22 della delibera del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa del 18 gennaio 2013, recante "*Disposizioni per assicurare la qualità, la tempestività e l'efficientamento della giustizia amministrativa*", l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato "*può essere composta sulla base dei seguenti criteri alternativi: a) dai quattro Presidenti titolari delle sezioni giurisdizionali e dai due consiglieri più anziani di ciascuna delle quattro sezioni giurisdizionali; b) in modo da assicurare la partecipazione di* magistrati con maggiore anzianità e di magistrati di più recente nomina*"; tuttavia, nella prassi il criterio applicato dai Presidenti del Consiglio di Stato è stato sempre il primo (in disparte gli effetti del recente incremento fino a sei delle Sezioni giurisdizionali).*

[63] Per una interessante ricostruzione *ab externo* della vicenda cui si accenna nel testo, cfr. G. Pellegrino, *Riflessioni – Il conflitto tra magistrati nella giustizia amministrativa,* in *Nuovo Quotidiano di Puglia,* 28 luglio 2021.

b) tale sperequazione è ulteriormente aggravata dalla disposizione contenuta nell'articolo 19, comma primo, n. 3), terzo periodo, della stessa legge n. 186/1982 ("*i vincitori del concorso conseguono la nomina con decorrenza dal 31 dicembre dell'anno precedente a quello in cui è indetto il concorso stesso*"), la quale, con la motivazione formale di voler "sterilizzare" i tempi tecnici di conclusione del concorso[64], spesso determina *de facto* lo "scavalcamento" da parte dei vincitori del concorso di altri colleghi – non solo provenienti dai Tar, ma anche di nomina governativa – che sono approdati prima di loro in Consiglio di Stato e vi prestano servizio anche da molti mesi;
c) la perdurante separazione di fatto dei ruoli di Tar e Consiglio di Stato che ne consegue, nonostante la già citata disposizione dell'articolo 7, rende irreversibile, salvo per la possibilità di essere nominati presidenti di Tribunale amministrativo regionale[65], la scelta di transitare dai Tar in Consiglio di Stato, finendo per essere di ostacolo a quella effettiva osmosi dei due livelli di giurisdizione che costituiva la *ratio* di fondo della novella del 1982.

È evidente che, una volta operata la scelta di conservare nel quadro ordinamentale il concorso diretto per l'accesso al Consiglio di Stato, era addirittura doveroso che vi fossero previsioni *premianti* per i vincitori dello stesso rispetto a coloro che accedessero al medesimo Istituto attraverso gli altri canali di reclutamento. Tuttavia, la successiva mancata elaborazione di una disciplina definitiva destinata a soppiantare quella che era stata congegnata per molti versi come una normativa di transizione, in una con l'esaurimento dell'efficacia delle disposizioni temporanee intese a salvaguardare le posizioni dei magistrati in servizio alla data di entrata in vigore della legge n. 186/1982, ha prodotto nel lungo periodo un'accentuazione della divaricazione tra le diverse componenti al punto da far venir meno quello che, ancora nel 1990, agli occhi di un acuto osservatore rappresentava il perdurante elemento di coesione all'interno dell'Istituto, e cioè il sentirsi parte di una "*comunità privilegiata*" e la "*precisa autopercezione di essere dei "meccanismi essenziali dello Stato"*"[66].

La situazione attuale, complici anche oggettivi fattori di *deminutio* del prestigio e dei "privilegi" della categoria dei Consiglieri di Stato e di incremento dei ritmi e dei carichi di lavoro intervenuti *medio tempore* nella legislazione e nello stesso sentire sociale, vede i magistrati pervenuti al Consiglio di Stato per anzianità dai Tar (unici fra tutte le giurisdizioni a poter continuare fisiologicamente[67] a svolgere unicamente il ruolo di giudici relatori fino al collocamento in quiescenza) vivere sempre più la propria posizione come ingiustamente penalizzante, a fronte di quelli che da giusti riconoscimenti al merito sembrano essersi trasformati in

[64] Non risulta però che analoghe previsioni siano contenute nella disciplina di concorsi, anche più lunghi e complessi di quello qui in questione, ivi compreso quello per l'accesso in magistratura ordinaria.

[65] Al riguardo, il quarto comma dell'articolo 21 della l. n. 186/1982 stabilisce che dell'anzianità di servizio maturata nel ruolo dei magistrati Tar torni a tenersi conto ai soli fini della nomina a Presidente di Tribunale amministrativo regionale.

[66] Così G. Romeo, *op. cit.*, 714, secondo cui era precisamente tale "*autopercezione*" di entrare a far parte di una *élite* a rendere appetibile il transito per anzianità in Consiglio di Stato, nonostante gli inconvenienti segnalati.

[67] Ossia senza che ciò sia determinato da particolari situazioni o scelte personali ovvero da sanzioni disciplinari o altre vicende che ne abbiano pregiudicato il percorso di carriera.

eccessivi e immotivati privilegi per i colleghi di provenienza concorsuale. Frequente è l'affermazione che, se certamente sono meritevoli di essere valorizzati lo studio e la preparazione tecnica che il superamento di un concorso estremamente complesso denota, al tempo stesso non è equo sottostimare, se non addirittura obliterare, il proficuo e prolungato svolgimento di funzioni giurisdizionali (attestato dalla stessa valutazione di idoneità che il Consiglio di presidenza della G.A. è chiamato a svolgere in ordine al transito dai Tar al Consiglio di Stato), spesso in realtà territoriali alquanto delicate e all'esito di un concorso a sua volta non certo semplice quale è quello a referendario Tar.

Quanto ai Consiglieri di Stato di concorso, questi a loro volta tendono ad alimentare la propria considerazione di sé stessi come la vera *élite* dell'Istituto e conseguentemente a ostacolare anche solo l'idea di intraprendere un percorso ideativo di soluzioni suscettibili di modificare il descritto *status quo*. A ciò si aggiungono le pulsioni "microcorporative" registrabili presso gli stessi Tribunali amministrativi regionali (laddove molti magistrati, avendo accettato la sostanziale separazione dei ruoli e rinunciato al transito in Consiglio di Stato, sono *de facto* contrari a riforme che favoriscano il ritorno in primo grado dei colleghi ivi transitati, che a loro volta vivrebbero come un "attentato" alle loro posizioni) e finanche i conflitti più specifici innescati da peculiari vicende afferenti a singoli magistrati[68], a formare un vero e proprio *microcosmo* di interessi e contro-interessi diversificati, difficilmente componibili e spesso in conflitto fra di loro.

4. Le ricadute processuali: in particolare, la c.d. *giurisdizione domestica*.

Se tali sono le peculiarità, e per molti versi le anomalie, che ancora oggi caratterizzano l'assetto ordinamentale della giurisdizione amministrativa, occorre però subito precisare che esse – come abbastanza pacificamente riconosciuto, pur nella dialettica che anima la categoria, da pressoché tutti i magistrati amministrativi – restano di regola estranee all'ambito processuale, rivelandosi inidonee a pregiudicare la capacità dei Tar e del Consiglio di Stato di assicurare un'efficace ed efficiente risposta alla "domanda di giustizia" della collettività. Il dato è confermato in particolare dall'esperienza degli operatori che frequentano il Consiglio di Stato, che vede magistrati delle diverse provenienze cooperare all'interno dei collegi delle Sezioni consultive e giurisdizionali senza che l'assetto "discriminatorio" che si è descritto produca alcun apparente effetto sul servizio svolto, comuni essendo sia l'impegno nell'affrontare carichi di lavoro anche imponenti sia lo sforzo di assicurare piena ed effettiva tutela alle situazioni giuridiche dei cittadini, attraverso la corretta e imparziale applicazione delle regole processuali[69].

[68] Esemplare la vicenda trattata nella sentenza del Tar Lazio, sez. I, 3 dicembre 2021, n. 12518, laddove veniva in discussione la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni (articolo 1, comma 97, lett. *e*), della legge 30 dicembre 2004, n. 311, e articolo 18, comma 3, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in legge 23 febbraio 2006, n. 51), che avevano consentito l'assunzione "*prioritaria*" degli idonei dell'ultimo concorso a Consigliere di Stato espletato entro la data del 31 dicembre 2004, nonché l'impugnazione delle deliberazioni con cui il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa aveva ritenuto di estendere in via interpretativa tali previsioni anche a concorsi successivi.

[69] In questo senso, può essere condivisa l'affermazione di chi ha

Probabilmente questa è una delle ragioni (anche se non l'unica) per cui, nonostante l'evidente obsolescenza dell'apparato normativo incentrato sulla legge n. 186/1982 soprattutto rispetto al quadro costituzionale della giurisdizione affermatosi nel "diritto vivente" a seguito della riforma dell'articolo 111 Cost. (come testimoniato proprio dalla vicenda della nomina del Presidente del Consiglio di Stato), il tema della riforma dell'ordinamento della giustizia amministrativa non è mai stato percepito, né a livello istituzionale né dall'opinione pubblica, come una reale necessità – se non un'urgenza - del sistema nel suo complesso, restando l'attenzione concentrata – anche in occasioni nelle quali più avvertita è stata l'esigenza di riforme anche radicali in altri settori dell'organizzazione dello Stato[70] – ai temi dell'efficientamento del processo e dei possibili "inconvenienti" che l'intervento del giudice può causare all'amministrazione e all'economia. In definitiva, la situazione di scarsa coesione interna tra le diverse componenti del Consiglio di Stato e della magistratura amministrativa, i disagi lamentati da alcune di esse e anche i conflitti cui ciò occasionalmente dà luogo vengono percepiti, anche da chi ne abbia sufficiente conoscenza, come vicende di esclusivo interesse "interno" dei diretti interessati, non meritevoli di attenzione in quanto non rilevanti ai fini della *mission*assegnata agli organi della giurisdizione amministrativa e del suo buon esito.

C'è da chiedersi se le cose stiano davvero così, o se piuttosto – al di là delle sue più immediate ricadute sull'attività di *juris dictio* quotidianamente svolta da Tar e Consiglio di Stato – non sia possibile cogliere un nesso tra la mancata compiuta unificazione e osmosi tra i diversi organi e percorsi di carriera della giurisdizione *de qua* e le persistenti criticità che, come si accennava in principio, affiorano periodicamente a livello politico e mediatico in relazione alla *percezione* dei predetti organi come Giudici, effettivamente rappresentanti un potere "neutro" e indipendente dal ceto burocratico-governativo e pertanto meritevole del prestigio e della considerazione che di regola – e salvo "appannamenti" dovuti a recenti vicende che hanno coinvolto anche la magistratura ordinaria – vanno riconosciuti all'ordine giudiziario. In altri termini, occorre chiedersi se fosse fondata, dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo del 2010, l'opinione del suo principale ispiratore laddove vedeva nell'intervento sui profili organizzativi e ordinamentali (lo "*spazio fuori dal codice*") l'ulteriore tassello indispensabile per completare la transizione verso una giurisdizione "a tutto tondo" e conferire piena legittimazione istituzionale agli organi della giustizia amministrativa[71].

Intanto, pur confermandosi la tendenziale "impermeabilità" del funzionamento del

ritenuto che proprio la disciplina del processo amministrativo, soprattutto dopo l'entrata in vigore del codice del 2010, abbia costituito la garanzia destinata a bilanciare dal punto di vista dinamico il *deficit* di indipendenza e imparzialità che emerge sul piano statico e strutturale: cfr. M. Protto, *op. cit.,* 98.

[70] Emblematico è quanto avvenuto in occasione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), concordato con l'Unione europea per l'impiego delle risorse da questa erogate a fini di sostegno alla ripresa economica dopo la crisi innescata dalla pandemia da Covid-19, laddove, a fronte dell'inserimento della riforma dell'ordinamento giudiziario tra le riforme "*orizzontali*" qualificanti finalizzate a ridare efficienza e celerità al sistema giustizia, nulla al riguardo è stato previsto per la giustizia amministrativa, interessata unicamente dalle misure di rafforzamento dell'Ufficio del processo in vista dell'incremento numerico delle cause da definire: cfr. *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza #nextgenerationItalia,* in *www.italiadomani.gov.it,* 50 ss.

[71] Cfr. P. De Lise, *Verso il Codice del processo amministrativo,* in *www.giustizia-amministrativa.it,* 28 aprile 2010.

processo amministrativo rispetto alle questioni ordinamentali che si sono descritte, c'è da chiedersi se queste siano davvero del tutto estranee alle "tensioni" che occasionalmente si registrano tra i diversi gradi della giurisdizione, con reciproci malumori alimentati da, o destinati a sfociare in, provvedimenti che eufemisticamente possono definirsi *eccentrici* rispetto a una piena e leale applicazione della disciplina processuale. Al riguardo, possono richiamarsi, quanto meno perché egualmente foriere di dialettica anche extraprocessuale tra le diverse istanze della G.A. al di là delle evidenti differenze tra di esse, le vicende – entrambe peraltro motivate dalla dichiarata necessità di realizzare interessi "prevalenti" – dell'orientamento a tratti affermatosi presso il Consiglio di Stato a favore dell'appellabilità del decreto cautelare monocratico, nonostante il chiaro dato testuale dell'articolo 56, comma 2, c.p.a.[72], e del tentativo di alcuni Tribunali amministrativi regionali di *bypassare* l'applicazione di (non condivisi) principi diritto affermati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato attraverso il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea[73].

Ma il terreno sul quale è più agevole percepire i rischi di lesione all'indipendenza e al prestigio della giurisdizione amministrativa (rischio estensibile, si badi bene, anche ai Tar e non solo al Consiglio di Stato) è quello delle decisioni rese nei giudizi che vedono come parti magistrati amministrativi in relazione a provvedimenti concernenti il loro *status* e le loro carriere: un settore, coinvolgente innanzitutto e prevalentemente i giudizi di impugnazione dei provvedimenti del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, che è stato icasticamente definito di "*giurisdizione domestica*"[74], sebbene – come subito si dirà – non sia connotato da alcuna *deviazione* normativa rispetto all'applicazione delle ordinarie regole in tema di giurisdizione e competenza[75].

Sul punto, è infatti doveroso evidenziare immediatamente come, a fronte di pur reiterati tentativi di mettere in discussione la legittimità costituzionale delle norme che attribuiscono alla giurisdizione amministrativa la cognizione delle controversie relative ai suindicati provvedimenti (al pari, del resto, di quelli del C.S.M. relativi allo *status* ed alla carriera dei magistrati ordinari nonché degli organi di autogoverno delle altre magistrature speciali), la Corte di cassazione ne abbia invece recisamente affermato la piena legittimità e coerenza con il

[72] Sembra comunque che più di recente prevalga la tesi della non appellabilità. Sulla questione, cfr. I. Genuessi, *Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico: tra esigenze di tutela conseguenti alla pandemia e orientamenti giurisprudenziali contrastanti,* in *www.giustiziainsieme.it,* 20 aprile 2021.

[73] Sotto tale profilo non può non richiamarsi, fra i casi più recenti, l'ordinanza con la quale la Sezione di Lecce del Tar della Puglia, in aperto dissenso rispetto ai principi affermati dal Supremo Collegio, ha rimesso alla Corte di giustizia la questione della compatibilità con il diritto unionale delle norme interne in materia di affidamento e durata delle concessioni demaniali marittime (Tar Lecce, sez. I, ord. 11 maggio 2022, n. 743, sulla quale la Corte di giustizia si è poi pronunciata con la sent. sez. III, 30 aprile 2023, C-348/22).

[74] Cfr. A. Liberati, *La ricorribilità delle sentenze del Consiglio di Stato innanzi alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo: l'inizio della fine di Palazzo Spada,* in *www.lexitalia.it,* n. 4/2011, il quale peraltro sul punto non spinge la propria analisi, in punto di prospettata violazione dell'articolo 6 CEDU, al di là della semplice notazione della vistosa anomalia che connoterebbe una controversia in cui una sentenza è "*appellata (tra gli altri) dal Consiglio di Stato (in persona del presidente p.t.), innanzi al Consiglio di Stato, per sentire dichiarare la legittimità dell'operato del presidente del Consiglio di Stato p.t., in qualità di presidente ex lege della commissione di concorso per l'accesso al Consiglio di Stato, e delle conseguente nomina di alcuni consiglieri di Stato*".

[75] Cfr. M.A. Sandulli, *op. e loc. cit.,* che a sua volta, sia pur cursoriamente, annovera fra le "*criticità*" del sistema l'affidamento allo stesso giudice amministrativo del sindacato sulle decisioni del proprio organo di autogoverno.

quadro costituzionale di riferimento della giurisdizione. Può essere utile al riguardo richiamare alcuni passaggi di una sentenza[76] nella quale la S.C., investita di impugnazione ai sensi dell'articolo 362 c.p.c. di una decisione del Consiglio di Stato concernente gli esiti di un concorso a Consigliere di Stato, non si è limitata a escludere che un eventuale *vulnus* alla terzietà del Collegio giudicante determinato dal rapporto di colleganza tra questi e alcune delle parti fosse ascrivibile ai vizi relativi alla giurisdizione ("*Per garantire la terzietà del giudice è approntata in particolare la disciplina dell'astensione e della ricusazione che attiene alle regole del processo e la cui eventuale inesatta applicazione comporta – come già rilevato – un error in procedendo e non già un difetto di giurisdizione. Essendo interno alla giurisdizione, nella specie del giudice amministrativo, il sindacato sulle regole del processo e quindi anche delle regole che disciplinano la ricusazione, risulta in tal modo, in linea di massima, assicurato il rispetto, sotto questo profilo, della garanzia del giudice terzo*"[77]), ma si è poi spinta, nel respingere le censure di illegittimità costituzionale della disciplina di astensione e ricusazione nel processo amministrativo dettata dagli articoli 17 e 18 c.p.a., a negare in radice che un tale *vulnus* sussistesse nel merito, affermando che "*i giudici amministrativi nel loro complesso, come giudice speciale, offrono le stesse garanzie di terzietà del giudice ordinario anche quando si trovano a giudicare di controversie che vedano come parti magistrati amministrativi; evenienza questa non dissimile da quella del giudice ordinario che si trovi a giudicare di una controversia civile che veda come parte un magistrato ordinario*"[78].

Può fin d'ora anticiparsi che è proprio con riguardo a quest'ultimo profilo che l'orientamento della S.C. appare meno appagante e conforme alle istanze di giustizia sostanziale. Mentre infatti sarebbe oggettivamente difficile predicare, solo ed esclusivamente in relazione a una ristretta categoria di dipendenti pubblici "non contrattualizzati" quali sono i giudici amministrativi, un regime delle controversie relative al loro rapporto d'impiego deviante rispetto alle comuni regole in materia di giurisdizione e competenza discendenti dal canone costituzionale del giudice naturale *ex* articolo 24 Cost. (per non dire della difficoltà di individuare quale sarebbe il giudice competente, stante il noto divieto costituzionale di istituzione di nuovi giudici speciali)[79], decisamente meno convincente è l'affermazione di una piena assimilabilità tra giudice ordinario e giudice amministrativo quanto al regime normativo delle rispettive garanzie di indipendenza e imparzialità.

Si è detto dei perduranti tratti di diversità che, fin dal quadro costituzionale di riferi-

[76] Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2013, n. 27847.

[77] § 5, che così prosegue: "*Quindi la garanzia di terzietà del giudice corre su questo doppio binario: conformità al parametro costituzionale dell'art. 111 Cost., comma 2, - che evoca il controllo di costituzionalità invocabile dalla parte con la relativa eccezione ed attivabile dal giudice comune, anche d'ufficio, L. n. 87 del 1953, ex art. 23 - e conformità alle regole di rito attuative di tale garanzia nel processo, le quali evocano il sindacato di legittimità innanzi al giudice che lo esercita in ultima istanza; sindacato quest'ultimo, che nell'attuale sistema ordinamentale, solo ispirato alla tendenziale unitarietà della giurisdizione, ancora si conforma all'assetto tuttora differenziato della giurisdizione, ordinaria e speciale, che discende dall'art. 111 Cost., comma 7*".

[78] § 9.

[79] In effetti, nella vicenda trattata dalle Sezioni unite (così come negli altri casi in cui la questione è stata sottoposta all'esame della S.C.), si auspicava, previa declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme attributive della giurisdizione al giudice amministrativo, una sorta di *refluenza* della relativa cognizione nella sfera del giudice ordinario, considerato giudice naturale "residuale" proprio alla stregua dell'articolo 24 Cost.

mento, connotano lo "statuto" delle due giurisdizioni proprio in tema di indipendenza e imparzialità, pur dovendosi prendere atto di un percorso di progressiva tendenziale assimilazione all'insegna del novellato articolo 111 Cost. Ed è quasi superfluo rilevare, richiamando ormai noti canoni elaborati dalla giurisprudenza costituzionale nell'applicazione del principio di eguaglianza di cui all'articolo 3 Cost., che la ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore, allorché nell'esercizio della propria discrezionalità ritiene di assoggettare più situazioni di fatto a trattamenti giuridici eguali o differenziati, va misurata avendo riguardo all'identità o meno delle stesse, potendo ravvisarsi un vizio di incostituzionalità – per violazione, appunto, del principio di ragionevolezza – allorché situazioni identiche siano ingiustificatamente assoggettate a regimi diversi ovvero, al contrario, situazioni diverse siano senza ragione equiparate[80].

Ciò premesso, è agevole rilevare come il suggestivo parallelo operato dalla S.C. fra le controversie oggetto della c.d. "giurisdizione domestica" del giudice amministrativo e quelle "*del giudice ordinario che si trovi a giudicare di una controversia civile che veda come parte un magistrato ordinario*" obliteri un dato differenziale rilevante, e cioè che il giudice amministrativo, diversamente dal giudice ordinario (e in ciò registrandosi una sua esclusiva *specificità*) può avere dinanzi a sé altri magistrati amministrativi "*come parti*", non solo in giudizi concernenti qualsivoglia vicenda amministrativa ordinariamente attribuita alla sua giurisdizione, ma anche in giudizi afferenti a questioni involgenti lo *status* e la carriera di tutti i giudici amministrativi, e quindi potenzialmente suscettibili di coinvolgere l'interesse dello stesso organo che giudica. È proprio in questi casi che appaiono particolarmente fondate le perplessità manifestate da un autorevole studioso in ordine all'idoneità e adeguatezza della mera applicazione degli istituti dell'astensione e della ricusazione ad assicurare una piena realizzazione delle garanzie di indipendenza e imparzialità del giudice[81].

In altri termini, la Cassazione nella circostanza ha limitato il proprio approccio alla considerazione del profilo "formale" dell'indipendenza, trascurandone l'aspetto "sostanziale" – oggi sempre più valorizzato anche a livello sovranazionale, in chiave di applicazione dell'articolo 6 CEDU – in virtù del quale occorre che il giudice sia *neutrale* non soltanto rispetto ai litiganti, ma anche rispetto all'oggetto della lite stessa, nel senso della sua totale indifferenza rispetto agli interessi contrapposti ed all'esito della controversia. A tale scopo, occorre che l'ordinamento predisponga adeguate garanzie idonee a rendere i giudici liberi da qualsiasi indebita influenza proveniente sia dall'esterno che dall'interno della magistratura: l'indipendenza giudiziaria *interna*[82] richiede infatti che essi non siano soggetti

[80] Sterminata è la letteratura sull'applicazione del principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: fra i contributi più recenti, cfr. R. Romboli, *Il giudizio di ragionevolezza: la nozione e le diverse stagioni della stessa attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in *Scritti per Roberto Bin,* Torino, Giappichelli, 2019, 567 ss.; M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana,* in *www.cortecostituzionale.it,* 2013.

[81] Cfr. M. Protto, *op. cit.,* 106, il quale motiva il proprio giudizio "*in primo luogo perché le norme* [sull'astensione e la ricusazione] *si riferiscono al singolo rapporto processuale e ad ipotesi puntuali che sono suscettibili di incrinare la posizione di imparzialità del giudice e, in secondo luogo, perché non sono idonee a colmare il deficit di indipendenza che deriva dal particolare status del giudice amministrativo*".

[82] Sul concetto di *indipendenza interna,* e sul modo in cui viene declinato in relazione alla magistratura amministrativa, si tornerà *infra,* nel prossimo paragrafo.

a istruzioni o a pressioni da parte dei loro colleghi o dei responsabili amministrativi dell'ufficio presso cui operano; l'assenza di sufficienti garanzie che assicurino l'indipendenza dei magistrati nell'ambito della magistratura può condurre a ritenere fondati i dubbi nutriti sull'indipendenza e l'imparzialità dell'organo giudicante[83].

Ciò premesso, l'evidenziata mera estensione al giudice amministrativo delle garanzie di indipendenza e terzietà stabilite per il giudice civile sotto il profilo che qui interessa, e quindi con particolare riguardo alle cause di astensione obbligatoria (il riferimento è ovviamente all'articolo 51 c.p.c., richiamato dai citati articoli 17 e 18 c.p.a.), rende senz'altro applicabile anche al giudice amministrativo il "diritto vivente", elaborato dalla S.C. in relazione al processo civile[84], per cui i semplici rapporti di "colleganza" e o di conoscenza tra una o più parti e il giudice, *ivi compresi quelli derivanti dalla comune appartenenza a uno stesso ordinamento o istituto ovvero a una medesima associazione o categoria*, non sono suscettibili di costituire causa di astensione ai sensi del ricordato articolo 51 c.p.c.[85]. Un principio astrattamente ineccepibile, e che però oblitera quella che si è visto essere la peculiarità del giudice amministrativo, il quale, unico fra tutte le giurisdizioni, può trovarsi a giudicare su cause che vedono come parti soggetti appartenenti al suo stesso ordine giudiziario in relazione non solo a qualsiasi vicenda amministrativa (p. es. il diniego opposto a un'istanza di permesso di costruire), ma anche in casi in cui la *res controversa,* coinvolgendo l'interpretazione e l'applicazione di norme relative all'ordinamento della giustizia amministrativa, è suscettibile di incidere sullo *status* e sulle prospettive di carriera dello stesso giudicante.

In altri termini, e al netto di ogni valutazione "di merito" circa le decisioni rese nell'ambito delle controversie qui in considerazione (le quali pure talora si connotano per significative deviazioni da principi altrove costituenti giurisprudenza granitica o pacifica[86], a confermare i più pessimistici timori autorevolmente espressi in epoca

[83] Cfr. Corte EDU, sez. V, Agrokompleks c. Ucraina; id., sez. I, 22 dicembre 2009, Parlov-Tkalčić c. Croazia.

[84] Cfr. ad esempio Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2006, n. 22540; id., sez. I, ord. 12 ottobre 2002, n. 14573.

[85] Per una puntuale applicazione, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957.

[86] Possono qui richiamarsi, a titolo di esempio, la già citata Tar Lazio, sez. I, n. 12518/2017, in cui il ricorso proposto da un Consigliere di Stato avverso la nomina a Presidente di Sezione di colleghi che lo precedevano in ruolo dopo aver avuto accesso all'Istituto in applicazione di norme delle quali era lamentata l'incostituzionalità (sollecitandosi il giudicante a sollevare la relativa questione dinanzi alla Corte costituzionale) è stato dichiarato inammissibile/improcedibile a causa della mancata tempestiva impugnazione di precedenti atti "*con efficacia esterna immediatamente lesiva*" intervenuti nel corso degli anni pregressi – segnatamente i decreti di costituzione delle Sezioni del Consiglio di Stato, i decreti trimestrali di formazione dei collegi nelle Sezioni di appartenenza etc. – che avrebbero "consolidato" la postergazione del ricorrente sulla base del ruolo, ponendosi in frontale contrasto con l'opposto indirizzo espresso dalla Corte costituzionale in una sentenza (n. 276 del 20 dicembre 2017) nella quale, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata nell'ambito di un giudizio concernente la separazione dei ruoli dei magistrati amministrativi, si era affermato il difetto di lesività della mera "*deteriore collocazione nel ruolo*" la quale "*non rileva di per sé, ma solo in quanto incida su provvedimenti che siano fondati sulla posizione che i magistrati abbiano nel ruolo medesimo*"; nonché Cons. Stato, sez. VII, 7 aprile 2023, n. 3624, nella quale, chiamata a decidere della legittimità di una delibera del C.p.g.a. afferente ai criteri di nomina dei Presidenti di Sezione del Consiglio di Stato, la Sezione, provvedendo in un momento in cui tutti i magistrati interessati come parti del giudizio avevano conseguito la detta nomina senza che la delibera fosse applicata, stante la sua sospensione cautelare, ha ritenuto ancora esistente l'interesse all'impugnazione e annullato l'atto gravato sulla scorta del rilievo che sarebbe stato pur sempre possibile invocarne l'applicazione all'esito della sua riacquisizione di efficacia dopo la conclusione del giudizio, con ciò facendo strame di ultrasecolare giurisprudenza in tema di attualità dell'interesse a ricorrere (oltre che, probabilmente, contravvenendo al precetto di cui all'articolo 34, comma 2, primo periodo, c.p.a.).

non sospetta)[87], risulta tutt'altro che scontata l'infondatezza dei dubbi di legittimità costituzionale prospettabili in relazione alla totale equiparazione del regime dell'astensione e della ricusazione dei giudici amministrativi a quello dei giudici civili, nei casi dianzi individuati, per due ordini di motivi:

a) in ragione della peculiare situazione della magistratura amministrativa, la quale, determinando l'esistenza di disomogeneità e conflitti interni all'ordine giudiziario riconducibili a ragioni ordinamentali, rende molto più concreto che nella magistratura ordinaria il rischio di incidenza di interessi e condizionamenti potenzialmente lesivi dell'indipendenza interna dell'organo giudicante;
b) a causa dell'evidenziata peculiarità della magistratura amministrativa rispetto a tutte le altre magistrature, essendo l'unica giurisdizione chiamata a giudicare *in re propria* (o, se si vuole, in potenziale conflitto di interessi) in relazione a vicende afferenti all'ordinamento, allo *status* e alla carriera degli stessi appartenenti a quell'ordine giudiziario.

Si è consapevoli dell'improbabilità che una questione di legittimità costituzionale di tal fatta sia effettivamente sottoposta all'esame della Corte, dal momento che a sollevarla dovrebbe essere – salva l'ipotesi di un *revirement* della Corte di cassazione rispetto alle posizioni sopra richiamate – lo stesso giudice amministrativo, segnatamente il Tar del Lazio ovvero il Consiglio di Stato, nell'ambito di un giudizio rientrante nella c.d. giurisdizione domestica. Ciò che rende ancor più difficilmente prospettabile una tale evenienza è anche l'assenza nella giurisdizione amministrativa, a differenza di quella ordinaria, di un sistema di regole organizzative ("*tabelle*")[88] concernenti la composizione dei collegi giudicanti nelle singole udienze e l'assegnazione degli affari ai relatori, con correlativo controllo dell'organo di autogoverno: di modo che ogni determinazione al riguardo è esclusivo appannaggio dei dirigenti degli uffici giudiziari, e *in primis* del Presidente del Consiglio di Stato[89], con la conseguente astratta possibilità che la diversa provenienza ed estrazione dei magistrati selezionati consenta di rendere "prevedibile" quello che sarà l'avviso del collegio su questioni "sensibili" in relazione all'interesse della categoria o di parte di essa.

[87] Cfr. V. Caianiello, *Consiglio di Stato,* in *Noviss. dig. it., App. II,* Torino, Utet, 1981, 453, il quale paventava – per vero riferendosi alla possibile "*soggezione*" che il giudice avrebbe percepito rispetto a una parte processuale che era anche l'organo titolare di poteri di amministrazione e disciplinari nei suoi confronti – che una siffatta giurisdizione "domestica" potesse alimentare "*il più deteriore corporativismo dell'organizzazione unitaria della giurisdizione amministrativa*".

[88] Sulle tabelle degli uffici giudiziari, oggetto di copiosa e pluridecennale elaborazione da parte del C.S.M., cfr. G. Gilardi, *Le tabelle degli uffici tabellari – Prima parte – Il sistema tabellare,* in *www.giustiziainsieme.it,* 8 luglio 2021, il quale richiama, a fondamento della rilevanza di tale complesso di regole, il "principio secondo cui l'organizzazione del lavoro giudiziario deve ispirarsi all'esigenza – comune a ogni ramo della pubblica amministrazione – di garantire il buon funzionamento e l'imparzialità del servizio e, insieme, a quella di assicurare che lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali avvenga al riparo da ogni condizionamento non solo esterno, ma anche interno alla magistratura", con la conseguenza che "come l'assegnazione di ciascun magistrato a questo o a quel posto dell'organico deve avvenire in base a concorsi interni diretti a garantire la trasparenza delle procedure, l'obiettività delle scelte e la funzionalità del servizio, così i singoli affari debbono essere distribuiti in base a criteri oggettivi, predeterminati e insuscettibili di deroghe che non siano a loro volta obiettivamente motivate".

[89] La legge n. 186/1982 si limita prevedere l'acquisizione di un parere del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa sui provvedimenti con i quali annualmente il Presidente del Consiglio di Stato e i Presidenti dei Tribunali amministrativi regionali stabiliscono la composizione delle Sezioni in cui si articolano i rispettivi uffici, l'assegnazione dei magistrati alle stesse nonché le rispettive competenze, nonché a stabilire limiti minimi e massimi (peraltro non cogenti) di permanenza di un singolo magistrato presso una medesima Sezione.

Indubbiamente però la questione qui in rilievo, destinata a operare sul piano delle regole processuali molto più che su quello della giurisdizione (laddove per lo più è stata sollevato il tema della c.d. "giurisdizione domestica" del G.A.), potrebbe essere oggetto di attenzione anche *de jure condendo,* nella prospettiva di una auspicabile riforma intesa a colmare il residuo *deficit* di indipendenza degli organi di giustizia amministrativa. E invero, non è ignota alla nostra esperienza giuridica l'esistenza di casi nei quali, in ragione di particolari "specificità" della posizione ordinamentale di un determinato organo giurisdizionale, il legislatore abbia ritenuto di introdurre una disciplina "rinforzata" dell'astensione e/o della ricusazione, parzialmente deviante da quella comune ricavabile dall'articolo 51 c.p.c.: al riguardo, possono essere richiamati l'articolo 815 c.p.c., quale recentemente novellato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, che consente la ricusazione degli arbitri anche per "*gravi ragioni di convenienza*" (e, quindi, in ipotesi che in via ordinaria, giusta il secondo comma dell'articolo 51, potrebbero al più costituire motivi di astensione facoltativa) quando queste siano "*tali da incidere sull'indipendenza o sull'imparzialità dell'arbitro*" (comma primo, n. 6-*bis*)[90]; nonché l'articolo 19 del d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116, che per il giudice onorario di pace prevede specifici obblighi di astensione, ulteriori rispetto a quelli previsti in via generale dall'articolo 51 c.p.c., in connessione con la pregressa o coeva attività professionale esercitata dal giudicante. Forse anche per il giudice amministrativo, in relazione alle descritte criticità ordinamentali ed al carattere affatto peculiare della relativa competenza *in re propria* (nel senso sopra precisato), potrebbe rendersi opportuna una eguale opzione di "rafforzamento" della disciplina posta a tutela della sua terzietà e imparzialità, risultando inadeguata – per le ragioni sopra esposte – la mera assimilazione alla posizione del giudice ordinario sotto tale punto di vista.

In questa prospettiva, la più attenta dottrina che si è occupata dei casi di "*conflitto di interessi*" del giudice[91] ha richiamato i principi evincibili dall'articolo 2373 c.c. (in tema di conflitto di interessi degli amministratori e rappresentanti di società) per affermare che le uniche ipotesi nelle quali un generico "interesse" del giudice nella *res controversa* può assurgere a vizio di composizione del giudice processualmente rilevante ai sensi dell'articolo 158 c.p.c. (ossia tale da escludere la stessa sussistenza della *potestas iudicandi* in capo al soggetto investito della controversia) sono quelle in cui si registri una sostanziale "immedesimazione" tra il giudice e una delle parti; ed, esclusa – perché evidentemente di scuola – quella di una vera e propria comunanza di interessi tra giudice e parte, l'ipotesi viene meglio specificata precisando che essa si verifica allorché la posizione del giudicante rispetto alla *res controversa* sia tale per cui egli potrebbe partecipare al giudizio in qualità di interventore.

Si tratta di elaborazioni relative al processo civile, delle quali va sempre verificata *cum grano salis* la trasponibilità nel giudi-

[90] Trattasi peraltro di ripristino di una previsione di ricusazione "atipica" già contenuta nel sistema prima della novella del 2006: cfr. M. Stella, *Imparzialità degli arbitri, decadenza e ricusazione nella riforma del c.p.c.,* in *Riv. dir. proc.,* 2023, I, 231 ss.

[91] A. Briguglio, *Interessi in conflitto e conflitto di interessi nel processo civile,* intervento svolto al Convegno "*Il conflitto di interessi*" (Milano, Università Statale – Centro di ricerca "Studi sulla giustizia", 9-10 luglio 2019), reperibile in *www.antoniobriguglio.com*.

zio amministrativo, ed appare forse eccessivo ipotizzare addirittura una nullità della sentenza, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, nei suindicati casi di "*conflitto di interessi*" del giudicante; tuttavia, proprio l'esperienza descritta in relazione alle controversie nelle quali il giudice amministrativo opera come giudice "domestico", laddove effettivamente è frequente il verificarsi di situazioni di profonda commistione dei collegi giudicanti con la materia del contendere (fino, al limite, a sentenze redatte da giudici potenzialmente interessati in via diretta all'applicazione di norme e provvedimenti di cui sono chiamati a occuparsi), dovrebbe indurre il legislatore a introdurre – all'unico fine di rafforzare le garanzie di indipendenza e imparzialità dei collegi medesimi – una disciplina "differenziata" dell'astensione e della ricusazione, sul modello di quelle dianzi richiamate.

Non ci si deve però nascondere che anche in questo caso il tema è generalmente ritenuto poco meritevole di attenzione, siccome afferente a questioni di interesse esclusivamente interno al plesso della magistratura amministrativa. Tale avviso appare a chi scrive superficiale e meritevole di attenta rimeditazione, per un duplice ordine di ragioni. Innanzitutto, le decisioni talvolta "anomale" che a volte scaturiscono dalle situazioni descritte nei giudizi afferenti allo *status* e alle carriere dei giudici amministrativi[92] esprimono principi suscettibili di essere richiamati quali precedenti, magari in maniera capziosa, in altre e diverse circostanze, con potenziale confusione applicativa e pregiudizio di indirizzi giurisprudenziali altrimenti pacifici[93]. In secondo luogo, non va dimenticato che il giudice amministrativo è anche il giudice dello *status* e della carriera dei magistrati appartenenti alle altre giurisdizioni, e *in primis* a quella ordinaria: non v'è bisogno di richiamare il clamore e anche le tensioni istituzionali spesso suscitate da sentenze di annullamento che hanno colpito provvedimenti del CSM anche di estrema rilevanza, in modo da dare luogo a impropri dibattiti circa l'individuazione dei *limiti* che i Tar e il Consiglio di Stato dovrebbero rispettare a garanzia dell'autonomia costituzionale dell'autogoverno[94].

Orbene, se – pur nel rispetto dell'autonomia costituzionalmente garantita dell'organo di autogoverno della magistratura ordinaria – le esigenze di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale e di garanzia della legalità nell'amministrazione inducono a rigettare ogni pretesa di "immunità" o approccio limitativo del controllo giudiziale fondati sul mero richiamo alla peculiare posizione costituzionale del CSM[95] (da questa discendendo soltanto, come è ovvio, l'impossibilità di ogni sindacato del giudice amministrativo sulle regole e sui criteri dei quali l'autogoverno si dota nell'esercizio della propria autonomia), tuttavia è in-

[92] Al riguardo, basti rimandare ai casi esemplificati *supra,* alla nota 84.

[93] Sul ruolo spesso improprio che il richiamo dei precedenti assume in particolare nell'esperienza della giurisdizione amministrativa, cfr. M.A. Sandulli, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione,* in *Il Processo,* n. 1/2018, 45 ss. (e specialmente 64-71).

[94] Sul punto, sia consentito rinviare a R. Greco, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti di autogoverno del Consiglio Superiore della magistratura,* in *Giustizia Insieme,* n. 2/2010, 20 ss., ma anche, più di recente, a R. De Nictolis, *Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del CSM,* in *www.ildirittoamministrativo.it,* 8 novembre 2019, e F. Patroni Griffi, *Atti del CSM e sindacato giurisdizionale nel D.L. 24 giugno 2014, n. 90,* in *www.giustizia-amministrativa.it,* 4 agosto 2014.

[95] Approcci di questo tipo a tutt'oggi sono riproposti nonostante l'ormai consolidata giurisprudenza costituzionale sul punto: cfr. ad esempio L. Geninatti Satè, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti del Csm: una questione politico-istituzionale,* in *Questione Giustizia,* n. 4/2017.

negabile che non giova all'immagine e al prestigio degli organi di giustizia amministrativa, a fronte di un rigore anche estremo a tratti mostrato nel censurare i vizi di legittimità dei provvedimenti concernenti la magistratura ordinaria, l'eventuale (e risaputa) adozione di soluzioni non coerenti allorché vicende similari investano la stessa magistratura amministrativa. Peraltro, oltre alle ricordate conseguenze di immagine, tale situazione rischia di produrre anche reazioni gravi e imprevedibili da parte della giurisdizione ordinaria, nel quadro di mai sopite tensioni fra le due giurisdizioni[96].

5. L'autogoverno della magistratura amministrativa.

Occorre adesso verificare se, e in qual misura, la descritta situazione di frammentazione interna del plesso giurisdizionale amministrativo, in conseguenza delle peculiarità (e criticità) che tuttora ne connotano l'assetto ordinamentale e organizzativo, riverberi i propri effetti sul funzionamento dell'organo di autogoverno, ossia del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa. Sarebbe invero bizzarro, dopo aver verificato gli effetti perniciosi che essa produce sulla capacità dei giudici amministrativi di *giudicare* dei propri affari, che non si registrassero analoghe incongruenze e distorsioni anche in ordine alla correlativa capacità di *amministrare* sé stessi.

Al riguardo, bisogna però preliminarmente avvertire che l'analisi non potrà che prescindere dalle distorsioni e degenerazioni che nel corso degli anni, e – tristemente – soprattutto nel periodo più recente come testimoniato da fin troppo note vicende che hanno riempito le cronache, hanno a loro volta colpito la funzione di autogoverno della magistratura ordinaria svolta dal CSM, fino a metterne in discussione la credibilità e la stessa sopravvivenza[97]. In questa sede, non ci si potrà che riferire a un modello "ideale", assumendo a parametro gli elementi fondamentali che – alla stregua delle scelte di fondo operate dalla Costituzione a salvaguardia dell'autonomia e dell'indipendenza dell'ordine giudiziario – devono presiedere a una equilibrata allocazione e

[96] Basti richiamare, al riguardo, la recente sentenza con la quale la S.C. (sez. un., 9 marzo 2020, n. 6690), ponendosi in apparente distonia rispetto al tradizionale indirizzo fondato sulla immedesimazione organica tra il pubblico dipendente e l'ufficio di appartenenza in conseguenza del rapporto d'impiego, ha ritenuto rientrare nella giurisdizione del G.O. l'azione di risarcimento danni proposta, *ex* articolo 2043 c.c., da un ex Consigliere di Stato colpito da sanzione disciplinare destitutoria nei confronti di due componenti del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa che aveva irrogato la predetta sanzione, sulla scorta del prospettato abuso dei poteri di autogoverno che sarebbe stato perpetrato in suo danno.

[97] È noto che le recenti ipotesi di riforma dell'autogoverno della magistratura e del CSM, culminate da ultimo nella legge 17 giugno 2022, n. 71 (*Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*), non hanno sopito il dibattito, alimentato dalle vicende richiamate nel testo, sulla necessità di spezzare il circuito perverso tra autogoverno e correnti della magistratura associata, affacciandosi anche più volte l'ipotesi di prevedere la designazione dei membri del Consiglio per sorteggio, anziché mediante elezioni (sul punto, cfr. T.F. Giupponi, *Il Consiglio superiore della magistratura e le prospettive di riforma,* in *Quaderni costituzionali,* n. 1/2021) ovvero quella di istituire un'Alta Corte, a composizione "mista" con la presenza anche di soggetti esterni all'ordine giudiziario, con competenza sulla materia disciplinare e sugli atti degli organi di autogoverno di tutte le magistrature (cfr. M. Lipari, *Verso l'Alta Corte disciplinare e dei conflitti? Unità funzionale della giurisdizione, responsabilità del giudice e autogoverno delle magistrature,* in *www.giustizia-amministrativa.it,* 7 agosto 2022; M.A. Sandulli, *Intervista* nell'ambito del *Forum sull'Istituzione dell'Alta Corte. La rivoluzione dell'assetto giurisdizionale in vista dell'istituzione di una giurisdizione speciale per i giudici*, in *www.giustiziainsieme.it,* 28 marzo 2022).

ad un corretto esercizio di competenze e poteri da parte degli organi di autogoverno.

Fu precisamente in ragione di tali scelte che, allorquando la legge n. 186/1982 modificò il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa nell'intento di trasformarlo in un organo rappresentativo e di autogoverno del plesso *de quo* sul modello del CSM[98], la cosa fu salutata da molti osservatori come un auspicabile passo decisivo verso la trasformazione della giurisdizione amministrativa, attraverso il riconoscimento di autonomia organizzativa e finanziaria, in un ordine effettivamente autonomo e indipendente da ogni altro potere. Tuttavia, non occorse molto tempo per rendersi conto che né tale innovazione legislativa, né la pur fondamentale implementazione del Consiglio di presidenza con l'introduzione dei membri "laici" designati dalle Camere (per opera della legge n. 205/2000) avevano fatto venir meno gli elementi di anomalia, e i conseguenti dubbi in ordine alla reale idoneità del sistema ad assicurare una effettiva indipendenza del plesso magistratuale amministrativo, ereditati dagli assetti passati: al punto da spingere precocemente taluno ad affermare che la novella del 1982 avesse realizzato solo "*un mero adattamento al sistema della vecchia struttura, della logica già in atto e del modo di operare del Consiglio di Stato*"[99].

Volendo anticipare una conclusione, prima di esaminare in dettaglio come in concreto il funzionamento del Consiglio di presidenza si sia evoluto nel corso del tempo, può ben affermarsi che la situazione di frammentazione dell'ordine *de quo* in una pluralità di componenti e gruppi, di diversa estrazione istituzionale e ordinamentale e portatori di interessi diversi (e spesso potenzialmente confliggenti), si sia riprodotta in seno all'organo rappresentativo – laddove peraltro gli stessi membri elettivi che rappresentano il Consiglio di Stato e i Tar restano espressione di corpi elettorali separati – in modo da ostacolare l'individuazione di *valori comuni* che consentissero di elaborare una concezione condivisa dell'autogoverno e delle sue regole. Ciò ha determinato che il Consiglio di presidenza, molto più che del compito di assicurare l'indipendenza e il buon funzionamento della giustizia amministrativa nell'interesse della collettività, si sia sentito spesso investito della missione di garantire la difesa e la sopravvivenza degli equilibri e assetti esistenti, attraverso l'individuazione di soluzioni di *mediazione*, idonee a sopire o attenuare la conflittualità fra le diverse componenti ma delle quali a volte era arduo cogliere il nesso con l'interesse pubblico e con i principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione. Nel perseguire tali obiettivi "corporativi", il C.p.g.a. si è però richiamato a una concezione "forte" delle proprie prerogative di indipendenza e delle proprie funzioni di garanzia (assumendo sovente proprio il CSM quale termine di paragone) per dilatare al massimo la discrezionalità auto-attribuitasi, fino a forzare al limite l'applicazione di elementari regole dell'agire amministrativo[100].

[98] Fino a quel momento avevano operato, ma con composizione e funzioni totalmente diverse, i Consigli di presidenza del Consiglio di Stato e dei Tribunali amministrativi regionali, previsti rispettivamente dall'articolo 35 del r.d. 21 aprile 1942, n. 444, e dall'articolo 49 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

[99] Così G. Romeo, *op. cit.*, 713 (il quale in effetti riteneva che al Consiglio di Stato principalmente fossero da attribuire tutte le resistenze a una reale modernizzazione del sistema).

[100] Cfr. G. Romeo, *op. cit.*, 721 ss. In tempi più recenti, l'A. è tornato sul tema, registrando come negli ultimi anni l'intento risulti perseguito soprattutto operando su materie quali l'elaborazione di regole in materia di carichi di lavoro massimi esigibili dai

Naturalmente, non si vuole qui ignorare che anche per la magistratura ordinaria, come l'esperienza quotidiana insegna, le logiche correntizie e di appartenenza abbiano sempre più spiegato incidenza sulle determinazioni e le scelte dell'autogoverno, anche in relazione a materie di estrema rilevanza quali le nomine ai vertici di importanti uffici giudiziari: sono proprio l'esasperazione e la degenerazione di tali logiche, al di là di distinzioni e giudizi di valore che pure sarebbero consentiti, ad aver dato luogo alle vicende di cronaca cui dianzi si diceva, che hanno determinato l'attuale crisi di credibilità e fiducia dell'opinione pubblica nella magistratura. Tuttavia, l'elemento aggiuntivo per cui la giurisdizione amministrativa si connota – ad onta del motto "*gens una sumus*" spesso richiamato dall'attuale vertice dell'Istituto[101] – è l'assenza di un "ombrello", collocato al di sopra dei plurimi interessi contrapposti e rappresentato dalla (quanto meno formale) condivisione di valori comuni che inducano i diversi soggetti interessati a riconoscersi reciprocamente quali parti di un'unica istituzione chiamata unitariamente a svolgere una funzione di interesse pubblico.

Ciò è confermato dal modo in cui, nei casi – sempre più frequenti nella pratica – in cui risulta impossibile elaborare soluzioni di mediazione, e pertanto la conflittualità fra le diverse "anime" e componenti emerge in primo piano, ciò avviene nel modo più acuto e virulento immaginabile, con accenti e toni che spesso trascendono la pur fisiologica dialettica interna a un organo collegiale rappresentativo, e nei quali non è difficile intravedere – in controluce – quasi una sorta di disconoscimento dell'interlocutore di turno come appartenente a una stessa categoria. Una situazione, comunque la si voglia interpretare, che ha indotto un Presidente del Consiglio di Stato ad affermare, in singolare convergenza con quanto si è qui rilevato, che il Consiglio di presidenza sarebbe "*spesso più attento a valutare le ricadute delle proprie decisioni sul consenso dei rappresentati che sul corretto funzionamento del servizio giustizia*"[102].

In realtà, a detta dei più attenti osservatori una delle principali criticità dell'autogoverno della giustizia amministrativa è costituita proprio dall'attribuzione al Presidente del Consiglio di Stato della funzione di vertice del C.p.g.a., a differenza di quanto previsto per il CSM: tale opzione normativa, nella misura in cui – di fatto – è lo stesso organo di autogoverno a designare il vertice dell'Istituto, appare scarsamente compatibile con le garanzie di indipendenza e imparzialità dell'intero plesso giurisdizionale[103]. A ciò può aggiungersi, alla luce di quanto rilevato in ordine alle dinamiche interne al plesso medesimo, che la preposizione a capo dell'organo di autogoverno

magistrati e l'autorizzazione di incarichi extragiudiziari, spesso in modo avulso da qualsivoglia considerazione circa la compatibilità delle scelte operate con il buon funzionamento della giustizia amministrativa (*La giustizia amministrativa, la grande Babilonia (a margine del primo incontro tra i magistrati amministrativi titolari di incarichi direttivi e semi- direttivi sul tema dell'organizzazione dell'ufficio giudiziario),* in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 1193 ss.

[101] Cfr. L. Maruotti, *Insediamento del Presidente del Consiglio di stato Luigi Maruotti e Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa,* Roma, 30 gennaio 2023, 29.

[102] F. Patroni Griffi, *Ridurre il peso delle correnti: ecco la modifica sulla giustizia amministrativa,* in *Il Dubbio,* 20 luglio 2021, con osservazioni condivisibilissime, ma che sarebbero forse più credibili se non provenissero da chi, oltre a ricoprire più volte la carica di presidente dell'Associazione dei Magistrati del Consiglio di Stato (su cui, v. *infra* al paragrafo successivo), è stato per anni uno dei massimi rappresentanti dei Consiglieri di Stato di provenienza concorsuale in tutte le sedi istituzionali.

[103] Cfr. A. Orsi Battaglini, *op. cit.*, 81-82, il quale non esita a definire "*senz'altro incostituzionale*" questo aspetto della disciplina vigente.

di un soggetto comunque ascrivibile a una delle "parti in causa" nelle dette dinamiche rende immanente il rischio, in ragione delle stesse prerogative del vertice dell'Istituto, che queste ultime possano in vari modi incidere sulla formazione delle maggioranze fra le varie componenti, e più in generale sul funzionamento dell'organo consiliare. E, se è indubbio che occorrerebbe una revisione costituzionale per investire del vertice dell'organo il Presidente della Repubblica (in parallelo con quanto previsto per il CSM)[104], tuttavia il legislatore ordinario ben potrebbe intervenire attribuendo la funzione di presiedere l'organo di autogoverno a uno dei membri designati dal Parlamento, ferma restando la presenza del Presidente del Consiglio di Stato quale componente di diritto[105].

L'esperienza anche recente, tuttavia, dimostra che nessuna articolata proposta di riforma dell'autogoverno della giustizia amministrativa è stata mai non solo formulata, ma neanche solo ipotizzata, se si esclude l'intervento radicale prefigurato dalla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali istituita con la legge costituzionale 24 gennaio 1997, nella cui bozza (poi rimasta priva di seguito) era bensì previsto lo "sdoppiamento" del C.S.M. con istituzione di un'apposita sezione specializzata per la magistratura amministrativa, ma ciò avveniva nell'ambito di un assorbimento della giurisdizione amministrativa in quella ordinaria che lasciava al Consiglio di Stato il solo ruolo di organo di consulenza del Governo[106]. Al contrario, quando si è cercato di intervenire sul Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, lo si è fatto per lo più con proposte intese a modificarne la composizione e/o il funzionamento in funzione di interessi specifici dell'una o dell'altra componente[107].

Con tutta evidenza, si tratta di questioni le quali, lungi dal rivestire un interesse esclusivamente istituzionale o "burocratico", impattano in modo rilevante, come testimoniato dal loro stretto legame con molte delle criticità esaminate nei paragrafi precedenti, sulle garanzie di indipendenza e imparzialità dei giudici amministrativi sotto lo specifico profilo della *indipendenza interna,* ossia della idoneità del sistema ad assicurare che tutti i giudici siano in grado di esercitare il proprio ufficio al riparo da pressioni, anche implicite o immanenti al sistema, provenienti dall'interno dello stesso ordine di appartenenza (e, quindi, in ossequio al canone costituzionale di soggezione esclusiva alla legge)[108]. Non è un caso che fra i principi costituzionali maggiormente "stressati" dalle peculiarità – sia normative che ordinamentali – che si sono fin qui descritte vi sia quello per cui i magistrati si distinguono soltanto per le funzio-

[104] Cfr. P. De Lise, *Audizione sulla riforma della giustizia* (resoconto dell'audizione del Presidente del Consiglio di Stato dinanzi alle Commissioni riunite I e II della Camera dei Deputati, 27 maggio 2011), in *www.giustizia-amministrativa.it,* 11, il quale, pur senza spingersi a suggerire soluzioni organizzative specifiche, auspicava un "*riconoscimento costituzionale*" del C.p.g.a.

[105] Cfr. A. Orsi Battaglini, *op. loc. ult. cit.*

[106] Al riguardo, cfr. G. Gilardi, *Unità della giurisdizione, giudici speciali, giudici specializzati,* in Aa.Vv., in *Questione Giustizia,* n. 3/1997, 518 ss.

[107] Emblematica, tra le più recenti, la vicenda che ha indotto a schierarsi lo stesso Presidente *pro tempore* del Consiglio di Stato, come riportato *supra* alla nota 102.

[108] Il tema dell'indipendenza interna, usualmente approfondito dai costituzionalisti in relazione alle garanzie di indipendenza della giurisdizione ordinaria (cfr. *ex plurimis* A. Lollo, *L'indipendenza interna dei magistrati nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale,* in *www.rivistaaic.it,* n. 4/2012, 16 ottobre 2012), è stato più recentemente approfondito con riferimento alla posizione del P.M., in conseguenza dei rilevanti effetti sull'organizzazione delle Procure della Repubblica determinati dal d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106 (cfr. M. Bignami, *L'indipendenza interna del pubblico ministero,* in *Questione Giustizia,* n. 1/2018).

ni (articolo 107, comma terzo, Cost.)[109]: un principio a lungo, e spesso tralaticiamente, ritenuto dalla Corte costituzionale applicabile ai soli magistrati ordinari, e non anche alle giurisdizioni speciali[110], ma che oggi, nel quadro della già evidenziata rimeditazione delle garanzie di indipendenza delle giurisdizioni tutte alla stregua dei principi del "giusto processo" quali rivenienti dal novellato articolo 111 Cost., andrebbe forze valorizzato proprio nella prospettiva di un rafforzamento dell'indipendenza del giudice amministrativo[111].

6. Lo sconfortante panorama associativo.

Se queste sono dunque le distorsioni e disfunzioni riscontrabili nell'organizzazione e nell'ordinamento della giurisdizione amministrativa, sarebbe peraltro ingenuo attendersi che a queste possa ovviarsi con un processo riformatore promosso dalle associazioni rappresentative della categoria. Il tema interessa solo tangenzialmente la presente indagine, ma lo si accenna al fine di offrire un quadro completo ed esaustivo della situazione "interna" all'apparato dei giudici amministrativi, in considerazione della rilevanza che si ritiene debba essere assegnata a quest'ultima ai fini di una valutazione complessiva del grado di indipendenza di tali giudici.

In particolare, il riflesso immediato e *ictu oculi* percepibile della frammentazione corporativa e dell'assenza di valori e punti di riferimento condivisi, che si è visto emergere spesso con prepotenza nell'azione dello stesso organo di autogoverno, è costituito dall'inesistenza di un'unica associazione che raggruppi tutti i magistrati amministrativi allo scopo di porsi quale unico interlocutore nelle relazioni istituzionali esterne (sul modello di quello che è l'A.N.M. per la magistratura ordinaria). Al contrario, a fronte di una consistenza numericamente limitata a poche centinaia di magistrati dell'ordine giurisdizionale di cui si discute esistono almeno tre associazioni di categoria stabili, ciascuna intesa a rappresentare parte delle componenti e degli interessi in campo. Beninteso, in linea teorica ciascun magistrato amministrativo potrebbe iscriversi a tutte le associazioni in questione (e non mancano esempi di "doppia" o perfino "tripla" tessera), ma – in disparte le questioni molto più "sindacali", legate a convenzioni e *benefit* di vario tipo che l'adesione può garantire, le quali possono incidere nelle scelte dei singoli – risulta evidente la "polarizzazione" di ciascuna di esse su interessi e obiettivi diversi, e finanche incompatibili, con quelli delle altre.

Insomma, anche su questo versante emerge l'inesistenza di un "ombrello" comune che, oltre ad assicurare l'unità della categoria nelle relazioni esterne, possa fungere da terreno su cui avviare un confronto per l'individuazione di soluzioni condivise ai problemi della giustizia amministrativa.

L'associazione più rilevante, se non altro per consistenza numerica, è l'Associazione Nazionale Magistrati Amministrativi (A.N.M.A.) la quale, malgrado le suggestioni che tale denominazione potrebbe indurre,

[109] Principio considerato dalla dottrina, difatti, il fondamento costituzionale dell'indipendenza interna dei magistrati: cfr. per tutti, N. Zanon - F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2008, 78.

[110] Cfr. Corte cost., ord. 21 dicembre 2001, n. 434; ord., 4 dicembre 2000, n. 542; sent. 16 gennaio 1978, n. 1.

[111] Un germe di tale rimeditazione è forse rinvenibile nella motivazione della più volte citata sentenza della Corte n. 273/2011, laddove, sia pure con *obiter dictum,* si rileva che la separazione originaria tra i Tar e il Consiglio di Stato, che la legge n. 186/1982 aveva inteso superare, "*si risolveva* (…) *in una forma anomala di subordinazione gerarchica*" dei primi rispetto al secondo.

è soprattutto l'associazione rappresentativa dei magistrati in servizio presso i Tribunali amministrativi regionali. Secondo il suo statuto, essa ha lo scopo – tra l'altro – di operare "*affinché le funzioni, le prerogative ed il prestigio degli organi della giustizia amministrativa siano garantiti secondo i principi fissati nella Costituzione repubblicana*" e "*propugnare l'attuazione di un ordinamento della giustizia amministrativa che realizzi la più completa tutela della giustizia nella Amministrazione in conformità delle esigenze dello Stato di diritto in regime democratico ed in conformità dei principi della Costituzione*"[112], sulla scorta di un'opzione che assume chiaramente a modello l'A.N.M. e la sua storia secolare.

E in effetti, se forse non può parlarsi di una storia gloriosa dell'A.N.M.A., tuttavia essa ha certamente fornito un contributo molto rilevante, nel corso dei decenni della sua attività (a partire dall'entrata a regime dei Tar), al progredire della legislazione sulla giurisdizione amministrativa nel senso della piena attuazione dei principi costituzionali e della valorizzazione della funzione giurisdizionale con le connesse garanzie di indipendenza e autonomia. In particolare, ne è innegabile l'apporto decisivo – al di là dei limiti ravvisabili non solo nei risultati, ma forse anche nella stessa impostazione di base della "trattativa" all'uopo svolta con le altre associazioni e i soggetti istituzionali[113] – alle riforme ordinamentali attuate con le leggi n. 186/1982 e n. 205/2000.

Ciò premesso, è però altrettanto innegabile che nell'ultimo ventennio l'azione associativa non possa vantare risultati altrettanto rilevanti, non essendo stata l'A.N.M.A. in grado di sensibilizzare adeguatamente l'opinione pubblica e gli interlocutori istituzionali sull'importanza e la necessità di completare il processo riformatore eliminando quelle che si è visto essere i principali aspetti di *deviazione* dell'assetto esistente rispetto a un modello di giurisdizione che, pur nella sua "specialità", voglia porsi in linea con le garanzie costituzionali di indipendenza e imparzialità. Ciò è verosimilmente dovuto all'insorgere, all'interno della stessa base di rappresentanza, di visioni anche profondamente diverse in ordine al ruolo del giudice amministrativo, alle sue esigenze professionali ed alle priorità degli interventi da porre in essere; tale diversità di visioni si è di fatto tradotta in contrapposizioni e divisioni che hanno inciso negativamente sull'azione associativa complessiva.

Naturalmente, non è da stigmatizzare in sé il fatto che in seno all'A.N.M.A. esistano diverse "correnti" contrapposte, così come avviene nella magistratura ordinaria nell'ambito dell'A.N.M. Il punto è però che, mentre le correnti della magistratura ordinaria, al netto delle degenerazioni e della tendenza a trasformarsi in *lobby* e centri di potere (circostanze fin troppo note per soffermarvisi in questa sede), conservano una matrice originaria di tipo culturale, legata a diverse concezioni di fondo del ruolo del giudice nella società ed alle loro ricadute sui più svariati aspetti dell'attività professionale[114], al contrario la divisione in correnti dell'A.N.M.A. sembra esser nata ed essersi

[112] Articolo 2, in *www.magistratiamministrativi.it*.

[113] Ciò emergerebbe, secondo alcuni osservatori, dall'essere state alla fine preferite soluzioni transitorie, idonee ad assicurare utilità ai magistrati in servizio in un determinato momento storico ma suscettibili di produrre effetti esiziali a lungo termine: al riguardo, si veda quanto osservato *supra* al § 3, e specificamente il contributo di Giovanni Pellegrino citato alla nota 63.

[114] Di modo che si assume come fatto notorio che Magistratura Democratica rappresenterebbe la "*sinistra*" della magistratura, Magistratura Indipendente la parte conservatrice, e così via.

sviluppata su tematiche e questioni molto più "spicciole" e materiali, legate p. es. al trattamento economico, alla materia degli incarichi extragiudiziari, ai carichi di lavoro. Naturalmente, nell'ambito delle contrapposizioni e dei conflitti che insorgono su tali materie ciascuna corrente assume di voler attuare valori e principi atti ad assicurare la più piena attuazione dell'interesse pubblico e dei principi costituzionali: tuttavia, l'impressione che può ricavarsi dall'osservazione della pratica quotidiana sulle questioni concrete (*in primis* quella, evidentemente cruciale per i magistrati aderenti a questa associazione, dei rapporti con il Consiglio di Stato), è quella che al di là del richiamo formale agli anzi detti principi e valori, l'attività associativa risponda a strategie che obbediscono soprattutto a logiche di appartenenza, a volte di tipo generazionale e finanche personale.

Il risultato è che in via generale l'A.N.M.A. negli ultimi anni abbia giocato soprattutto "di rimessa", abdicando dallo svolgimento di una funzione *propositiva* e svolgendo soprattutto un ruolo *difensivo*, attraverso le difese mediatiche "di rito" in occasione di attacchi esterni alla categoria[115] e la mobilitazione in occasione di vicende normative o istituzionali suscettibili di pregiudicare la giurisdizione amministrativa nel suo complesso[116]. Un ruolo difensivo peraltro indebolito dalle contrapposizioni interne che quasi sempre si scatenano su qualsiasi tema, tali da ingenerare l'impressione che spesso interessi più censurare la corrente avversa, ovvero acquisire consensi per la propria, che perseguire un interesse generale della categoria anche rispetto a interlocutori esterni.

Ancora più articolata è la situazione associativa del Consiglio di Stato, nonostante la consistenza numerica limitata della provvista dei suoi magistrati. Infatti, proprio nell'ultimo ventennio l'Associazione tra i Magistrati del Consiglio di Stato (A.M.C.S.), originariamente unitaria, ha subito una scissione con la formazione di altro soggetto associativo, denominatosi Coordinamento Nuova Magistratura Amministrativa (Co.N.M.A.) e inteso a rappresentare i magistrati transitati in Consiglio di Stato per anzianità dai Tribunali amministrativi regionali. Tale vicenda evidentemente discende dai disagi causati in tale componente dalla situazione ordinamentale conseguente alla perdurante separazione dei ruoli ed al mancato completamento del processo di unificazione che la legge n. 186/1982 avrebbe dovuto avviare[117], nonché dalla presa d'atto di una chiara inconciliabilità negli interessi e negli obiettivi di tale componente rispetto a quelli coltivati dagli altri Consiglieri di Stato aderenti all'originaria associazione unitaria. Tuttavia, per diverse ragioni non può dirsi che l'azione successiva alla scissione abbia prodotto risultati significativi.

Innanzitutto, per lungo tempo l'attenzione del nuovo soggetto associativo è stata concentrata in via quasi esclusiva sull'obiettivo di conseguire il riconoscimento a regime dell'anzianità "forfettaria" di cinque anni a suo tempo riconosciuta in via transitoria

[115] Fra i tanti interventi del genere svolti dai vertici dell'associazione, cfr. ad esempio G. Serlenga, *Spuntare le armi ai Tar non sblocca i cantieri,* in *L'Espresso,* 13 novembre 2022, 45.

[116] Basterà citare, fra gli episodi più recenti, le prese di posizione contro la proposta legislativa di soppressione delle sedi staccate dei Tar (*Associazione magistrati Anma: "Taglio sedi Tar? Costoso e inutile"*, in *La Repubblica,* 3 luglio 2014) e quella di modifica della composizione del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa (cfr. ANSA del 18 luglio 2021: *Giustizia: toghe amministrative chiedono tavolo di confronto "Modifiche dirigistiche a nostro organo di autogoverno"*).

[117] V. *supra,* § 3.

a un numero limitato di magistrati (i Consiglieri di Tar, transitati o destinati a transitare in Consiglio di Stato per anzianità, che fossero già in servizio all'atto dell'entrata in vigore della nuova normativa); ciò ha sovente pregiudicato la possibilità che gli obiettivi dell'associazione venissero percepiti dall'opinione pubblica e dagli interlocutori istituzionali come di effettivo interesse della collettività, piuttosto che rispondenti a semplici spinte settoriali, ed ha privato di effetti anche proposte di riforma più organiche e globali talora elaborate oltre a nuocere all'attenzione di iniziative convegnistiche e di riflessione pur di estremo interesse organizzate dall'associazione medesima[118]. Negli anni più recenti, in coincidenza con un massiccio rinnovamento anche anagrafico della componente dei Consiglieri di Stato proveniente dai Tar per anzianità, il Co.N.M.A. ha tentato di rilanciare la propria attività ponendosi come portatore delle esigenze di valorizzazione dell'esperienza e del lavoro concreto svolto dai magistrati effettivamente in servizio presso le Sezioni consultive e giurisdizionali (in contrapposizione a diverse posizioni sostenute dall'A.M.C.S.), in modo da trovare terreni di confronto con altre componenti della magistratura amministrativa su tematiche di interesse comune, ma in linea generale ha seguitato a non ottenere risultati apprezzabili per diverse ragioni, non ultima anche la scarsa coesione manifestata dalla base dei rappresentati in talune occasioni.

Quanto all'Associazione tra i Magistrati del Consiglio di Stato (A.M.C.S.), si tratta del soggetto che, oltre a raggruppare sia i Consiglieri di Stato di concorso che quelli di nomina governativa – i quali storicamente hanno sempre fatto blocco comune con i primi –, ha manifestato nel tempo la maggiore capacità di orientare la vita e le vicende dell'Istituto, grazie al fatto che da essa provengono non solo i Presidenti del Consiglio di Stato (alcuni dei quali, prima di approdare al vertice, hanno in essa svolto rilevanti attività) ma anche i magistrati che di fatto svolgono importanti incarichi apicali presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed i Ministeri: al punto da non rendere fuori luogo il richiamo che taluno ha fatto, soprattutto in occasione di specifiche vicende legislative, alla nozione di "sindacato giallo", stante la profonda commistione con quella che comunque rimane la "parte datoriale" rispetto al plesso magistratuale. Pertanto, è intuitivo che tuttora sia questa l'associazione in grado di sostenere o – soprattutto – bloccare qualsiasi iniziativa di riforma del Consiglio di Stato o della giustizia amministrativa.

In punto di fatto, negli ultimi decenni l'attività dell'A.M.C.S. si è concretizzata principalmente – e al di là di specifici casi in cui sono state sponsorizzate proposte di modifica molto "settoriali" – nella difesa a oltranza dello *status quo,* e quindi nella resistenza più o meno esplicita a qualsiasi ipotesi di seria riforma ordinamentale, fino ad arrivare a ignorare o negare la stessa esistenza delle criticità che si sono illustrate nei precedenti paragrafi. Un atteggiamento che, per la convinzione con cui è stato a tratti sostenuto in tutte le sedi istituzionali e associative e per la tendenza a valersi di tutti gli strumenti a disposizione (ivi compresa la già rimarcata presenza di Consiglieri di Stato in posti-chiave dell'organizzazione ministeriale) per far prevalere in ogni caso le posizioni difese dall'associazione, indurrebbe a definire tali posizioni addirittura *reazionarie* più che *conservatrici*.

[118] Cfr. ad esempio F. D'Agostino, *Intervento* in *Atti del seminario di studi "Il giudice amministrativo e il codice del processo: la difficile sfida",* Roma, 27 maggio 2010, 5 ss.

7. Conclusioni: una riforma necessaria ma forse impossibile.

Può sembrare curioso, e forse perfino incredibile, che i numerosi studi – alcuni dei quali estremamente dotti e autorevoli – che si sono concentrati sui temi dell'indipendenza del giudice amministrativo, delle sue specificità costituzionali e normative e del modo su cui possono incidere sul ruolo di tale giurisdizione e sulla sua percezione da parte dell'opinione pubblica, pur soffermandosi sulle peculiarità più evidenti *ictu oculi*[119], abbiano pressoché totalmente trascurato i profili ordinamentali e organizzativi su cui in questa sede si è cercato di focalizzare l'attenzione: come se fosse possibile esprimersi sul grado di indipendenza e imparzialità di un plesso giurisdizionale prescindendo dai suoi assetti istituzionali interni e dalle sue regole di funzionamento. Più che indagare sulle ragioni di tale pretermissione, qui interessa però tirare le conclusioni, per quanto possibile, dell'indagine svolta.

E invero, l'analisi avrebbe potuto essere estesa ad altri aspetti pure rilevanti della *specialità* della giustizia amministrativa (quali, ad esempio, l'attività di formazione e aggiornamento dei magistrati dei Tar e del Consiglio di Stato ovvero il tema del rapporto tra l'attività nomofilattica del Consiglio di Stato e quella della Corte di cassazione)[120], ma ciò avrebbe reso il presente contributo pletorico e probabilmente ridondante. Le questioni trattate dovrebbero essere sufficienti a conferire fondatezza all'idea, qui sostenuta, che il carattere obsoleto e inadeguato all'attuale quadro costituzionale della disciplina ordinamentale, e la frammentazione della categoria che ne deriva, non possano ritenersi fattori estranei alla persistente incapacità della giurisdizione amministrativa – complessivamente intesa – di riuscire a farsi percepire dall'opinione pubblica come un "vero" ordine giurisdizionale, con le connesse garanzie e prerogative di indipendenza, meritevole del rispetto e del prestigio che si riconoscono alla giurisdizione in quanto tale.

In particolare, il vero nodo problematico è costituito dall'assenza di un nucleo di principi e valori condivisi, percepiti come comuni da tutti i magistrati interessati, sovraordinati e unificanti rispetto ai più materiali e diversificati interessi che fanno capo alle varie componenti e gruppi contrapposti in cui la categoria si articola, i quali possano fungere da criterio orientatore non solo nel porsi della categoria medesima in modo unitario e omogeneo nei rapporti con istituzioni e *media,* ma anche ai fini dell'acquisizione di consapevolezza dell'esistenza di problematiche generali tali da esigere la considerazione di un interesse superiore, che non sia la mera sommatoria degli interessi "particolari" ovvero la risultante della dialettica o del conflitto fra di essi. La conseguenza è che il più delle volte le varie componenti operano "in ordine sparso", quando non con reciproca diffidenza e ostilità, anche a fronte di vicende che richiederebbero un'azione (o una reazione) unitaria: ed a tale oggettiva debolezza non sono estranei i rapporti tra diverse fasce dell'istituzione e gli altri poteri, legislativo

[119] In particolare, quelle che si sono esaminate *supra* al § 2.

[120] Su quest'ultimo punto, cfr. N. Rossi, *Il policentrismo giurisdizionale e la coesistenza di sistemi di tutela giurisdizionale diversi ed equiordinati,* in *Questione Giustizia,* n. 1/2021, 5 ss.

ed esecutivo, rispetto ai quali l'autonomia e l'indipendenza dovrebbero definirsi[121].

La capacità che un siffatto sistema ha disvelato di reggere per parecchi decenni, oltre che dalla già evidenziata costante ricerca di soluzioni di mediazione idonee a sopire i conflitti interni, dipende probabilmente anche dalla scarsa attenzione mediatica che tradizionalmente l'attività dei giudici amministrativi, e innanzitutto del Consiglio di Stato, ha ricevuto a fronte dell'esposizione anche eccessiva di cui hanno fruito altre istituzioni giudiziarie (la vicenda della sovraesposizione delle Procure della Repubblica è emblematica). Ma anche questa peculiarità dell'essere un insieme di soggetti destinati a operare "nell'ombra", attraverso una gestione del potere che è tanto più incisiva quanto più avviene in luoghi non visibili dal pubblico generale, rischia di tramontare nell'attuale era in cui le informazioni possono essere agevolmente reperite in rete e rilanciate tramite i *social media,* come testimoniato da recenti inchieste giornalistiche che hanno portato alla disponibilità del pubblico informazioni e notizie che un tempo sarebbero rimaste confinate ai "meandri" della burocrazia[122].

Fino a che punto questo persistente *handicap* possa pregiudicare le sorti future della giustizia amministrativa, è difficile dire. È abbastanza difficile che l'assorbimento nella giurisdizione unitaria, pur caldeggiato dai più accaniti detrattori della giurisdizione amministrativa[123] e ipotizzato in passate proposte di riforma costituzionale (come nella già citata Bicamerale del 1997), possa effettivamente realizzarsi nel prossimo futuro: a ciò osta, oltre alla notoria e sperimentata difficoltà di perseguire nell'ordinamento italiano incisive riforme degli equilibri costituzionali – quale quella che una tale opera di unificazione richiederebbe – ed alla già segnalata capacità di componenti e soggetti direttamente interessati di "orientare" l'iniziativa legislativa dei Governi in questa materia, la decisa presa di posizione con cui la Corte costituzionale, dopo la revisione dell'articolo 111 Cost., ha riaffermato il fondamento costituzionale *attuale* del sistema della doppia giurisdizione[124]. Alla stregua dei principi affermati dalla Corte, nonché all'esito di significative innovazioni legislative e giurisprudenziali sul versante legislativo dei rapporti tra le giurisdizioni, è oggi comunemente affermato – anche se non unanimemente condiviso – che la Costituzione non richieda l'unità *ordinamentale* della giurisdizione, avendo invece perseguito e realizzato l'unità *funzionale* tra di esse, nella prospettiva di un'azione comune e complementare in vista della più piena ed effettiva tutela di diritti e interessi dei cittadini[125].

Se dunque è difficilmente immaginabile che la situazione descritta possa porre a repentaglio la stessa esistenza della giurisdizione amministrativa, è invece prevedibile

[121] Così lucidamente G. Romeo, *op. cit.,* 731: "*In questa direzione è indubbio che si smarrisce la consapevolezza di essere magistrati 'orientati verso i cittadini', chiamati in prima persona ad essere interpreti della conflittualità sociale in virtù del proprio potere-sapere. Si tende più al contatto immediato con il potere che non con la realtà amministrativa in trasformazione*".

[122] Fra le più recenti e "informate", non possono non citarsi S. Rizzo, *Potere assoluto. I cento magistrati che comandano in Italia,* Milano, Mondadori, 2022, e Anonimo – G. Salvaggiulo, *Io sono il potere. Confessioni di un capo di gabinetto,* Milano, Feltrinelli, 2020.

[123] Cfr. A. Proto Pisani, *Tavola rotonda*, in *Convegno di Lecce 16-17 ottobre 2015*, 155 ss.

[124] Il riferimento è alle note sentenze 6 luglio 2004, n. 204, e 11 maggio 2006, n. 191.

[125] Per una lucida e organica esposizione di questo punto di vista, cfr. P. De Lise, *La pienezza della tutela del cittadino come obiettivo "condiviso" delle magistrature supreme,* in *www.giustamm.it,* 30 settembre 2021.

che perdureranno a lungo le difficoltà nel fare accettare all'opinione pubblica e ai *media* l'idea della giurisdizione amministrativa come ordine autonomo e indipendente, al pari di quella ordinaria. Si ripeteranno gli "attacchi" alla giurisdizione in occasione di decisioni aventi risonanza politica o mediatica, e le correlative "difese" da parte delle associazioni e degli stessi vertici istituzionali, in un circuito in cui il – pur sacrosanto – richiamo ai valori della giurisdizione ed all'importanza delle funzioni attribuite alla giustizia amministrativa rispetto alla società e all'economia, alimentandosi soprattutto di argomenti fondati sulla maggiore preparazione e specializzazione di tali giudici, sulla maggiore celerità del relativo processo *et similia,* sconterà un crescente rischio di sganciamento dal diffuso sentire sociale, e in definitiva di *autoreferenzialità,* così inverandosi il rischio paventato da uno degli ultimi Presidenti del Consiglio di Stato[126].

Non è dato prevedere se la descritta evoluzione potrà accentuare la percezione degli organi di giustizia amministrativa come *sovrastruttura* del sistema, capace di assicurare la propria sopravvivenza pur dopo l'esaurimento della propria funzione storico-sociale (profondamente connessa con la visione liberale dei rapporti tra Stato e individuo)[127], piuttosto che come articolazione indispensabile e imprescindibile di un moderno Stato di diritto. Certo è che la persistente preponderanza degli interessi contrapposti, la loro dimensione ed entità, la loro capacità di ostacolare la formazione di una visione istituzionale condivisa, sono tutti elementi che autorizzano un certo pessimismo in ordine alla possibilità che dall'interno dei predetti organi possa sorgere un'autentica spinta verso un processo di trasformazione – prima ancora che di riforma – idoneo a dotare l'ordinamento italiano di una giurisdizione amministrativa in linea con gli *standard* di indipendenza richiesti dall'odierno quadro costituzionale oltre che da istanze sovranazionali[128].

Naturalmente, è sempre possibile coltivare l'ottimismo della volontà e augurarsi che maturi in seno all'Istituzione, e *in primis* al Consiglio di Stato, quella consapevolezza che già nel lontano 1978 Massimo Severo Giannini aveva lucidamente espresso: e cioè che "*la costruzione di una magistratura amministrativa unitaria* è *uno dei modi per salvare, con se stesso, una delle esigenze delle strutture democratiche*"[129].

[126] Cfr. A. Pajno, *op. cit.,* 8-9.

[127] Si vedano le considerazioni di G. Romeo riportate alla nota 25.

[128] Cfr. E. Follieri, *op. cit.,* il quale auspica che una spinta al superamento delle perduranti criticità possa provenire dalle sentenze della CEDU e della Corte di giustizia dell'Unione europea.

[129] M.S. Giannini, *Per l'unità della giurisdizione amministrativa,* in *La giustizia amministrativa come funzione dello Stato democratico, Atti del seminario promosso dall'Assessorato agli affari istituzionali del Comune di Venezia in collaborazione con l'Università di Venezia e la Presidenza del Consiglio regionale del Veneto, 12-14 maggio 1978,* Venezia, 1979, 289.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2985 – 13 dicembre 2023

L'applicazione del silenzio assenso orizzontale al parere della soprintendenza nel procedimento autorizzatorio paesaggistico come atto codecisorio di un procedimento pluristrutturato

(nota a Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610)

Roberto Leonardi

Sommario: 1. Il fatto. – **2.** Gli artt. 14 bis e 17 bis, l. n. 241/1990. – **3.** Il silenzio assenso orizzontale e l'art. 146, d.lgs. n. 42/2004, nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 8610/2023. – **4.** Brevi considerazioni conclusive.

1. Il fatto.

Un privato, proprietario di un terreno insistente nel Piano del Parco nazionale del Cilento, Vallo di Diano e Alburni, sottoposto a tutela paesaggistica, ai sensi dell'art. 142, c. 2, lett. f), del d.lgs. n. 42/2004, chiedeva il rilascio del permesso di costruire per l'edificazione di una residenza turistico-alberghiera, formulando a tal fine anche la domanda di autorizzazione paesaggistica[1]. Il Comune interessato indiceva una conferenza di servizi decisoria in forma semplificata e con modalità asincrona, al fine di

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

acquisire tutti gli atti di assenso, compreso il parere della Soprintendenza competente, nonché il nulla osta dell'Ente Parco nazionale del Cilento, Vallo di Diano e Alburni. Quest'ultimo rilasciava il proprio nulla osta, mentre la Soprintendenza, dopo aver chiesto, in un primo momento, la trasmissione di integrazioni e di chiarimenti, esprimeva, successivamente, un parere negativo. Riattivata ad opera del Comune competente l'istruttoria procedimentale, la Soprintendenza confermava il proprio parere negativo. Da qui seguiva la determina del Comune, con la quale si statuiva che "l'intervento dal punto urbanistico è conforme al PRG e alle norme di attuazione attualmente vigenti e pertanto è assentibile", mentre "il dissenso espresso non era superabile, senza apportare modifiche sostanziali alla decisione oggetto della conferenza così come rappresentato dal parere contrario della Soprintendenza".

Tale decisione veniva impugnata dal soggetto privato interessato e il Tar Campania, Salerno, 4 novembre 2022, n. 2946, accoglieva il ricorso, annullando, pertanto, la determina comunale.

Il giudice di prime cure, innanzi tutto, rilevava la tardività del parere negativo della Soprintendenza, generando, in questo modo, il cd. silenzio assenso orizzontale nell'ambito della conferenza di servizi, ai sensi dell'art. 14 bis, l. n. 241/1990, implicando l'inefficacia del parere medesimo, ai sensi dell'art. 2, c. 8 *bis*, l. n. 241/1990[2]. Pertanto, si osserva che secondo l'art. 17 bis, cit., nell'ambito della conferenza di servizi, gli assensi delle Amministrazioni preposte alla tutela dei cd. interessi sensibili, tra cui la tutela beni culturali e paesaggistici, si intendono acquisiti decorsi 90 giorni dalla richiesta del parere. Allo stesso tempo, gli artt. 22 e 25, d.lgs. n. 42/2004, non si applicano cumulativamente, "la prima norma escludendo", seguendo le parole del giudice campano e le previsioni di legge, "espressamente che il procedimento ivi disciplinato (diffida del privato e ricorso avverso il silenzio inadempimento) possa essere applicato agli atti di assenso resi nelle conferenze di servizi". Nel secondo caso, artt. 25 e 26, d.lgs. n. 42/2004, in tema di conferenza di servizi, i pareri delle Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili si intendono acquisiti decorsi 90 giorni dalla richiesta, ai sensi dell'art. 17 bis, cit. Applicando diversamente la norma, il silenzio della Soprintendenza nell'ambito della conferenza di servizi arrecherebbe un danno al privato e, allo stresso tempo, si andrebbe in contrasto con il dato letterale dell'art. 17 bis, cit., che non troverebbe mai applicazione nell'ambito di una conferenza di servizi in materia di beni culturali, dovendo, anche in questo, il privato impugnare il silenzio inadempimento dell'Amministrazione. In conclusione, "attesa l'inefficacia del parere reso tardivamente dalla Soprintendenza, in ragione dell'intervenuta formazione del silenzio assenso", la determina di conclusione dei lavori del Comune è da reputarsi illegittima.

Il Ministero dei beni culturali propone appello avverso tale decisione e il Consiglio di Stato si pronuncia con la sentenza in esame. Il Ministero sostiene che il silenzio assenso orizzontale, disciplinato dall'art. 17 bis, cit., debba applicarsi esclusivamente nell'ambito dei rapporti tra Amministrazioni e non nell'ambito dell'autorizzazione paesaggistica, inteso dal Ministero come procedimento monostrutturato in cui prevale la volontà di una singola Amministrazione. Pertanto, nella fattispecie in esame,

[2] Si rinvia a Cons. Stato, Sez. V, 21 gennaio 2022, n. 255, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

il parere della Soprintendenza non sarebbe *tamquam non esset*, dovendo il Comune tenerne conto nell'ambito della determinazione inerente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

2. Gli artt. 14 *bis* e 17 *bis*, l. n. 241/1990.

Prima di esaminare la sentenza del Consiglio di Stato, pare opportuno soffermarsi, se pur brevemente, suoi caratteri degli istituti oggetto di contrasto interpretavo, per poi esaminare la loro applicazione nello specifico caso dell'autorizzazione paesaggistica[3].

L'art. 14 bis, cit., dispone che la conferenza di servizi decisoria, art. 14, c. 2, l. n. 241/1990, si svolge in forma semplificata e in modalità asincrona, secondo le modalità previste dall'art. 47 del d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82[4]. La conferenza semplificata è stata considerata in dottrina[5] un ossimoro o una contraddizione in termini, mancando l'esame contestuale degli interessi coinvolti, vero tratto caratterizzante della conferenza di servizi, oltre alla certezza della decisione finale, superando il dissenso, che ha contraddistinto la conferenza di servizi fin dalla l. 24 novembre 2000, n. 340, con la quale il principio dell'unanimità del consenso è stato sostituito con il principio maggioritario.

A conferma di quanto appena detto potremmo considerare quanto disposto dalla legge delega n. 124/2015 e dal successivo decreto delegato, per poter affermare che anche il legislatore non consideri la conferenza simultanea come la vera conferenza di servizi decisoria. Infatti, l'art. 2, c. 1, lett. a), della legge delega, tra i criteri direttivi, fa riferimento alla ridefinizione e riduzione dei casi in cui la convocazione della conferenza dei servizi è obbligatoria, anche in base alla complessità del procedimento. L'art. 14 bis, c. 2, cit., dispone che la conferenza simultanea è indetta dall'Amministrazione procedente entro cinque giorni lavorativi dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal ricevimento della domanda se il procedimento è ad iniziativa di parte. Al contempo, il previgente art. 14, c. 2, cit., prevedeva che la conferenza di servizi fosse sempre indetta qualora l'Amministrazione procedente dovesse acquisire atti di assenso da parte di altre Amministrazioni e non li avesse ottenuti nel termine di 30 giorni dalla richiesta. Pertanto, una volta ricevuti gli atti di assenso, la conferenza di servizi non era più necessaria.

---

[3] Sul tema, v. S. Caggegi, *Funzione del parere di compatibilità paesaggistica e sindacabilità degli atti finalizzati alla tutela ambientale. Nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 21 marzo 2023, n. 2836*, in www.giustiziainsieme.it; G. Delle Cave, *«In interpretatione non fit claritas»: sulla duplice (anzi triplice) esegesi pretoria in materia di silenzio assenso ex art. 17 bis l. n. 241/1990 e parere paesaggistico soprintendizio*, *ivi*; Id., *Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso tra P.A.: un connubio (im)possibile? competenze procedimentali e portata applicativa dell'art. 17 bis l. n. 241/1990*; *ivi*; S. Speranza, *Silenzio assenso tra P.A. e autorizzazione paesaggistica. Le prospettive del Consiglio di Stato (nota a Consiglio di Stato, Sezione Sesta, n. 4098 del 24 maggio 2022)*; *ivi*; F. D'Angelo, *Note in tema di «concerto», «parere vincolante» e «cogestione» di funzioni amministrative*, *ivi*.

[4] Ai sensi dell'art. 47, d.lgs. n. 85/2005, Trasmissione dei documenti tra le pubbliche amministrazioni.

[5] In questi termini, L. De Lucia, *La conferenza di servizi nel d.lgs. 30 giugno 2016 n. 127*, in *Riv. Giur. Urb.*, 201621. *Contra*, S. Battini, *La trasformazione della conferenza di servizi e il sogno di Chuange-Tzu*, in S. Battini (a cura di), *La nuova conferenza di servizi*, Roma, 2016, rileva che "la conferenza semplificata risponde allo scopo di distinguere, secondo il principio di adeguatezza, tipi di conferenze diversi per categorie di decisioni differenti. Per le decisioni più semplici, la conferenza con riunione può rappresentare perfino una soluzione di complicazione, mentre può risultare utile come strumento che della conferenza di servizi tradizionale presenta alcuni tratti, come le istruttorie parallele e il dialogo telematico, ma non la riunione contestuale".

Secondo il dettato attuale, la conferenza semplificata è obbligatoria, ma non è la vera conferenza di servizi, mentre quella simultanea, la vera conferenza di servizi, nel rispetto del criterio di riduzione della legge delega, è diventata residuale e, quindi, limitata ai casi in cui l'Amministrazione procedente debba superare il dissenso espresso da un'altra Amministrazione nel corso della conferenza semplificata, ovvero, qualora sia necessaria per la complessità del provvedimento da adottare.

Un primo profilo di esame, che in modo particolare rileva in questa sede, è il rapporto tra la conferenza di servizi semplificata e il silenzio assenso tra Amministrazioni e tra un'Amministrazione e un gestore di beni o servizi, art. 17 bis, cit.

La legge delega prevede, tra i criteri guida, il coordinamento delle norme inerenti ai due istituti, mentre la relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo ha sintetizzato il tema osservando che "la formulazione della disposizione, art. 14 bis, cit., che fa riferimento a più atti di assenso, chiarisce che ove sia necessario un solo atto di assenso, si applica l'art. 17 bis della stessa l. n. 241/1990"[6]. In realtà, il Cons. Stato, Comm. Spec., n. 1640/2016, nel parere reso in riferimento ad alcuni profili critici dell'art. 17 bis, cit., ha osservato che "la tesi secondo cui l'art. 17 bis trova applicazione nel caso in cui l'Amministrazione procedente debba acquisire l'assenso di una sola Amministrazione, mentre nel caso di assensi di più Amministrazioni opera la conferenza di servizi, rappresenta, in effetti, quella che fornisce il criterio più semplice per la risoluzione dell'apparente sovrapposizione normativa (…). In alternativa, per estendere l'ambito applicativo dell'art. 17 *bis*, cit., in modo che appaia, comunque, compatibile con il suo tenore letterale, si potrebbe sostenere che il silenzio assenso di cui all'art. 17 *bis*, cit., opera sempre, anche nel caso in cui siano previsti assensi di più Amministrazioni e, se si forma, previene la necessità di convocare la conferenza di servizi. Quest'ultima andrebbe convocata, quindi, nei casi in cui il silenzio assenso non si è formato a causa del dissenso espresso dalle Amministrazioni interpellate e avrebbe lo scopo di superare quel dissenso nell'ambito della conferenza appositamente convocata".

Il Consiglio di Stato sembra, così, voler superare la conferenza semplificata, la quale, invece, viene confermata nel testo definitivo e applicata qualora gli atti di assenso siano più di uno, escludendo in questo caso l'applicazione dell'art. 17 *bis*, cit. Infatti, l'art. 14, c. 2, cit., dispone che "la conferenza di servizi decisoria è sempre indetta dall'Amministrazione procedente quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso comunque denominati, resi da diverse amministrazioni, inclusi i gestori di beni o servizi pubblici".

In definitiva, come osservato in dottrina, seguendo un mero criterio quantitativo, gli istituti della conferenza di servizi semplificata e quello dell'art. 17 bis non verrebbero a sovrapporsi, seguendo una modulazione della procedura in relazione alle questioni sostanziali da affrontare: per gli affari più semplici, il silenzio assenso, ex art. 17 bis;

[6] Il criterio strettamente quantitativo è stato sostenuto da P. Marzaro, *Il coordinamento orizzontale tra amministrazioni*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2016, 25. *Contra*, L. De Lucia, *La conferenza di servizi nel d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127*, cit., 21, il quale considera tale distinzione fondarsi "su un labilissimo dato testuale". Si veda, altresì, il parere del Cons. Stato, Comm. Spec., n. 890/2016, con il quale s'invita il governo a chiarire il rapporto tra la conferenza di servizi e l'art. 17 *bis*, cit., "il quale risulta a propria volta finalizzato ad acquisire secondo una particolare modalità ulteriormente semplificata per silentium i medesimi atti di assenso".

per quelli leggermente più complessi, la conferenza semplificata; per quelli di una certa complessità, la conferenza simultanea[7].

Tuttavia, il criterio quantitativo non pare essere l'unico alla base di una netta distinzione tra i due istituti. Si pensi, ad esempio, al differente ambito oggettivo di applicazione. L'art. 17 *bis*, cit., si applica anche all'adozione di provvedimenti amministrativi e provvedimenti normativi, mentre la conferenza di servizi ai soli provvedimenti amministrativi. Inoltre, l'art. 14, c. 2, cit., tra gli assensi da acquisire, menziona i pareri e le intese, esclusi dall'art. 17 bis[8].

La conferenza di servizi e il silenzio assenso tra Amministrazioni troveranno spazio nell'acquisizione di pareri vincolanti per la loro natura decisoria, principio fondamentale che rileva per la sentenza in esame. Al contempo non si applica l'art. 17 bis ai pareri non vincolanti, per i quali, come del resto per le valutazioni tecniche, continuano ad applicarsi le procedure di cui agli artt. 16 e 17, l. n. 241/1990.

L'art. 17 bis, cit., opera, quindi, solo nella fase decisoria, nella fase in cui l'amministrazione procedente, completata l'istruttoria e

---

[7] In questi termini, L. De Lucia, *La conferenza di servizi*, cit., 22. Cfr., altresì, P. Marzaro, *Silenzio assenso tra amministrazioni*, in *www.federalismi.it*, 28, in cui si afferma che "il coordinamento orizzontale tra amministrazioni si muoverà, dunque, lungo una linea che va dalla decisione pluristrutturata più semplice a quella più complessa; dall'art. 17 *bis*, quando il provvedimento richiede l'acquisizione di un solo atto di consenso, e dunque vi sia una sola amministrazione co-decidente, all'art. 14, quando sia coinvolta una pluralità di amministrazioni, accanto a quella procedente". S. Battini, *La trasformazione della conferenza di servizi*, cit., 21, osserva che "la disciplina della conferenza semplificata assorbe e persino sopravanza quella del silenzio assenso fra amministrazioni, introdotto dall'art. 3 della stessa l. n. 124/2015: i due istituti sono sovrapponibili e si coordinano nel senso che l'uno si applica in casi di decisione pluristrutturata con due amministrazioni, l'altro nei casi di decisioni pluristrutturate complesse, che coinvolgono un numero più elevato di amministrazioni".

[8] Sulla necessità di considerare anche le intese tra gli atti di assenso comunque denominati e acquisibili sia con la conferenza di servizi, sia con il silenzio assenso, v. F. Scalia, *Prospettive e profili problematici della nuova conferenza di servizi*, cit., 634, il quale osserva che "non si vedono difficoltà nel comprendere anche le intese tra gli assensi comunque denominati acquisibili con entrambi gli strumenti. Se il silenzio amministrativo è, al pari della conferenza di servizi, uno strumento di coordinamento orizzontale tra amministrazioni codecidenti, esso deve poter operare anche nei rapporti tra Stato e regione e anche quando la norma imponga l'acquisizione dell'intesa di quest'ultima. Ciò salvo che la norma stessa preveda l'unanimità dei consensi (è il caso, ad esempio, dell'accordo di programma disciplinato dall'art. 34 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267), ipotesi in cui l'intesa non è acquisibile tacitamente neanche in sede di conferenza di servizi". *Contra*, L. De Lucia, *La conferenza di servizi*, cit., 21, il quale rileva che per evidenti ragioni costituzionali, l'art. 17 *bis* non menzioni le intese. Ancora, F. Scalia, *Prospettive e profili problematici della nuova conferenza di servizi*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2016, 6, II, 634, rileva che "non paiono condivisibili i rilievi di una possibile illegittimità costituzionale della norma per la sua applicabilità anche a materie di competenza regionale. Invero, a tacer del fatto che tale profilo non è stato colto dalle stesse Regioni, che non hanno impugnato la norma dinanzi alla Corte costituzionale, la legittimità dell'estensione del suo ambito di applicazione alle Regioni ed enti locali è garantita dall'art. 117, c. 2, lett. m), Cost., che attribuisce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni. L'art. 29, c. 2 *ter*, della l. n. 241/1990 riferisce ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, c. 2, lett. *m*) Cost. le disposizioni della legge concernenti la dichiarazione di inizio attività e il silenzio assenso. Il generico richiamo al silenzio assenso non è da ritenersi riferito al solo istituto operante su istanza del privato e disciplinato dall'art. 20 della legge, quanto anche al nuovo istituto operante tra amministrazioni, e ciò sia per il dato letterale (la norma non distingue le due ipotesi oggi disciplinate, sia per il profilo logico- sistematico, essendo entrambi gli istituti informati ai medesimi obiettivi di semplificazione ed accelerazione". Di avviso diverso, E. Scotti, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, in Alb. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2017, 570, la quale rileva "nell'estensione dell'applicazione del nuovo istituto alle amministrazioni regionali e locali un profilo di illegittimità costituzionale, in quanto si determinerebbe così una disciplina generale delle decisioni complesse che supera lo stesso autolimite posto dall'art. 29, c. 1, all'ambito della disciplina della l. n. 241/1990 e che vorrebbe applicarsi universalmente, a prescindere dall'amministrazione coinvolta e a prescindere dalla materia (e dunque, dalla competenza legislativa, statale o regionale coinvolta)". P. Marzaro, *Silenzio assenso tra amministrazioni*, cit., 13, individua il fondamento costituzionale dell'art. 17 *bis* non tanto nell'art. 117, c. 2, lett. *m*) Cost., tramite l'art. 29, c. 2 *ter*, ma piuttosto "direttamente nella giurisprudenza costituzionale in materia di semplificazione, da cui si possono trarre innumerevoli segni circa l'applicabilità dei regimi di semplificazione alla generalità delle amministrazioni pubbliche in quanto attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui alla lett. *m*) dell'art. 117, c. 2, Cost.".

nella quale operano anche gli artt. 16 e 17, cit., propone uno schema di provvedimento ad un'altra Amministrazione, anche preposta alla cura degli interessi sensibili, alla cui inerzia, nei termini di 30 o 90 giorni, segue il silenzio assenso. Invece, la conferenza simultanea, essendo obbligatoria per l'acquisizione di più atti di assenso e dovendo essere convocata nel termine di cinque giorni lavorativi dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal deposito dell'istanza di parte, deve effettuare un'istruttoria completa e in questa devono essere acquisiti anche i pareri meramente consultivi e non vincolanti, oltre alle valutazioni tecniche.

Un altro tratto distintivo della conferenza di servizi semplificata (art. 14 bis) e del silenzio assenso orizzontale (art. 17 bis) è dato dalla disciplina della qualificazione dell'assenso implicito e dalla modalità di superamento del dissenso. Nel primo caso, l'art. 14 bis, c. 3, introduce i requisiti necessari per far valere il dissenso e in assenza dei quali si ha un assenso implicito[9], mentre l'art. 17 bis non menziona qualità specifiche del dissenso, operando così in caso d'inerzia dell'Amministrazione. Inoltre, in riferimento al superamento del dissenso, l'art. 17 bis, c. 2, stando alla lettera della norma, ritiene superabile solo il dissenso tra Amministrazioni statali, nel quale caso, il Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, decide sulle eventuali modifiche da apportare allo schema di provvedimento presentato dall'amministrazione procedente.

Un ulteriore tratto distintivo dei due istituti è dato dal profilo soggettivo della conferenza di servizi simultanea e del silenzio assenso tra amministrazioni. Difatti, l'art. 14 fa riferimento a tutte le Amministrazioni pubbliche, compresi i gestori dei beni e dei servizi pubblici, mentre l'art. 17 *bis*, cit., individuerebbe, come amministrazioni procedenti, le sole Amministrazioni pubbliche, mentre le Amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi sarebbero i soggetti a cui chiedere gli atti di assenso comunque denominati.

Soffermandoci ancora sui caratteri essenziali dell'istituto introdotto dall'art. 17 *bis*, cit., possiamo dire che è un silenzio assenso endoprocedimentale, con effetti all'interno di un procedimento amministrativo, "come fatto equivalente alla valutazione, da parte delle autorità interpellate, circa la sussistenza di elementi contrari all'adozione e al contenuto del provvedimento prospettato dall'autorità decidente"[10].

Tale silenzio si differenzia, pertanto, da quello 'provvedimentale' operante per l'inerzia dell'Amministrazione nei procedimenti ad istanza di parte, nei quali, allo scadere del termine per la conclusione

[9] Ai sensi dell'art. 14 *bis*, c. 3, cit., "entro il termine di cui al c. 2, lett. c), le amministrazioni coinvolte rendono le proprie determinazioni, relative alla decisione oggetto della conferenza. Tali determinazioni, congruamente motivate, sono formulate in termini di assenso o dissenso e indicano, ove possibile, le modifiche eventualmente necessarie ai fini dell'assenso. Le prescrizioni o condizioni eventualmente indicate ai fini dell'assenso o del superamento del dissenso sono espresse in modo chiaro e analitico e specificano se sono relative a un vincolo derivante da una disposizione normativa o da un atto amministrativo generale ovvero discrezionalmente apposte per la migliore tutela dell'interesse pubblico". Cfr. TAR Sardegna, Sez. II, 22 gennaio 2019, n. 38, in *Foro amm.*, 2019, 1, 186, in cui si afferma che "l'espressione – attraverso la relazione dell"autorità (regionale o, in subdelega, comunale) chiamata *ex* art. 146, c. 5, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 alla cogestione della tutela paesaggistica delle aree soggetta a tutela – di un motivato parere negativo, in ordine alla possibilità del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, implica l'impossibilità di qualificare come silenzio assenso la mancata partecipazione del Ministero alla conferenza di servizi convocata per definire la domanda autorizzatoria".

[10] In questi termini, v. G. Sciullo, Legge Madia e amministrazione del patrimonio culturale: una prima lettura, in *Aedon*, 2015, 3, che richiama G. Falcon, Lezioni di diritto amministrativo, Padova, 2013, 112.

del procedimento, il privato ottiene l'effetto utile previsto dalla norma di riferimento, rispondendo in questo modo, tale istituto, alle istanze di liberalizzazione delle attività economiche private[11]. Questa conseguenza all'inerzia dell'Amministrazione, applicata al rapporto verticale amministrazione/privato, da cui dobbiamo distinguere, ai sensi dell'art. 17 bis, cit., il silenzio applicato al rapporto orizzontale tra amministrazioni, è disciplinata ancora oggi dall'art. 20, l. n. 241/1990, il quale, tra le sue specificità, contempla al c. 4 l'espressa esclusione del silenzio assenso nei procedimenti ad istanza di parte riguardanti i cd. interessi sensibili, tra cui la tutela dei beni culturali, ai quali, invece, come si è detto, l'art. 17 *bis*, c. 3, cit., applica il silenzio assenso tra Amministrazioni[12].

La differenza tra l'art. 17 bis e l'art. 20, c. 4, cit., permane, almeno formalmente, e da qui sono scaturiti nella giurisprudenza amministrativa i dubbi interpretativi sulla compatibilità dei due articoli in una visione di sistema[13].

[11] Sul punto, F. Merusi, *Metamorfosi dell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. amm.*, 2015, 579 ss., afferma che "il silenzio assenso s'ispira a una logica di semplificazione della macchina amministrativa, ma la sua applicazione, secondo gli intenti del legislatore, serve a muover l'economia".

[12] Sul tema, si è espresso subito, in modo critico, sull'art. 17 *bis*, cit., F. de Leonardis, *Il silenzio assenso in materia ambientale*, in *www.federalismi.it*, 2015, sostenendo che sarebbe in atto "una vera e propria fuga in avanti in quella che si potrebbe definire la guerra di logoramento degli interessi sensibili che vengono sempre parificati a quelli ordinari". *Contra*, G. Vesperini, *Le norme generali sulla semplificazione*, in *La riforma della pubblica amministrazione*, in *Gior. dir. amm.*, 2015, 5, 629 ss., definisce la semplificazione come uno dei princìpi chiave della Riforma Madia e 'la riduzione del regime speciale riservato ai cd. interessi sensibili' momento fondamentale attraverso il quale si realizza tale principio. Sulle difficoltà di contemperamento tra la disciplina del silenzio assenso previsto dall'art. 17 *bis* e quello previsto dall'art. 20, l. n. 241/1990, si vedano anche le osservazioni di F. de Leonardis, *Il silenzio-assenso in materia ambientale*, cit., 4 ss.; P. Marzaro, *Certezze e incertezze*, in *www.giustamm.it*, 7 ss. e F. Scalia, *Il silenzio assenso*, cit., 15. Il problema delle incongruenze nell'individuazione degli interessi sottoposti a una disciplina differenziata, rispettivamente, nell'art. 17 *bis* e nell'art. 20 cit. è evidenziato da M.A. Sandulli, *Gli effetti diretti, della l. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche*, in *www.federalismi.it*, 2015, 5. Allo stesso tempo, F. Scalia, *Il silenzio assenso*, cit., osserva che "la norma non introduce nulla di nuovo quanto al profilo dell'intensità della tutela degli interessi sensibili e anzi, letta insieme alla norma di delega legislativa in materia di silenzio assenso, contenuta nella stessa l. n. 124/2015, art. 5, può rappresentare l'occasione per ricondurre in ambito di coerenza costituzionale la normativa già vigente in tema di silenzio in materia ambientale". L'art. 5, l. n. 124/2015, ha delegato il Governo ad adottare, entro dodici mesi "uno o più decreti legislativi per la precisa individuazione dei procedimenti oggetto di segnalazione certificata di inizio attività o di silenzio assenso, ai sensi degli artt. 19 e 20 della l. n. 241/1990". L'A., inoltre, sottolinea che "l'esame della disciplina della conferenza di servizi consente di affermare che almeno dal 2010 il meccanismo del silenzio assenso opera nel nostro ordinamento come strumento di acquisizione di atti di assenso anche nelle materie sensibili. Il d.l. n. 78/2010, conv. in l. n. 122/2010, è intervenuto sugli artt. 14 ter e 14 quater della l. n. 241/1990, recanti rispettivamente la disciplina dei lavori della conferenza di servizi e gli effetti dei dissensi espressi in seno alla stessa. All'esito di tale intervento l'art. 14 ter prevede che 'si considera acquisito l'assenso dell'amministrazione, ivi comprese quelle preposte alla tutela della salute e della pubblica incolumità, alla tutela paesaggistico-territoriale e alla tutela ambientale, esclusi i provvedimenti in materia di VIA, VAS e AIA, il cui rappresentante, all'esito dei lavori della conferenza, non abbia espresso definitivamente la volontà dell'amministrazione rappresentata'. Tale innovazione, quindi, estende l'ipotesi di silenzio assenso, prevista dal testo originario del c. 7, alle amministrazioni portatrici di interessi sensibili, le quali potranno esprime il loro dissenso solo in conferenza, pena altrimenti il considerarsi acquisito il relativo atto di assenso". Un rimedio analogo è previsto anche da altre norme di settore. Ad esempio nei procedimenti affidati allo Sportello unico attività produttive si prescinde dall'applicazione del silenzio assenso disponendo che "in caso di mancato ricorso per le altre amministrazioni per pronunciarsi sulle questioni di loro competenza, l'amministrazione procedente conclude in ogni caso il procedimento prescindendo dal loro avviso; in tal caso, salvo il caso di omessa richiesta dell'avviso, il responsabile del procedimento non può essere chiamato a rispondere degli eventuali danni derivanti dalla mancata emissione degli avvisi medesimi". Art. 38, c. 3, lett. *b*), d.l. n. 112/2008 conv. in l. n. 133/2008, art. 1, c. 1, a cui fa riferimento l'art. 7, c. 3, d.p.r. n. 160/2010.

[13] M. Bombardelli, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, in *Urb. e app.*, 2016, 765, rileva che "le disposizioni sul silenzio assenso tra amministrazioni non vanno direttamente a modificare la disciplina d'istituti già esistenti. Tuttavia, esse alimentano l'instabilità del quadro normativo perché calano in un contesto già fortemente strutturato – quello appunto degli strumenti di semplificazione di cui al Capo IV, l. n. 241/1990 – delle opzioni

Il silenzio endoprocedimentale e quello provvedimentale sollevano un altro profilo critico legato alla ratio stessa dei due istituti. Infatti, se in entrambi i casi si vogliono perseguire esigenze di semplificazione, con i rischi annessi, allo stesso tempo il silenzio provvedimentale deve garantire un equilibrio e un bilanciamento tra la tutela dell'interesse pubblico e quello del privato cui si lega un legittimo affidamento. In quello endoprocedimentale, invece, l'equilibrio da cercare è tra la tutela di diversi interessi pubblici, il principio di legalità, il principio delle competenze e quello della leale collaborazione tra Amministrazioni e non tanto l'istituto del silenzio in quanto tale, ma la sua generalizzazione tra Amministrazioni solleva qualche dubbio sulla realizzazione di tale equilibrio. Come del resto ha sollevato qualche dubbio, per rimanere nell'ambito della necessità di un coordinamento tra Amministrazioni, soprattutto nella tutela dei beni culturali, ma non solo, il rapporto tra il silenzio assenso tra Amministrazioni e la conferenza di servizi, di cui si è già detto, come strumento di semplificazione amministrativa da impiegare nei procedimenti a struttura complessa e nei procedimenti collegati. Non a caso, la delega per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, *ex* art. 2, l. n. 124/2015, indica tra i princìpi e i criteri direttivi per il legislatore delegato "il coordinamento delle disposizioni in materia di conferenza di servizi con quelle dell'art. 17 *bis*".

La rilevanza dell'art. 17 bis, cit., e i profili critici derivanti da importanti dubbi interpretativi del medesimo per problemi di coordinamento e di sovrapposizione fra gli interventi dell'Amministrazione, a causa della sua non piena sincronizzazione con gli altri strumenti già presenti, hanno prodotto la formulazione di un quesito da parte della Presidenza del Consiglio, Ufficio legislativo del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, a seguito del quale è stato reso il parere n. 1640/2016, della Commissione speciale del Consiglio di Stato, appositamente istituita[14], parere diventato centrale anche nelle argomentazioni della sentenza in esame.

La Commissione ha, innanzitutto, sottolineato la portata sistemica e il valore di principio del silenzio assenso tra Amministrazioni, paragonandolo per la sua portata di principio generale alle modifiche introdotte dalla l. n. 124/2015 all'art. 21 *nonies*, l. n. 241/1990, in tema di annullamento d'ufficio[15] e in particolare in riferimento al termine di 18 mesi entro il quale poter intervenire da parte dell'amministrazione in autotutela. Infatti, secondo la Commissione, come sono stati posti limiti temporali all'esercizio del potere pubblico allo scopo di dare certezza ai rapporti tra l'amministrazione e i cittadini, consolidando le situazioni giuridiche soggettive di questi ultimi, allo stesso tempo la generalizzazione del silenzio assenso tra amministrazioni rappresenterebbe

interpretative non pienamente coerenti, che creano incertezza per le amministrazioni chiamate ad applicarle e per alcuni aspetti introducono anche dei vincoli contrastanti con la disciplina di altri strumenti di semplificazione". Il problema della collocazione dell'art. 17 *bis*, cit., in un sistema normativo complesso è stato affrontato da P. Marzaro, *Coordinamento tra Amministrazioni*, cit., 6 ss., con riferimento alle difficoltà di coordinamento tra le previsioni in materia di silenzio assenso di cui all'art. 17 *bis*, cit., e le regole settoriali come quelle previste nel Testo Unico dell'edilizia, nella disciplina dello Sportello unico per le attività produttive o nel rilascio dell'autorizzazione paesaggistica di cui art. 146, d.lgs. n. 42/2004.

[14] C. Vitale, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: il parere del Consiglio di Stato*, in *Gior. dir. amm.*, 2017, 1, 95.

[15] Sul tema, v. M.A. Sandulli, *Gli effetti della 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, cit.

un secondo principio generale da applicare ai rapporti tra Amministrazioni nei casi in cui il procedimento debba concludersi con una decisione pluristrutturata[16], nella quale, *ex lege*, il provvedimento finale dell'amministrazione procedente deve essere preceduto da un assenso vincolante di un'Altra amministrazione che assumerebbe, in tale procedimento amministrativo, il ruolo di codecisore.

Nel definire la portata generale di tale nuovo paradigma, la Commissione speciale ha enunciato tre fondamenti: uno costituzionale, uno di sistema e uno europeo.

Per il primo, il principale fondamento costituzionale dell'art. 17 *bis*, cit., è individuato nel principio del buon andamento, *ex* art. 97, c. 2, Cost.[17], letto in un'ottica moderna, volto a tutelare, attraverso una conclusione tempestiva dei procedimenti, "il primato dei diritti della persona, dell'impresa e dell'operatore economico rispetto a qualsiasi forma di dirigismo burocratico"[18] e a qualificare l'attività amministrativa come prestazione che deve soddisfare i diritti civili e sociali, *ex* art. 117, c. 2, lett. m), Cost.[19].

In riferimento al secondo, il silenzio assenso tra Amministrazioni attua il principio di trasparenza, a sua volta declinazione del principio della buona amministrazione[20],

[16] Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 7 giugno 2019, n. 3099, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si afferma che "a seguito dell'introduzione della disciplina contenuta nell'art. 17 *bis*, cit., viene in rilievo un'ipotesi di silenzio assenso orizzontale tra amministrazioni, connesso al decorso dello speciale termine di novanta giorni, da ritenersi applicabile alla fattispecie in quanto riferita (anche) alle autorizzazioni paesaggistiche – procedimento caratterizzato da una fase decisoria pluristrutturata, subordinata ad acquisire un parere vincolante".

[17] Il buon andamento è un principio costituzionale "cardine della vita amministrativa e quindi condizione dello svolgimento ordinato della vita sociale" (Corte. cost. 9 dicembre 1968, n. 123, in *www.giurcost.org*), consacrato dall'art. 97, c. 2, Cost., che "coincide con l'esigenza dell'ottimale funzionamento della pubblica amministrazione, tanto sul piano dell'organizzazione quanto su quello della sua attività" (V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2023, 163). Il buon andamento si traduce nell'esigenza di un'amministrazione che sia efficace, efficiente ed economica, criteri enunciati dall'art. 1, l. n. 241/1990, e che costituiscono parametri giuridici dell'attività e dell'organizzazione amministrativa (E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, 2023, 56 s.; G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 158; M.R. Spasiano, *I princìpi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2019, 117 ss.). L'efficacia esprime il rapporto tra obiettivi programmati e obiettivi/risultati raggiunti; l'efficienza indica il rapporto tra risultati/obiettivi raggiunti e risorse impiegate per raggiungerli; infine, l'economicità implica l'ottimale impiego di risorse (di persone e mezzi) da acquisire per il perseguimento dell'interesse pubblico. Per una disamina sul tema, cfr. A. Andreani, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979; A. Police, *Princìpi generali dell'azione amministrativa*, in M.R. Spasiano, D. Corletto, M. Gola, D.U. Galetta, A. Police, C. Cacciavillani (a cura di), *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Milano, 2012, 73 ss.; R. Caridà, *Princìpi costituzionali e pubblica amministrazione*, 2014, in *www.giurcost.org*; M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023, 47.

[18] Ad una prima lettura dell'art. 17 *bis*, cit., si è percepito che il nuovo silenzio assenso fosse un istituto per superare il costante veto delle Sovrintendenze. Sul tema annoso, cfr. P. Marzaro, *Autorizzazioni paesaggistiche: sta per tramontare il veto della sovrintendenza*, in *Edilizia e territorio*, 2009, 10 ss.; Id., *L'amministrazione del paesaggio. Profili critici ricostruttivi di un sistema complesso*, Torino, 2009, *passim*.

[19] Sul punto, v. Corte cost. 9 maggio 2014, n. 121, in *Giur. cost.*, 2014, 2118.

[20] Sul diritto alla buona amministrazione e le sue declinazioni, v. C. Celone, *Il diritto alla buona amministrazione tra ordinamento europeo e italiano*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, 3, 669 ss., e dottrina e giurisprudenza ivi citata; A. Police, *Princìpi e azione amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2022, 214; F. Manganaro, *Trasparenza e obblighi di pubblicazione*, in *Nuove Autonomie*, 2014, 3, 561; 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, 17-18; M. Immordino, *Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e brasiliano. Relazione introduttiva*, in *Nuove Autonomie*, 2014, 3, 395 ss.; A. Contieri, *Trasparenza e accesso civico*, ivi, 569, 576; A. Zito, *Il 'diritto ad una buona amministrazione' nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, 431. Cfr., inoltre, M.R. Spasiano, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in *Nuove Autonomie*, 2015, 1, 65 ss., il quale osserva come la trasparenza amministrativa imponga scelte precise a livello organizzativo e funzionale, ma ancora prima a carattere

alla cui attuazione darebbe un importante contributo "l'introduzione di rimedi di semplificazione dissuasivi e stigmatizzanti il silenzio"[21].

L'ulteriore fondamento è, secondo la Commissione speciale, da rinvenirsi nel diritto europeo, in un principio desumibile dalla cd. direttiva Bolkestein (2006/123/CE, definita dalla stessa Commissione microcosmo per sottolinearne la specificità dell'oggetto), la quale, allo scopo di prevenire gli effetti negativi dell'incertezza sul mercato, ha limitato i casi in cui un'attività possa essere sottoposta ad autorizzazione e ha introdotto il principio della tacita autorizzazione, sostenendo "come anche in ambito europeo sia sempre più avvertita l'esigenza di introdurre rimedi semplificanti per neutralizzare gli effetti negativi dell'inerzia dell'amministrazione". In realtà, se la direttiva Bolkestein rappresenta appunto un microcosmo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, come del resto quella della Corte costituzionale, ha tradizionalmente espresso un orientamento contrario nei confronti di una tipizzazione del silenzio assenso in luogo del provvedimento espresso.

L'art. 17 *bis*, cit., come si diceva, dispone che l'assenso deve intendersi acquisito qualora l'Amministrazione codecidente sia rimasta inerte per 30 giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione procedente. In tal modo, s'inserisce un termine unico, per così dire ordinario, che va a determinare e a delimitare i tempi dell'azione amministrativa, prevalendo su termini diversi disposti dalla normativa vigente, a eccezione di quanto disposto dal c. 3 del medesimo articolo, che introduce esso stesso un termine diverso, di 90 giorni, per gli atti di assenso delle amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili. Il termine di 30 giorni è suscettibile di un'unica interruzione, qualora, nel medesimo termine, vengano manifestate esigenze istruttorie o motivate richieste di modifica, provando in questo modo, a mio parere, che l'istruttoria procedimentale non possa essere considerata completa e conclusa solo a seguito della decisione presa dall'amministrazione procedente, necessitando, di contro, che l'istruttoria debba essere considerata completa e conclusa anche da parte dell'amministrazione a cui sia stato richiesto l'assenso comunque denominato.

---

culturale, che presuppongono, tra l'altro, la loro comprensibilità, la predisposizione di forme di partecipazione a monte delle stesse, la chiarezza, la qualità e la semplicità dell'informazione, la certezza dei tempi, l'effettivo esercizio delle funzioni amministrative con l'abbandono delle diverse forme di silenzio (73-74). La valorizzazione del modello partecipativo differenzia, tra l'altro, secondo l'A., l'accezione di trasparenza che emerge dall'art. 1 del d.lgs. n. 33/2013, prima citato, da quella che si ricava dall'art. 11 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), poiché la norma europea prospetta un principio fondato più sulla partecipazione che sull'accessibilità, in quanto imperniato sul dialogo e sulla consultazione preventiva, da parte degli organi dell'Unione, delle associazioni rappresentative e della società civile (64). L'esigenza di sviluppare la dimensione partecipativa della trasparenza viene tuttavia avvertita anche dal legislatore italiano, che, nel 2016, con la modifica all'art. 1, c. 1, del predetto decreto, ha voluto precisare come la trasparenza serva anche a promuovere la partecipazione dei soggetti interessati all'attività amministrativa. Il principio di imparzialità è uno dei princìpi che presiedono l'attività amministrativa, art. 1, cit. Il principio in parola trova fondamento costituzionale nell'art. 97, c. 2, Cost. ed è richiamato dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali UE e consiste nel divieto, rivolto alle amministrazioni di operare discriminazioni e favoritismi durante l'esercizio della loro attività. Il principio d'imparzialità è, pertanto, posto a garanzia della parità di trattamento e dell'eguaglianza dei cittadini di fronte all'amministrazione, in ossequio al generale principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. Per un approfondimento, per tutti si rinvia a M.R. Spasiano, *Princìpi generali dell'attività amministrativa*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 117 ss., e dottrina e giurisprudenza ivi indicata.

[21] M.A. Sandulli, *Conclusioni di un dibattito sul principio della certezza delle regole*, in F. Francario, M.A. Sandulli (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, 2018, 305, osserva che "l'incertezza del diritto amministrativo e, a maggior ragione, nel diritto processuale amministrativo, è sempre molto grave perché lede il diritto alla buona amministrazione".

Qualora, pertanto, non lo fosse, l'assenso, il concerto o il nulla osta dovranno essere comunicati nei 30 giorni successivi alla ricezione degli elementi istruttori o dello schema di provvedimento. Decorso tale ulteriore termine, entra in gioco il nuovo meccanismo di semplificazione: l'amministrazione codecidente non potrà più esprimere il proprio dissenso e così l'inerzia viene "sanzionata", come espressamente e significativamente scritto dalla Commissione speciale nel parere citato, e l'equipollenza del silenzio con il provvedimento espresso favorevole diventa il rimedio nei confronti della natura patologica dell'inerzia dell'amministrazione.

Sempre in riferimento al termine, per i procedimenti relativi alla tutela degli interessi sensibili, come si diceva, l'art. 17 *bis*, c. 3, fissa un termine più di lungo, di 90 giorni, per la formazione del silenzio, pur facendo salvo, contestualmente, un termine ancora diverso, previsto per le discipline di settore.

L'utilizzo dell'aggettivo diverso, nella sua genericità e in assenza di ulteriori specificazioni, lascia intendere che il termine per la formazione del silenzio possa essere più lungo, ma anche più breve di 90 giorni, come è il caso del termine di 45 giorni, previsto dall'art. 146, d.lgs. n. 42/2004[22], riducendo drasticamente, in questo caso, la differente tutela prevista dall'art. 17 *bis*, cit., tra interessi ordinari e interessi sensibili[23].

[22] L'art. 146, d.lgs. n. 146/2004 dispone che sull'istanza di autorizzazione paesaggistica è competente la regione, dopo aver acquisito, su una proposta di provvedimento, il parere vincolante del soprintendente ai sensi del c. 5. Quest'ultimo deve pronunciarsi sulla compatibilità paesaggistica dell'intervento progettato entro 45 giorni, c. 8. Il c. 9 dell'art. 146, così come modificato dall'art. 25, d.l. n. 133/2014, cd. Sblocca Italia, dispone che "in ogni caso, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente, l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione". Non si tratta di ipotesi di silenzio assenso, ma di silenzio devolutivo, in quanto la norma riconduce al decorso del termine, non il formarsi di un assenso tacito, ma l'onere per l'amministrazione procedente di provvedere pur senza il parere vincolante che il soprintendente non ha reso nei termini. Si pone così un problema di compatibilità tra questa disposizione, l'art. 16 e l'art. 17 *bis*, cit. Quello previsto dall'art. 146 è da considerarsi un parere vincolante e come tale escluso dall'applicazione dell'art. 16 e da ricomprendere, invece, tra gli assensi comunque denominati di cui all'art. 17 *bis*, cit. Sul tema, V. Parisio, *L'attività consultiva*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 708, osserva che "ricomprendere i pareri vincolanti nella sfera di operatività dell'art. 16 condurrebbe ad un'insanabile contraddizione logica, in quanto un parere definito dalla legge come vincolante finirebbe di fatto con perdere tale sua qualificazione se si riconoscesse all'amministrazione attiva la possibilità di prescinderne". Inoltre, v. M.S. Giannini, *Diritti amministrativo*, II, Milano, 1988, 565, in cui si afferma che "i pareri vincolanti non sono pareri, ma atti di decisione". Critico sull'applicazione del silenzio assenso in materia di beni culturali, P. Carpentieri, *Beni culturali. Semplificazione e tutela del patrimonio culturale*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2012, il quale afferma che "il silenzio assenso postula la dispensabilità del controllo e la disponibilità dei beni interessi coinvolti, mentre la tutela è lo spazio dell'indispensabilità e della indisponibilità. La Corte costituzionale ha ripetutamente affermato che per il profilo paesaggistico opera il principio fondamentale risultante da una serie di norme in materia ambientale, della necessità della pronuncia esplicita, mentre il silenzio dell'amministrazione preposta al vincolo ambientale non può avere valore di assenso".

[23] Sul d.lgs. n. 42/2004, cd. Codice dei beni culturali e del paesaggio, con particolare riferimento all'art. 146, v. M.R. Spasiano, *Commento all'art. 146*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019, 1321, il quale condivisibilmente osserva che "l'ambito di applicazione e i notevoli benefici in termini di celerità e semplificazione della procedura sono senza dubbio da salutare positivamente, nella misura in cui rappresentano l'esito di un corretto bilanciamento tra i diversi interessi pubblici e privati coinvolti, in una prospettiva di razionalizzazione della disciplina paesaggistica, lontana da approcci assolutizzanti". Cfr., inoltre, sulla semplificazione in tema di patrimonio culturale, M. Sinisi, *L'autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione (D.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31): la 'questione aperta' del rapporto tra semplificazione amministrativa e tutela del paesaggio*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 4, 235 ss.; S. Amorosino, *Il nuovo regolamento di liberalizzazione e di semplificazione delle autorizzazioni paesaggistiche (d.P.R. n. 31 del 2017)*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 174 ss.; P. Marzaro, *Autorizzazione paesaggistica semplificata e procedimenti connessi*, ivi, 2017, 220 ss.; G. Mari, *La rilevanza della disciplina del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche nei procedimenti relativi a titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizia: considerazioni a margine di una recente Circolare del MIBACT*, in *Riv. giur. edil.* 2016, 61 ss.; E. Zampetti, *La disciplina dell'autorizzazione paesaggistica tra esigenze di semplificazione e garanzie costituzionali*, in *Nuove autonomie*, 2014, 316. In

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione soggettivo, l'art. 17 *bis*, cit., si applica a tutte le pubbliche amministrazioni, regioni ed enti locali compresi, come ribadito nel parere n. 1640/2016, cit.

Difatti, la disciplina del silenzio assenso è da ricondurre alla potestà legislativa esclusiva dello Stato attinente ai livelli essenziali delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. m), Cost.[24]. Inoltre, in riferimento a questi ultimi, l'art. 29, c. 2 *ter*, l. n. 241/1990, nel ricondurre anche le disposizioni della legge sul procedimento sul silenzio assenso ai livelli essenziali delle prestazioni, non distingue il silenzio endoprocedimentale e quello provvedimentale, anche perché, pur nella diversità strutturale dell'art. 17 *bis* e dell'art. 20, cit., in entrambi i casi l'obiettivo, almeno negli intenti, è quello della semplificazione e dell'accelerazione dell'azione amministrativa.

Sempre nell'ambito soggettivo di applicazione, devono essere considerate le Regioni a Statuto speciale, le Province autonome di Trento e Bolzano[25], le Autorità indipendenti, in virtù della natura amministrativa loro riconosciuta[26], nonché gli organi politici, sia nella qualità di organo procedente, sia in quella di organo che deve esprimere un assenso comunque denominato. In questo caso, si potrebbe porre un problema in ordine alla modalità di composizione del disaccordo, di cui all'art. 17 *bis*, c. 2, in caso d'inerzia dell'organo politico, che si aggiunge alle perplessità anche nei confronti della stessa scelta di affidare a un organo politico, come avviene già per la conferenza di servizi, la composizione amministrativa definitiva degli interessi da tutelare in caso di dissenso di un'amministrazione: scelta ancor più critica se si tratta d'interessi sensibili per l'alto profilo tecnico sotteso, in violazione del principio della separazione dell'indirizzo politico dall'attività di gestione amministrativa.

Quanto ai gestori di beni o servizi pubblici, ultimando con l'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 17 *bis*, il richiamo sembrerebbe indicare l'applicazione del silenzio assenso ai casi in cui essi siano chiamati a rendere un atto di assenso comunque denominato, e non a quelli in cui gli stessi quali amministrazioni procedenti che necessitino di un assenso per concludere

giurisprudenza, sull'applicazione del silenzio assenso all'art. 146, d.lgs. n. 42/2004, v. TAR Sardegna, Sez. II, 8 giugno 2017, n. 394, in *Rivi. giur. edil.*, 2017, 3, 759, nota di A. Del Prete, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: profili critici e problematici*, *ivi*, 2018, 3, I, 705. Il TAR Sardegna afferma che "dal momento che il nuovo silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche di cui all'art. 17 *bis*, l. n. 241/1990, si applica anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi concreti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche il pare vincolante riservato alla soprintendenza dal c. 5 dell'art. 146, d.lgs. n. 42 del 2004, s'intende formato per silentium, decorso il termine di 90 giorni dalla ricezione della relazione tecnica istruttoria predisposta dalla regione contenente una proposta di provvedimento". In termini simili, cfr. TAR Abruzzo, 10 maggio 2018, n. 153, in www.giustizia-amministrativa.it.

[24] Sul punto, v. Corte cost., 27 giugno 2012, n. 164, in Giur. cost., 2012, 2233, in cui si afferma che "l'art. 117, c. 2, lett. m), Cost., permette una restrizione dell'autonomia legislativa delle Regioni, giustificata dallo scopo di assicurare un livello uniforme di godimento dei diritti civili e sociali tutelati dalla stessa Costituzione (…). Inoltre, l'attività amministrativa può assurgere alla qualifica di 'prestazione' della quale lo Stato è competente a fissare un livello essenziale a fronte di uno specifico diritto di individui, imprese, operatori economici e, in genere, soggetti privati".

[25] Sul punto, v. Corte cost. 20 luglio 2012, n. 203, in *Giur. cost.*, 2012, 2966; Id., 24 luglio 2012, n. 207, ivi, 2012, 3017.

[26] La Commissione speciale citata osserva "il termine di 30 giorni per rendere o ricevere l'assenso da parte delle autorità amministrative indipendenti ed il silenzio assenso non trovano applicazione esclusivamente quando una norma speciale preveda un diverso meccanismo di coordinamento o una disciplina incompatibile con il silenzio significativo, in base al principio di specialità". Il riferimento è, ad esempio, all'art. 5, c. 5 *bis*, d.lgs. n. 58/1998, che esclude l'applicazione del silenzio assenso nei rapporti tra la Banca d'Italia e la Consob.

un proprio procedimento. Sul punto, il parere n. 1640/2016, cit., della Commissione speciale ha seguito un orientamento estensivo, equiparando i gestori alle amministrazioni, negli ambiti e nei limiti in cui la loro attività sia procedimentalizzata[27].

Passando all'ambito di applicazione oggettivo, l'art. 17 *bis*, si applica espressamente ai procedimenti diretti all'adozione di provvedimenti non solo amministrativi, ma anche quelli normativi di competenza delle amministrazioni. In questo ambito, tuttavia, la questione più significativa e critica attiene all'applicabilità o meno dell'istituto anche nei casi in cui sia prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati da parte di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o della salute dei cittadini[28].

In riferimento a questi interessi, l'art. 17 *bis*, c. 3, cit., introduce, come si diceva, una disciplina diversa rispetto a quella prevista dall'art. 20, c. 4, cit., il quale continua a regolare, pur dopo l'introduzione dell'art. 17 *bis*, il silenzio assenso dell'Amministrazione procedente a seguito di un'istanza di parte, il cui c. 4, esclude la generalizzazione del silenzio assenso, come disposto dall'art. 20, c. 1, nei procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggio, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità[29].

L'estensione del silenzio assenso endoprocedimentale agli interessi sensibili solleva una serie di profili critici cui la Commissione speciale, con il parere n. 1640/2016, ha cercato di dare una risposta, trovando un'adesione completa dalla sentenza in esame.

Il riferimento è, innanzi tutto, alla necessità di coordinamento tra l'art. 17 *bis* e gli artt. 16 e 17, cit., nonché al rapporto tra il silenzio assenso tra Amministrazioni e il silenzio che si produce nell'ambito della conferenza di servizi. Non meno di rilievo è la necessità di coordinamento, come si diceva, tra l'art. 17 *bis*, l'art. 20, c. 4, cit., e l'art. 146, d.lgs. n. 42/2004 in tema di beni culturali, oltre alle implicazioni dell'applicazione dell'art. 17 *bis* al medesimo decreto legislativo. Il tutto inserito, come già si è detto, in un orientamento generale della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia UE contrario all'applicazione all'inerzia dell'amministrazione del rimedio preventivo e generalizzato del silenzio assenso quando gli interessi coinvolti siano di rango primario e tra questi figurano di certo gli interessi ambientali.

[27] La Commissione speciale del Consiglio di Stato si è spinta oltre includendo nell'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 17 *bis*, cit., anche le società in house quando siano titolari di procedimenti amministrativi, data "l'assenza di un rapporto di alterità soggettiva con l'ente pubblico di riferimento".

[28] V. Parisio, *Interessi 'forti' e interessi 'deboli': la natura degli interessi come limite alla semplificazione del procedimento amministrativo nella legge 7 agosto 1990 n. 241*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 4, 839. Di semplificazioni 'prudenti' parla M. Renna, *Le semplificazioni amministrative (nel decreto legislativo n. 152 del 2006)*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 5, 649.

[29] M.A. Sandulli, *Gli effetti della 7 agosto 2015 l. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, cit., afferma che "nonostante la carenza fosse stata espressamente rimarcata in sede di audizione, la medesima deroga temporale non è prevista per gli assensi delle amministrazioni preposte alla difesa e alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza. Dal momento che si tratta d'interessi sicuramente non meno rilevanti di quelli considerati dal c. 3, è da ritenere che l'omissione non sia voluta ed è auspicabile che la disposizione sia sollecitamente integrata".

3. Il silenzio assenso orizzontale e l'art. 146, d.lgs. n. 42/2004 nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 8610/2023.

In un primo quadro legislativo così delineato, il Consiglio di Stato, con la sentenza in esame, è chiamato a pronunciarsi sull'applicabilità del cd. silenzio assenso orizzontale agli atti di tutela dei cd. interessi sensibili, nello specifico al parere paesaggistico reso tardivamente nell'ambito di una conferenza di servizi, ai sensi dell'art. 14 *bis*, cit. Tale questione, oggetto di contrasto interpretativo e di ampio dibattito dottrinale, è strettamente correlata, come già si è detto, con l'applicabilità o meno dell'art. 17 *bis*, cit., al procedimento di autorizzazione paesaggistica[30].

Il giudice d'appello ricostruisce il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

Prima della riforma introdotta dalla l n. 124/2015[31], l'art. 146, d.lgs. n. 42/2004, prevedeva che l'Amministrazione competente, il Comune a seguito della delega della Regione, doveva provvedere sulla domanda del privato nel termine di 60 giorni, dopo aver acquisito il parere della Soprintendenza da rendere nel termine di 45 giorni dalla ricezione degli atti. Decorso inutilmente tale termine, il Comune doveva provvedere sulla domanda anche senza l'acquisizione del parere della Soprintendenza, la quale poteva comunque intervenire tardivamente fino alla conclusione formale del procedimento di autorizzazione paesaggistica. In tale fattispecie, il silenzio della Soprintendenza era da configurare come silenzio devolutivo e, pertanto, l'autorizzazione paesaggistica veniva imputata al Comune che l'aveva rilasciata.

La l. n. 124/2015 ha mutato radicalmente questa impostazione tradizionale, ripensando e modificando profondamente l'attenuazione dell'applicazione dei procedimenti di semplificazione qualora siano coinvolti interessi cd. sensibili[32]. Pertanto, proponendo

[30] A sostegno della conclusione per cui le disposizioni di cui agli artt. 14 *bis* e 17 *bis* sono animate da un'analoga ragione giustificatrice, merita di essere richiamata la decisione della Corte cost. n. 246/2018 nella quale è stato chiarito che l'art. 17 *bis*, sebbene collocato al di fuori degli articoli espressamente dedicati alla conferenza di servizi (artt. 14-14-*quinquies*), trova applicazione anche nel caso in cui occorra convocare la conferenza di servizi in quanto «il silenzio assenso di cui all'art. 17 bis opera sempre (anche nel caso in cui siano previsti assensi di più amministrazioni) e, se si forma, previene la necessità di convocare la conferenza di servizi.

[31] Per un inquadramento generale del tema, cfr. R. Leonardi, *La tutela dell'interesse ambientale tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Torino, 2020; M.A. Sandulli, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a. silenzio assenso e autotutela*, in *federalismi.it*, 2015, 17 ss.; P. Marzaro, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento orizzontale all'interno della nuova amministrazione disegnato dal Consiglio di Stato*, in *federalismi.it*, 2016; Id., *Il coordinamento orizzontale tra amministrazioni: l'art. 17 bis della l. n. 241 del 1990 dopo l'intervento del Consiglio di Stato. Rilevanza dell'istituto nella gestione dell'interesse paesaggistico e rapporti con la conferenza di servizi*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 2, 10 ss.; G. Mari, *Autorizzazioni preliminari e titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizi, la conferenza di servizi e il silenzio assenso id cui agli artt. 17-bis e 20 l. n. 241/1990*, in Aa.Vv., *Semplificazione e trasparenza amministrativa: esperienze italiane ed europee a confronto, atti dei convegni Strategie di contrasto alla corruzione: l. 06/11/2012 n. 190 e s.m.i. e Titoli abilitativi edilizi, Sblocca Italia e Decreti del Fare*, Napoli, 2016, 39 ss.; A. Police, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, cit.

[32] Si veda per questo profilo, Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167 – secondo cui "Negli ordinamenti democratici e pluralisti si richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. Così come per i "diritti" (sentenza della Corte cost. n. 85 del 2013), anche per gli "interessi" di rango costituzionale (vieppiù quando assegnati alla cura di corpi amministrativi diversi) va ribadito che a nessuno di essi la Costituzione garantisce una prevalenza assoluta sugli altri.

una trasformazione del ruolo della semplificazione, da valore strumentale a bene o valore di natura finale e, allo stesso tempo, attenuando la primarietà degli interessi cd. sensibili in favore di un loro bilanciamento con altri valori costituzionalmente rilevanti, la cd. legge Madia ha modificato l'istituto della conferenza di servizi, artt. 14 ss., e ha introdotto il cd. silenzio assenso orizzontale tra pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 17 *bis*, di cui si è già detto.

La giurisprudenza, anche dopo la Riforma Madia, ha, in diversi casi, ancora utilizzato il modello del silenzio devolutivo[33]. Secondo questo modello interpretativo, in caso di inerzia della Soprintendenza, il parere tardivo sarebbe obbligatorio, ma non vincolante, obbligando, pertanto, l'Amministrazione procedente ad una sua valutazione anche in riferimento ai profili paesaggistici[34]. Questo in applicazione dell'art. 146, c. 9, d.lgs. n. 42/2004, non abrogato dall'art. 17 *bis*, cit., ai sensi del quale "decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del Soprintendente, senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione". In definitiva, secondo questo primo orientamento giurisprudenziale[35], l'autorizzazione paesaggistica costituirebbe un provvedimento mono-strutturato, nel quale il parere della Soprintendenza verrebbe ad inserirsi, condividendo con l'Amministrazione procedente la fase istruttoria e non quella decisoria. Se si accetta tale orientamento, non può trovare applicazione in questo modello l'art. 17 *bis*, cit., che ha introdotto una forma di co-decisione attraverso il silenzio, imponendo all'Amministrazione procedente di condurre un'istruttoria completa al fine di predisporre uno schema di provvedimento da sottoporre, nel caso di specie, alla Soprintendenza come Amministrazione co-decidente. Si tratta, dunque, di un atto a contenuto decisorio e di un giudizio di merito tecnico-discrezionale. Il parere di compatibilità paesaggistica rientra tra i pareri a contenuto tecnico, in ragione della specificità della materia su cui deve esprimersi ed è qualificato dallo stesso legislatore obbligatorio non vincolante[36].

A questo primo orientamento se ne è opposto un altro, secondo il quale il silen-

La loro tutela deve essere "sistemica" e perseguita in un rapporto di integrazione reciproca. La primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell'ambiente implica che gli stessi non possano essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione "totalizzante" come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato – dal legislatore nella statuizione delle norme, dall'Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo – secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza".

[33] Consiglio di Stato, Sez. I, 28 giugno 2021, n. 1114, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui qualora "sia trascorso inutilmente il termine, l'organo statale non è privato del potere di esprimersi, ma il parere in tal modo dato perde il proprio carattere di vincolatività. In ordine all'efficacia eventualmente da riconoscere a un parere negativo da parte della Soprintendenza, reso successivamente al decorso del termine di quarantacinque giorni, si possono infatti dare tre possibili esiti: a) la consumazione del potere per l'organo statale di rendere un qualunque parere (di carattere vincolante o meno)…; b) la permanenza in capo alla Soprintendenza del potere di emanare un parere di carattere comunque vincolante (dovendosi in particolare riconoscere carattere meramente ordinatorio al richiamato termine); c) la possibilità per l'organo statale di rendere comunque un parere in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'intervento, privo di effetti vincolanti ma autonomamente valutabile dall'amministrazione titolare dell'adozione dell'atto autorizzatorio finale" (nello stesso senso Id., parere 25 gennaio 2021, n. 103".

[34] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 27 luglio 2020, n. 4765; Id., 29 marzo 2021, n. 2640; Id., 7 aprile 2022, n. 2584, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

[35] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640, cit.

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

zio assenso orizzontale, di cui all'art. 17 *bis*, cit., si applicherebbe anche al parere reso dalla Soprintendenza. Condivide tale orientamento la sentenza in esame, considerandolo "maggiormente conforme al quadro normativo di riferimento"[37].

Sul piano sistematico, i pareri vincolanti contribuirebbero alla formazione di un provvedimento finale pluristrutturato[38], considerando il parere della Soprintendenza "espressione di una cogestione attiva del vincolo paesaggistico"[39], modello considerato dalla sentenza in esame maggiormente conforme al dettato costituzionale. Infatti, la dequotazione di tale parere a mero parere consultivo indebolirebbe il delicato equilibrio sotteso all'art. 146, d.gs. n. 42/2004, rispetto al riparto delle funzioni legislative di cui all'art. 117 Cost. Sarebbe, invece, maggiormente in linea con un quadro costituzionalmente vincolato riconoscere al parere della Soprintendenza un carattere co-decisorio, come si desume anche dalla riforma dell'art. 146, operata dal d.l. n. 70/2011, conv. in l. n. 106/2011 con la quale si è stabilito che la Regione, o il Comune delegato, devono trasmettere alla Soprintendenza una proposta motiva, dopo un'adeguata istruttoria.

In definitiva, a tali pareri vincolanti, necessari per definire il contenuto della decisione finale in qualità di atti co-decisori (cd. decisione pluristrutturata), si applicherebbe l'art. 17 *bis*, cit., partendo anche da una sua esegesi letterale inequivocabile, come affermato dal citato parere del Consiglio di Stato, n. 1640/2016, il quale ha affermato che "la formulazione testuale del comma 3 dell'art. 17 *bis*, l. n. 241 del 1990, consente di accogliere la tesi favorevole all'applicabilità del meccanismo di semplificazione anche ai procedimenti di competenza di Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini. Sul punto la formulazione letterale del c. 3 è chiara e non lascia spazio a dubbi interpretativi: le Amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili beneficiano di un termine diverso (quello previsto dalla normativa di settore o, in mancanza, del termine di novanta giorni), scaduto il quale sono, tuttavia, sottoposte alla regola generale del silenzio assenso"[40].

[37] La soluzione preferita dal Collegio trova conferma anche in ulteriori precedenti del Consiglio di Stato: Cons. Stato, Sez. V, 14 gennaio 2022, n. 255; Id., Sez. IV, 14 luglio 2020, n. 4559; Id., Sez. VI, 1° ottobre 2019, n. 6556, tutte in www.giusitizia-amministrativa.it.

[38] A sostegno di questa conclusione, il Collegio ricorda che una consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato che aveva già in passato chiarito la natura co-decisoria del parere vincolante. V. Cons. Stato, Sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4843; 15 maggio 2017, n. 2262, 17 marzo 2020, n. 1903; 16 giugno 2020, n. 3885; 5 ottobre 2020, n. 5831; 18 marzo 2021, n. 2358; 27 maggio 2021, n. 4096; Sez. IV, 19 aprile 2021, n. 3145, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

[39] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 aprile 2021, n. 3145; Id., sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4843; Id., 18 marzo 2021, n. 2358; Id., 19 marzo 2021 n. 2390, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

[40] Si legge nella sentenza in esame che "il testo della legge, specie quando formulata, come nel caso in esame, mediante la c.d. tecnica per fattispecie analitica, fornisce la misura della discrezionalità giudiziaria; esso, come è stato autorevolmente osservato, rappresenta il punto fermo da cui occorre muovere nell'attività interpretativa e a cui, (all'esito del combinato ricorso a tutti gli altri canoni di interpretazione) è necessario ritornare. Ne consegue che il testo della legge costituisce, almeno nei casi come quello in esame, un limite insuperabile rispetto ad opzioni interpretative che ne disattendano ogni possibile risultato riconducibile al suo potenziale campo semantico (così come delimitato dalla disposizione), per giungere ad esiti con esso radicalmente incompatibili. Tali considerazioni trovano pedissequo riscontro nella giurisprudenza delle Corti superiori interne e internazionali. Nella medesima direzione è, in primo luogo, orientata la giurisprudenza costituzionale che ha individuato nell'univoco tenore letterale della norma un limite all'interpretazione costituzionalmente conforme (Cort. cost 26 febbraio 2020, n. 32). A non dissimili conclusioni giunge anche la Corte di giustizia dell'Unione Europea, la quale ha ricordato in proposito che, nell'applicare il diritto nazionale (in particolare le disposizioni di una normativa appositamente adottata al

Ed è proprio sulla base di indici ermeneutici in favore della tesi della natura codecisoria del parere della Soprintendenza che il Consiglio di Stato, con la sentenza in esame, argomenta la condivisione di tale orientamento.

Oltre alle disposizioni già esaminate dell'art. 14 *bis* e dell'art. 17 *bis*, cit., anche la ratio e il dato letterale del novellato art. 2, c. 8 *bis*, l. n. 241/1990, pare sostenere questa tesi[41]. Infatti, si afferma che "le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14 *bis*, c. 2, lett. c), 17 *bis*, c. 1 e 3, 20, c. 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'art. 14 *ter*, c. 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'art. 19, c. 3 e 6 *bis*, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-*nonies*, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni".

Afferma il Consiglio di Stato che "la lettera di tale disposizione, riferendosi espressamente alle fattispecie del silenzio maturato nel corso di una conferenza di servizi, *ex* art. 14 *bis* e nell'ambito dell'istituto di cui all'art. 17 *bis*, è inequivocabile nell'affermare il principio (che non ammette eccezioni) secondo cui le determinazioni tardive sono irrilevanti in quanto prive di effetti nei confronti dell'autorità competente, e non soltanto privi di carattere vincolante. Da ciò

fine di attuare quanto prescritto da una direttiva) il giudice nazionale deve interpretare tale diritto per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva. Tuttavia l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale (Corte di giustizia, Grande Sezione, 15 aprile 2008, C-268/06,v. sentenze 8 ottobre 1987, causa 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Racc. pag. 3969, punto 13, nonché Adeneler e a., cit., punto 110; v. anche, per analogia, sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, Pupino, Racc. pag. I-5285, punti 44 e 47). Analoghe e, sotto certi profili ancora più stringenti considerazioni (in quanto relative anche alla interpretazione delle c.d. clausole generali), si rivengono nella più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, nella quale si legge che "anche quando non si trova al cospetto di un enunciato normativo concepito come regola a fattispecie, ma è investito del compito di concretizzare la portata di una clausola generale… il giudice non detta né introduce una nuova previsione normativa. La valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore. La giurisprudenza non è fonte del diritto. Il giudice comune, nel ruolo – costituzionalmente diverso da quello del legislatore – di organo chiamato non a produrre un quid novi sulla base di una libera scelta o a stabilire una disciplina di carattere generale, ma a individuare e dedurre la regola del caso singolo bisognoso di definizione dai testi normativi e dal sistema. Una pluralità di ragioni giustifica l'indicato approccio metodologico. Il rispetto del pluralismo e dell'equilibrio tra i poteri, profilo centrale della democrazia, perché la ricerca dell'effettività deve seguire precise strade compatibili con il principio di leale collaborazione e con il dialogo istituzionale che la Corte costituzionale ha avviato con il legislatore… Non c'è spazio, in altri termini, né per una penetrazione diretta – attraverso la ricerca di un bilanciamento diverso da quello già operato dal Giudice delle leggi – di quell'ambito di discrezionalità legislativa che la Corte costituzionale ha inteso far salvo, né per una messa in discussione del punto di equilibrio da essa indicato. La riserva espressa della competenza del legislatore si riferisce, evidentemente, al piano della normazione primaria, al livello cioè delle fonti del diritto: come tale, essa non estromette il giudice comune, nel ruolo – costituzionalmente diverso da quello affidato al legislatore – di organo chiamato, non a produrre un quid novi sulla base di una libera scelta o a stabilire una disciplina di carattere generale, ma a individuare e dedurre la regola del caso singolo bisognoso di definizione dai testi normativi e dal sistema" (cfr. Corte di Cassazione, Sezioni unite civili del 30 dicembre 2022, n. 38162)".

[41] Il comma 8 *bis* dell'art. 2 della l. n. 241/1990, introdotto dal d. l. n. 76/2020 (c.d. Decreto Semplificazioni), sancisce, in estrema sintesi, l'inefficacia del provvedimento emanato oltre i termini procedimentali in tutti i casi in cui operi il regime del silenzio assenso, nonché nelle ipotesi di SCIA. Sul tema, v. M. Calabrò, Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni), in giustiziainsieme.it, 2020. Anche sulla base di questa disposizione, si è giunti a considerare irrilevante, in quanto privo di effetti nei confronti dell'autorità competente, il parere tardivo della Soprintendenza.

discende che non c'è più spazio, alla luce del *novum* normativo in disamina, per tentare la strada della sopravvivenza del c.d. silenzio-devolutivo, stante la formulazione volutamente onnicomprensiva della nuova norma. Come già ricordato, il testo della legge, specie quando formulata, come nel caso in esame, mediante la c.d. tecnica per fattispecie analitica, fornisce la misura della discrezionalità giudiziaria e costituisce un limite insuperabile rispetto a opzioni interpretative che ne disattendano ogni possibile risultato riconducibile al suo potenziale campo semantico (così come delimitato dalla disposizione), per giungere ad esiti con esso radicalmente incompatibili".

Così come simili previsioni si ricavano anche dal d.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31 (Regolamento recante individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata), che, all'art. 11 (Semplificazioni procedimentali), c. 9, il quale prevede espressamente che "in caso di mancata espressione del parere vincolante del Soprintendente nei tempi previsti dal c. 5, si forma il silenzio assenso ai sensi dell'art. 17 *bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e l'amministrazione procedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica".

Tale disposizione è chiarissima nel qualificare il parere (semplificato) della Soprintendenza come atto co-decisorio ai sensi dell'art. 17 *bis*, cit., come ulteriormente ribadito dal Ministero dei Beni culturali con le circolari 10 novembre 2015, prot. n. 27158 e 20 luglio 2016, prot. n. 21892.

Fondamentale, secondo la sentenza in esame, nell'affermare la conformità a Costituzione dell'applicazione del silenzio assenso orizzontale al procedimento di autorizzazione paesaggistica, è la decisione della Corte cost., 22 luglio 2021, n. 160.

Questa sentenza, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, c. 6, della legge della Regione Siciliana 6 maggio 2019, n. 5 (Individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata), che aveva introdotto il silenzio-assenso c.d. verticale (ovvero nel rapporto con il privato) sulla domanda di autorizzazione paesaggistica, formula delle argomentazioni a sostegno della compatibilità costituzionale dell'applicazione del silenzio assenso orizzontale agli interessi culturali paesaggistici.

Afferma, infatti, la Corte che il silenzio assenso previsto dalla norma regionale citata assume una valenza del tutto diversa rispetto a quanto disciplinato all'art. 11, c. 9, del d.P.R. n. 31 del 2017 (ovvero allo schema del silenzio assenso c.d. orizzontale). Non si tratta, infatti, sempre secondo la Corte, "di silenzio assenso endoprocedimentale, destinato a essere seguito da un provvedimento conclusivo espresso dell'Amministrazione procedente, ma di un silenzio assenso provvedimentale, destinato a sostituire l'autorizzazione paesaggistica richiesta, secondo quanto previsto dall'art. 20, cit., (…); l'assenso del soprintendente sulla proposta di assenso ricevuta dall'Amministrazione procedente si forma *per silentium*, ma ciò non esonera quest'ultima dalla necessità di concludere il procedimento con una decisione espressa, come si desume, del resto, dall'ultima parte del citato c. 9 dell'art. 11 del d.P.R. n. 31/2017, secondo cui l'Amministrazione procedente, una volta formatosi il silenzio assenso sul parere del soprintendente, «provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica». Ciò, in linea con il divieto stabilito all'art. 20, c. 4, cit., che esclude l'applicazione del silenzio assenso nei rapporti verticali tra privati e pubbliche amministrazioni preposte alla tutela dei cd. interessi sensibili, tra cui, per

quanto qui rileva, quelli relativi agli atti e ai procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico".

Proprio muovendo dalla distinzione con il silenzio assenso orizzontale, la decisione della Corte censura la disposizione regionale sottoposta al suo esame, la quale, introducendo una surrettizia forma di silenzio assenso verticale, contrasta con il principio generale stabilito all'art. 20, c. 4, cit., che vieta la formazione *per silentium* del provvedimento conclusivo nei procedimenti ad oggetto la tutela di interessi sensibili.

4. Brevi considerazioni conclusive.

L'orientamento che esclude l'applicazione del silenzio assenso verticale al parere da rendere, da parte della Soprintendenza, nell'ambito del procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, contraddice anche la *ratio* dell'art. 17 *bis*, cit., intesa come funzionale a evitare che, ove il procedimento debba concludersi con l'adozione di una decisione pluristrutturata, la condotta inerte dell'Amministrazione interpellata possa produrre un blocco del procedimento, impedendo, così, l'adozione del provvedimento finale.

In tale quadro, l'istituto in esame si inserisce in un'evoluzione normativa che ha nel tempo reso più fluida l'azione amministrativa, tentando di neutralizzare gli effetti negativi dell'inerzia dell'Amministrazione, in un primo momento nei rapporti con i privati e, in seguito, anche nei rapporti tra Amministrazioni.

Il nuovo strumento di semplificazione conferma, pertanto, la natura per così dire patologica che caratterizza il silenzio dell'Amministrazione, soprattutto nell'ambito di un rapporto orizzontale con un'altra Amministrazione co-decidente.

L'istituto del silenzio-assenso orizzontale è la prova della contrarietà del legislatore nei confronti dell'inerzia amministrativa, inerzia che viene stigmatizzata al punto tale da ricollegare al silenzio dell'Amministrazione interpellata la più grave delle "sanzioni" o il più efficace dei "rimedi", ossia l'equiparazione del silenzio all'assenso con conseguente perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento.

Queste esigenze non sono circoscrivibili alla specifica natura del procedimento di volta in volta preso in esame, imponendosi in via generalizzata, pur le eccezioni previste dall'art. 17 *bis*, c. 4, l. n. 241/1990) per ogni forma di esercizio del pubblico potere, amministrativo o normativo, qualora il provvedimento finale presupponga una fase di co-decisione di competenza di un'altra Amministrazione.

A tal proposito, sono rilevanti le argomentazioni del citato parere del Consiglio di Stato nel quale si afferma che "il Consiglio di Stato ritiene si possa parlare di un 'nuovo paradigma': in tutti i casi in cui il procedimento amministrativo è destinato a concludersi con una decisione pluristrutturata nel senso che la decisione finale da parte dell'Amministrazione procedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra Amministrazione, il silenzio dell'Amministrazione interpellata, che rimanga inerte non esternando alcuna volontà, non ha più l'effetto di precludere l'adozione del provvedimento finale ma è, al contrario, equiparato *ope legis* ad un atto di assenso e consente all'Amministrazione procedente l'adozione del provvedimento conclusivo. Il silenzio assenso orizzontale, previsto dall'art. 17 bis, opera, nei rapporti tra Amministrazioni co-decidenti, quale che sia la natura del provvedimento finale che conclude il procedimento, non potendosi

sotto tale profilo accogliere la tesi che, prospettando un parallelismo con l'ambito applicativo dell'art. 20 concernente il silenzio assenso nei rapporti tra privati, circoscrive l'operatività del nuovo istituto agli atti che appartengono alla categoria dell'autorizzazione, ovvero che rimuovono un limite all'esercizio di un preesistente diritto. La nuova disposizione, al contrario, si applica a ogni procedimento (anche eventualmente a impulso d'ufficio) che preveda al suo interno una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra amministrazione, senza che rilevi la natura del provvedimento finale nei rapporti verticali con il privato destinatario degli effetti dello stesso".

Le medesime conclusioni si impongono in riferimento all'art. 14 *bis*, cit., così come modificato con il d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127 (Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124), che presenta un analogo meccanismo semplificatorio.

In definitiva, il quadro normativo è chiaro e lo è anche la ratio sottesa agli artt. 14 *bis* e 17 *bis*, anche in riferimento alle autorizzazioni paesaggistiche, come ben argomentato dal parere del Consiglio di Stato, comm. spec., n. 1640/2016, cit., al quale la sentenza in esame aderisce. Tuttavia, provando ad andare oltre il quadro sistematico normativo e la sua inequivocabile interpretazione letterale e preso atto di un orientamento giurisprudenziale maggioritario nell'applicazione di tale quadro normativo anche alla tutela degli interessi cd. sensibili, si potrebbe concludere sostenendo che, se il silenzio assenso orizzontale è la "cura" e l'inerzia della Pubblica Amministrazione e il dirigismo burocratico sono la "malattia" del sistema, bisognerebbe approfondire se, in materia di tutela del patrimonio culturale-paesaggistico, la cura individuata in sede politica-legislativa non sia peggiore della malattia[42].

[42] Per riflessioni critiche sul crescente impiego dell'istituto del silenzio assenso, v. M.A. Sandulli, *Silenzio assenso e termine per provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il processo*, 1/2022, 11 ss. e ivi ulteriori riferimenti. Sulle criticità in merito all'applicazione dell'art. 17 bis alle materie sensibili, si veda, in particolare, G. Corso, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survay*, in *www.federalismi.it*, 2015; F. Scalia, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. e app.*, 2016, 1, 11 ss.; E. Scotti, *Silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, 2016, Torino, 566 ss.; F. Martines, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della l. 241/1990*, in *Dir. amm.*, 2018, 3, 747 ss.; F. de Leonardis che (nel citato scritto *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla cd. riforma Madia*) osserva come «appare chiaro che norma costituisce una vera e propria fuga in avanti in quella che si potrebbe definire la guerra di logoramento degli interessi sensibili che vengono sempre più parificati a quelli ordinari»; M. Calabrò, Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione, in www.federalismi.it, 2020, 10.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2991 – 27 dicembre 2023

La giurisdizione contabile e i confini del danno "da disservizio"
(nota a Cass., Sez. Un., ord. n. 2370/2023).

Tania Linardi

Sommario: 1. Lo svolgimento del processo e le *quaestiones* sottoposte alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. – **2.** La giurisdizione della Corte dei conti e la responsabilità amministrativo-contabile: cenni. – **2.1.** *Segue*: il danno "da disservizio". – **3.** La decisione delle Sezioni Unite. – **4.** Considerazioni conclusive.

1. Lo svolgimento del processo e le *quaestiones* sottoposte alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Le Sezioni Unite civili della Suprema Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 2370[1] pubblicata il 25 gennaio 2023, affrontano la delicata tematica dei limiti del sindacato della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativo-contabile del magistrato, configurando, per la prima volta, una possibile ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale[2] per sconfinamento nella sfera

[1] Per approfondimenti, cfr. lezione inaugurale del corso di giustizia amministrativa della Prof.ssa M.A. Sandulli, tenutasi il 6 marzo 2023 presso l'Università degli Studi di Roma Tre, "*Eccesso di potere giurisdizionale a margine dell'ordinanza SS.UU. n. 2370/2023*", la cui registrazione è consultabile su *youtube* e in questa *Rivista*; nonché, da ultimo, le considerazioni espresse da G. Greco nell'ambito del convegno "*Giornate di studio sulla giustizia amministrativa*", Castello di Modanella (16/17 giugno 2023), sul tema "*Sindacato sulla discrezionalità amministrativa e ambito del giudizio di cognizione*", il quale ha osservato come, nella specie, vi siano indizi sia per un possibile inquadramento del vizio in termini di sconfinamento della giurisdizione per invasione della sfera del legislatore sia nei termini di sconfinamento per invasione della sfera dell'amministrazione; M.A. Sandulli, *Conclusioni delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa" svoltesi al Castello di Modanella il 16/17 giugno 2023 sul tema "Sindacato sulla discrezionalità amministrativa e ambito del giudizio di cognizione"*, in questa *Rivista*, 6 settembre 2023.

[2] La letteratura sul tema della giurisdizione è naturalmente vastissima. Si segnalano, *ex multis*, V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa,* in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano,* a cura di V.E. Orlando, vol. III, Milano, 1901, 633 ss.; G. Azzariti, I limiti della giurisdizione nel nuovo codice di procedura, in Foro.it., 1941, 66, 33 ss.; Id., Il ricorso per Cassazione secondo la nuova Costituzione, in Scritti in onore di Francesco Carnelutti, Milano, 1950, 105 ss.; E. Cannada Bartoli, Giurisdizione (conflitti di), in Enc. dir. XIX, Milano, 1970, 295 ss.; F. Modugno, Eccesso di potere giurisdizionale, in Enc. Giur. Treccani, 1981, 1 e 8; V. Caianiello, Il limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione, in Scritti in onore di Giovanni Miele, Il processo amministrativo, Milano, 1979, 63 ss.; A.M. Sandulli, Manuale di diritto amministrativo, Napoli, 1989, in particolare 1511-1513; I.M. Marino, Corte di Cassazione e giudici "speciali". Sull'interpretazione dell'ultimo

del legislatore, fattispecie che, come rilevato da autorevole dottrina, la giurisprudenza ha solo enunciato in astratto, ma, almeno prima d'ora, mai riscontrato in concreto[3].

Nello specifico, infatti, le Sezioni Unite hanno evidenziato che il giudice contabile "*ritenendo configurabile la responsabilità amministrativa del magistrato convenuto, e quindi ammissibile la tutela risarcitoria, al di là dei confini della stessa derivanti dal sistema elaborato dal diritto vivente (…), ha finito con il creare una nuova fattispecie di responsabilità erariale (…), così superando i limiti esterni della giurisdizione spettante alla Corte dei conti in materia di contabilità pubblica*"[4].

La vicenda in esame origina dalla domanda, presentata dalla Procura regionale della Corte dei conti per la Regione Sicilia-

comma dell'art. 111 Costituzione, in Studi in onore di Vittorio Ottaviano, vol. II, Milano, 1993, 1383 ss.;V. Caianiello, Manuale di diritto processuale amministrativo, Torino, 1994, 287 ss., nonché 298-301; A. Berlati, "Limiti esterni" della giurisdizione amministrativa e ricorso in cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato, in Arch. Civ., 1997, 241 ss.; C. Marzuoli, A. Orsi Battaglini, Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione? in Dir. pubbl., 1997, 895 ss.; M. Nigro, Giustizia amministrativa, V ed. a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, 2000, 161 ss., nonché 170-174; A. Proto Pisani, Verso il superamento della giurisdizione amministrativa, in Foro. It., 2001, 21 ss.; M. D'Orsogna, Il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, in Aa.Vv., Codice della giustizia amministrativa (a cura di Morbidelli), Milano, 2005, 920 ss.; M.V. Ferroni, Il ricorso in cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato, Padova, 2005; F. Gaverini, Il controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ex art. 111 cost. ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno ed esterno della giurisdizione, in Foro amm. C.d.S., 1, 2007, 82 ss.; M. Mazzamuto, Il riparto di giurisdizione. Apologia del giudice amministrativo e del suo giudice, Napoli, 2008; Id., L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione, in Dir. proc. amm., 2012, 1677 ss.; A. Corpaci, Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato, in Dir. pubbl., 2013, 341 ss.; G. Verde, La corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito), in Dir. proc. amm., 2013, 367; L. Ferrara, Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi, in Diritto processuale amministrativo, 2014, 561 ss.; R. De Nictolis, L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge"), in www.sipotra.it, 2017; F. Francario, M.A. Sandulli (a cura di), Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa, Napoli, 2017, passim; A. Travi, Abuso del processo e questione di giurisdizione: una soluzione conclusiva?, in Foro it., 2017, 983; A. Cassatella, L'eccesso di potere giurisdizionale, in Riv. trim. dir. pubbl., 2018, 643 ss.; A. Lamorgese, Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, in Federalismi.it, n. 1, 2018; L. Ferrara, Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento, in Dir. Pubbl., 2019, 7223 ss.; Id., La giustizia amministrativa paritaria e l'attualità del pensiero di Feliciano Benvenuti, inRiv. giur. mezz., 2, 2019, 517 ss.; Aa.Vv., Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo, a proposito di cass. sez. un. n. 19598/2020, a cura di A. Carratta, Roma, 2021; L. Ferrara, Lezioni di giustizia amministrativa, Torino, 2022; E.N. Fragale, Il controllo della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato: aggiornare o superare la teoria dello sconfinamento in danno di altri poteri?, in Dir. proc. amm., fasc. 2, 326, 2023.

[3] M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020,* in *Giustizia insieme, 30 novembre 2020*, in particolare nella parte in cui si precisa che: "*(…) Le stesse Sezioni Unite, del resto, hanno in varie occasioni rilevato la marginalità dell'ipotesi generale dell'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore, osservando che tale ipotesi, presupponendo che il giudice applichi una norma da lui creata in luogo della norma esistente e che quindi eserciti un'attività di produzione normativa in luogo di un attività meramente euristica, non può che avere rilevanza meramente teorica (cfr., sostanzialmente in termini, inter alia, le sentenze 26 marzo 2012 n. 4769 e 28 febbraio 2019 n. 6059). È significativo che anche la sentenza 30 luglio 2018 n. 20169, che menziona una serie di precedenti a sostegno dell'ammissibilità di tali ricorsi (sì che, a prima lettura, sembrerebbe dar conto di varie decisioni cassatorie), indica in realtà sentenze che, nelle specifiche fattispecie, li avevano dichiarati inammissibili, qualificando il vizio denunciato come mero errore interpretativo. La tradizionale e consolidata "ritrosia" della Corte di cassazione a sindacare l'eccesso di potere giurisdizionale "puro" nei confronti del legislatore emerge con evidenza anche dalla sentenza 30 ottobre 2019 n. 27842, che, a fronte di un'ipotesi inconfutabile di "creazione" di un "principio di diritto" ignoto all'ordinamento (la normativa transitoria introdotta dall'Adunanza Plenaria n. 13 del 2017, a vantaggio dell'amministrazione, in materia di autorizzazioni paesaggistiche), ha brillantemente "evitato" di entrare nel merito della questione e di esprimere in qualche modo un'opinione sul punto, sia pure con un mero obiter dictum, trincerandosi dietro l'argomento che il potere conferitole dall'art. 111, comma 8, Cost. opera solo rispetto alle pronunce che, "definendo il giudizio di appello mediante accoglimento o rigetto dell'impugnazione e dettando la regola del caso concreto, siano per questo in concreto suscettibili di arrecare un vulnus all'integrità delle attribuzioni di altri" (e, dunque, non si estenderebbe alle – mere – regulae iuris create, in astratto, dall'Adunanza Plenaria!)".*

[4] Cfr. par. 27 dell'ordinanza n. 2370.2023, Cass., Sez. un.

na, di condanna di un magistrato (all'epoca in servizio presso il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana) al pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno da disservizio derivante dai reiterati ritardi nel deposito di provvedimenti giudiziari.

La Sezione giurisdizionale di I grado, con sentenza n. 420 del 2020, accoglieva la domanda, rigettando l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dal magistrato convenuto, con l'argomento che le contestazioni della Procura non erano riferibili a un'ipotesi di responsabilità disciplinare o sanzionatoria, piuttosto al danno erariale cagionato dal mancato puntuale adempimento del dovere di tempestivo deposito dei provvedimenti giudiziari, che aveva arrecato "*un vulnus concreto ed attuale all'efficienza ed al buon andamento del servizio giustizia (…), rendendo ingiustificata, almeno in parte, la retribuzione corrisposta al medesimo magistrato (…)*".

Con sentenza depositata il 31 dicembre 2021, la Sezione giurisdizionale d'appello accoglieva parzialmente il gravame proposto dal magistrato, rideterminando l'importo dovuto a titolo di risarcimento del danno, e confermando il rigetto dell'eccezione di difetto di giurisdizione. A tale riguardo, la sentenza ha evidenziato che la domanda di condanna formulata dalla Procura contabile afferiva al risarcimento del danno da disservizio, inteso come "*danno arrecato al corretto ed efficiente esercizio della funzione giurisdizionale",* e che, in via generale, la legge 13 aprile 1998, n. 117 non escluderebbe né la configurabilità di ipotesi di responsabilità amministrativo-contabile del magistrato per i danni cagionati all'amministrazione di appartenenza, né la conseguente esperibilità dell'azione risarcitoria dinanzi alla Corte dei conti.

Avverso tale pronuncia, il magistrato ha proposto ricorso per cassazione sulla base di tre ordini di motivi.

Con il primo motivo, ha denunziato, in relazione agli artt. 362, comma 1, e 360, comma 1, n. 1), c.p.c., la violazione degli artt. 3, 103 e 108 Cost., dell'art. 1 c.p.c., della legge 13 aprile 1988, n. 117 (artt. 2, 3, 13), delle norme sul procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati speciali (art. 2, lett. *q)* del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, nonché l'art. 32 della legge 27 aprile 1982, n. 186), per avere la sentenza ritenuto sussistente la giurisdizione della Corte dei conti "*in materia di risarcimento dei danni da disservizio, consistente nel sistematico ritardo nel deposito delle sentenze (…)".* Si invoca, quindi, l'applicazione della legge n. 117 del 1988, come modificata dalla legge 27 febbraio 2015, n. 18, contenente la disciplina relativa alla materia della responsabilità dei magistrati anche per i casi di "denegata giustizia", nel cui novero rientrerebbe la fattispecie del tardivo deposito dei provvedimenti. Inoltre, il ricorrente ha dedotto che spetterebbe al Presidente del Consiglio dei ministri l'esercizio, dinanzi al giudice civile, dell'azione di rivalsa nei confronti del magistrato per i danni subìti dallo Stato nell'ipotesi in cui abbia dovuto risarcire il cittadino, rinvenendo tale circostanza fondamento costituzionale nell'art. 108 Cost., in particolare nell'esigenza di garantire l'indipendenza dei giudici delle magistrature speciali.

Con il secondo motivo di ricorso, in via subordinata, il magistrato ha chiesto la rimessione alla Corte costituzionale della eccezione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 103 e 108 Cost., dell'art. 1 del codice di giustizia contabile, ove interpretato nel senso di non escludere la giurisdizione contabile nella materia per cui è causa, essendo stata attribuita al giudice or-

dinario nel procedimento disciplinato dalla legge n. 117 del 1988.

Con il terzo motivo, in via di ulteriore subordine, il ricorrente ha lamentato la violazione dell'art. 2, comma 3-*bis,* e art. 13, comma 2-*bis,* della legge n. 117 del 1988, applicata retroattivamente dal giudice *a quo* pur trattandosi di disposizione avente carattere innovativo.

Così brevemente riassunti i motivi di ricorso, nel prosieguo della trattazione ci si soffermerà, prima di esaminare la decisione cui giungono le Sezioni Unite, sull'analisi delle questioni giuridiche connesse al primo motivo: la tematica della responsabilità amministrativo- contabile, la figura del "danno da disservizio" e la perimetrazione della giurisdizione del giudice contabile.

2. La giurisdizione della Corte dei conti e la responsabilità amministrativo-contabile: cenni.

L'istituzione della Corte dei conti[5], come noto, risale al momento dell'adozione della legge 14 agosto 1862, n. 800[6], finalisticamente orientata a risolvere il delicato problema della approvazione del bilancio nazionale, nonché dell'unificazione della materia del controllo mediante la soppressione delle magistrature preunitarie[7].

Successivamente, *in subiecta materia* si susseguirono una serie di interventi legislativi[8], tra i quali è possibile menzionare il d.lgs. 18 novembre 1923, n, 2441 e la l. 3 aprile 1933, n. 255[9], disposizioni che, in seguito, erano destinate a confluire nel Testo Unico (Regio Decreto 12 luglio 1934, n. 1214) recante le linee fondamentali della disciplina di tale organo con riferimento sia alle funzioni di controllo sia a quelle giurisdizionali[10].

Con l'avvento della Costituzione veniva delineato, ai sensi dell'art. 28[11], il principio secondo cui i funzionari e i dipendenti

[5] Per approfondimenti, si v. A.M. Sandulli, *Manuale*, *cit.,* in particolare 13 e 14 , ove si riconduce la Corte dei conti (limitatamente all'esercizio della funzione di controllo) nell'alveo dei poteri dello Stato, intendendosi, come tali, *"oltre agli organi costituzionali (coi rispettivi apparati, - che, per definizione, si trovano in posizione di superiorem non recognoscentes -, tutti i singoli organi e i vari complessi unitari dell'organizzazione statale, che godono (e nei limiti in cui godono), nel sistema, di una particolare posizione di autonomia qualificata. Tale posizione è caratterizzata dal fatto che i vari elementi dell'organo (ove ne esistono più) o del complesso non possono esser considerati sottoposti, nel loro operato, al sindacato giuridico (nel quale non rientra il controllo delle Camere, che è un controllo politico) di altri organi (sia pure costituzionali) estranei all'organo o al complesso, salvo il sindacato garantistico della Corte costituzionale (…)".*

[6] Per i profili storici, cfr. V.E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo,* Firenze, 1891, 82 ss., ove l'Autore osserva, in relazione alla Corte dei conti, che "*Uno dei lati più caratteristici di questo istituto consiste nella varietà grandissima della natura di esso, per* cui *ne dipendono funzioni ben disparate: diversità di funzioni la quale ha le sue conseguenze di ordine sistematico e fa sì che di quell'istituto si occupino discipline diverse. Con una espressione larghissima, si può tuttavia ricondurre a un concetto unico tutte queste funzioni diverse, e dire che la Corte dei conti esercita una sorveglianza suprema sull'amministrazione finanziaria dello Stato";* C. Ghisalberti, *Corte dei conti (premessa storica),* in *E.d.D., XX,* Milano, 1962, 853 ss.; Aa.Vv., *Studi in onore di Ferdinando Carbone,* Milano, 1970; G. Correale, *Corte dei conti,* in *Dig. (disc. pubbl.),* IV, Torino, 1989, 215 ss.; A. Bennati, *Manuale di contabilità di Stato,* XII, Napoli, 1990, 643 ss.; G. Carbone, *La Corte dei conti,* in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia,* Annali, XIV, Torino, 1998, 847 ss.; F. Tigano, *Corte dei conti e attività amministrativa,* Torino, 2008, 29 ss.

[7] Cfr. G. Correale, *Corte dei conti,* cit., 215 ss.; A. Bennati, *Manuale,* cit., 646; G. Carbone, *La Corte dei conti,* cit., 847 ss.

[8] Cfr. G. Correale, *Corte dei conti,* cit., 215 ss.; A. Bennati, *Manuale,* cit., 646; G. Carbone, *La Corte dei conti,* cit., 847 ss.

[9] In particolare, si v. la l. n. 3853 del 15 agosto 1867; l. n. 290 del 25 giugno 1908.

[10] Cfr. G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo,* II, Milano, 1958, 347; O. Ranelletti, *La Corte dei conti nella legge 3 aprile 1933 n. 25,* in *Riv. di dir. pubbl.,* I, 625 ss.

[11] Per approfondimenti sul tema, cfr. le considerazioni svolte nella pronuncia della Corte cost., 17 giugno 1970, n. 110.

dello Stato e degli enti pubblici, sul piano civile, penale e amministrativo debbono ritenersi soggetti a responsabilità diretta per i danni arrecati ai terzi "*per gli atti compiuti in violazione dei diritti*"[12]. Inoltre, gli artt. 100 e 103 della Carta costituzionale cristallizzavano, rispettivamente, l'attribuzione alla Corte dei conti delle funzioni di controllo e di quelle aventi natura giurisdizionale[13].

In relazione alla funzione giurisdizionale l'art. 1, comma 1, Codice della giustizia contabile[14] delinea il perimetro della giurisdizione in relazione ai giudizi di conto, alle ipotesi di responsabilità amministrativa per danno all'erario, nonché agli altri giudizi in materia di contabilità pubblica[15].

Più nel particolare, con l'espressione "responsabilità amministrativa per danno all'erario", si suole designare la responsabilità in cui incorrono gli agenti pubblici che cagionano alle pubbliche amministrazioni un danno, suscettibile di quantificazione economica, derivante dall'adozione di provvedimenti o da comportamenti, contrari agli obblighi di servizio, dolosi o gravemente colposi[16], ferme restando le sopravvenienze

[12] La disciplina costituzionale è stata recepita dall'art. 22, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (T.U. impiegati civili), a mente del quale "*l'impiegato che, nell'esercizio delle attribuzioni ad esso conferite dalle leggi o dai regolamenti cagioni ad altri un danno ingiusto ai sensi dell'art. 23 è personalmente obbligato a risarcirlo*". Per approfondimenti sulla formulazione e la portata applicativa dell'art. 28 Cost., anche in chiave critica, cfr. E. Casetta, *L'illecito degli enti pubblici,* Torino, 1953, 9.

[13] Sul tema, cfr. R. Alessi, *La responsabilità della pubblica amministrazione, nell'evoluzione legislativa più recente,* in *Rass. dir. pubbl.,* 1949, I, 234 ss.; C. Esposito, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1951, 324 ss.; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo,* I, 1958, 343; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico,* I, Padova, 1967, 515; F. Merusi, *Dalla responsabilità verso i cittadini alla responsabilità dei dipendenti pubblici nei confronti della p.a.,* in *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale,* a cura di D. Sorace, Padova, 1988, 257; A.M. Sandulli, *Manuale, cit.*, 1517-1527; A. Corpaci, *L'esperienza dell'Italia,* in *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea,* a cura di D. Sorace, Bologna, 1994, 474 ss. Sul dibattito circa l'art. 97, co. 2, e sulla distinzione posta dalla dottrina riguardo all'art. 28, si veda C. Pinelli, Art. 97, 2 comma, in Aa.Vv., La pubblica amministrazione, Commentario della Costituzione, artt. 97-98, Bologna 1994, 294 ss.

[14] In dottrina, sui problemi teorici sorti in relazione al riconoscimento dell'esatto ruolo della Corte dei conti a livello istituzionale, cfr. P. Gasparri, *Sui limiti del sindacato di legittimità della Corte dei conti,* in *Scritti giuridici in memoria di Vittorio Emanuele Orlando,* Padova, 1957, 632; F.G. Scoca, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa,* in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme),* Atti del LI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Milano, 2006, 43 ss.

[15] Cfr. L. Carbone, V. Tenore, *Il nuovo codice della contabilità pubblica,* Roma, 2023.

[16] Cfr. M.S. Giannini, *Svolgimento della dottrina delle responsabilità contabili,* in *Studi in onore di Emilio Betti,* V, Milano, 1962, 185 ss.; F. Garri, *La responsabilità per danno erariale,* Milano, 1965; L. Schiavello, *Rischio e responsabilità patrimoniale per deviazione delle attribuzioni di ufficio,* Napoli, 1967; R. Alessi, *Responsabilità amministrativa,* in *Nss. D.I.,* XV, 1968, 618 ss.; Id., *Responsabilità amministrativa,* ivi, 622 ss.; S. Buscema, *La giurisdizione contabile,* Milano, 1969; F. Garri, *Danno:* V) *Danno erariale,* in *Enc. giur.,* X, 1988; G. Correale, *Corte dei Conti, cit.,* 215 ss.; M. Dentamaro, *Il danno ingiusto nel diritto pubblico. Contributo allo studio dell'illecito nella decisione amministrativa,* Milano, 1996; A. Gigli e G. Lemmo, *La nascita della responsabilità amministrativa,* in *La responsabilità amministrativa e il suo processo* a cura di F.G. Scoca, Padova, 1997, 17 ss.; *ivi* anche A. Police, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa,* 61 ss. e, dello stesso Autore, *La natura della responsabilità amministrativa,* 145 ss.; F. Staderini, *Responsabilità amministrativa e contabile*, in D. *Disc. pubbl.*, XIII, 1997, 200 ss.; A. Romano Tassone, *La valenza sanzionatoria e quella risarcitoria della responsabilità amministrativa*, in Le responsabilità *pubbliche* a cura di D. Sorace, Padova, 1998, 281 ss.; ivi anche F. Staderini, *La responsabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici tra risarcimento e sanzione*, 299 ss.; C. De Bellis, *Danno pubblico e potere discrezionale*, Bari, 1999; E.F. Schlitzer, *Profili sostanziali della responsabilità amministrativo-contabile*, in *L'evoluzione della responsabilità amministrativa* a cura di E.F. Schlitzer, Milano, 2002, 41 ss.; S. Cimini, *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Milano, 2003; A. Brancasi, *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005; M. Atelli, P. Briguori, P. Grasso e A. Laino, *Le responsabilità per danno erariale*, Milano, 2006; M. Atelli, *Responsabilità amministrativa e contabile*, in *Dizionario di diritto amministrativo* a cura di M. Clarich e G. Fonderico, Milano, 2007, 611 ss.; P. Della Venturae L. Venturini, *Le responsabilità finanziarie*, in *I giudizi innanzi alla Corte dei Conti* a cura di F. Garri, G. Dammicco, A. Lupi, P. Della Ventura e L. Venturini, Milano, 2007, 153 ss.; F. Fracchia, *Corte dei Conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Dir.*

normative che hanno interessato quest'ultimo elemento, come di qui a breve si dirà.

La disciplina in tema di responsabilità amministrativa[17] è contenuta principalmente nelle leggi 14 gennaio 1994, n. 19 e 20[18] (e relative integrazioni di cui alla legge 20 dicembre 1996, n. 639)[19] , specie nella parte in cui si afferma, all'art. 1 (l. n. 20 *cit.)*, che "*la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica* è *personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o colpa grave*[20]*, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali*".

L'estensione soggettiva dell'ambito di applicazione di suddetta responsabilità (e, dunque, della portata applicativa dell'art. 28 Cost.) promana necessariamente dall'ampiezza della nozione di "agenti pubblici" sottoposti alla giurisdizione contabile[21]. In una prima fase, la giurisprudenza ha ricondotto all'interno di tale categoria i soggetti legati alla pubblica amministrazione da un rapporto di "impiego" ovvero da quello onorario (gli amministratori)[22]. Successivamente, l'interpretazione pretoria della Corte dei conti, superando il riferimento al concetto di mero "rapporto di impiego" e utilizzando, in senso estensivo, il dato normativo di cui all'art. 52, comma 1, t.u. C. conti[23], ha progressivamente ampliato il contenuto della nozione di "agenti pubblici" sino a ricomprendervi anche i soggetti funzionalmente legati all'ente da un "rapporto di servizio"[24]. Quest'ultimo, infatti, presuppone la compartecipazione dell'agente pubblico (persona fisica o giuridica) all'organizzazione e all'attività di una pubblica amministrazione[25] ma, ai fini della sua configurabilità, non

proc. amm., 2008, n. 3, 699 ss.; E.F. Schlitzer, *La responsabilità amministrativo- contabile del responsabile del procedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa* a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2011, 459 ss.; A. Altieri, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Milano, 2012; C.E. Gallo, *La responsabilità amministrativa e contabile e la giurisdizione*, in Contabilità di Stato e degli enti pubblici (Autori vari), Torino, 2013, 171 ss.; *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa* a cura di M. Andreis e R. Morzenti Pellegrini, Torino, 2016; G. Bottino, *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Enc. dir.*, Annali X, 2017, 756-794.

[17] Per una più ampia ricostruzione storica della disciplina sostanziale e dell'evoluzione del quadro normativo di riferimento sul tema della responsabilità amministrativa per danno all'erario, si v. G. Bottino, *Responsabilità amministrativa per danno all'erario,* in *Enc. Dir.,* Annali X, 2017, 757 ss.

[18] "Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei Conti".

[19] Per approfondimenti, cfr. L. Giampaolino, *Prime osservazioni sull'ultima riforma della giurisdizione della Corte dei conti: innovazioni in tema di responsabilità amministrativa,* in *Foro amm.,* 1997, 3328 ss.; S. Cimini, *La responsabilità, cit.,* 13 ss.

[20] Cfr. nota 20.

[21] Cfr. P. Maddalena, *La responsabilità amministrativa degli amministratori degli enti pubblici economici e delle s.p.a. a prevalente partecipazione pubblica,* in *Riv. amm.,* 1996, I, 445 ss.

[22] Cfr. G. Greco, *L'ambito della giurisdizione contabile,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1967, 914 ss.

[23] In senso critico, cfr. F.G. Scoca, *op. cit.,* 50-52, ove si afferma: "*Nella ricerca di nuovi spazi per la sua giurisdizione la Corte ha intrapreso (…) anche strade diverse, forzando le disposizioni di legge che stabiliscono i presupposti necessari per la configurazione della responsabilità amministrativa. In particolare, fornendo una interpretazione estensiva dell'art. 52 t.u. C. conti (…). In altri termini, la relazione tra autore dell'illecito e amministrazione pubblica danneggiata si è andata allargando da rigoroso, e quindi esattamente individuabile, rapporto di impiego ad un più sfumato, e tuttora non definito, rapporto di servizio (…). Dalla sua indeterminatezza, il c.d. rapporto di servizio può dimostrarsi un punto di appoggio idoneo sul quale la giurisprudenza può far leva per estendere senza limiti precisi l'area della responsabilità amministrativa (…), in teoria fino ad assoggettarvi tutti coloro che, in un modo o nell'altro, giuridicamente o di fatto, vengono in contatto con una Amministrazione pubblica e stabiliscono con essa una relazione (anche soltanto funzionale)".*

[24] In argomento, *ex plurimis,* S. Pilato, *La responsabilità amministrativa,* Padova, 1999, 47 ss.; V. Tenore, *op. cit.,* 103 ss.; C. Vitale, *La Cassazione, il rapporto di servizio e la responsabilità amministrativa di soggetti privati,* in *Giorn. dir. amm.,* 2010, n. 2, 135 ss.; G. Bottino, Rischio e responsabilità amministrativa, Napoli, 2017, in particolare pt. II, cap. I, § 6; R. Garofoli, G. Ferrari, Manuale di diritto amministrativo, XIII ed., 2019, Molfetta (BA), 1620-1623.

[25] A titolo meramente esemplificativo, la figura dell'agente pubblico rilevante ai fini della instaurazione di un rapporto di servizio può riguardare i medici di base; laboratori privati di analisi convenzionate con il sistema sanitario nazionale; associazioni

rilevano taluni fattori che, tradizionalmente, hanno invece caratterizzato la relazione tra organo amministrativo e pubblica amministrazione: la natura giuridica del soggetto agente (pubblica o privata), il titolo giuridico con cui si instaura la relazione tra l'agente e la p.a. (contrattuale o provvedimentale) e la natura giuridica delle attività esercitate dal soggetto agente[26].

Ciò posto, occorre precisare che, durante il periodo pandemico, il legislatore ha introdotto una disciplina transitoria[27] consistente nella limitazione della responsabilità erariale degli agenti pubblici, di fatto riducendo il perimetro del sindacato spettante alla Corte dei conti *in subiecta materia*. Secondo questa disciplina, attualmente in vigore[28], l'elemento soggettivo della "colpa grave" poc'anzi accennato non è più idoneo a far sorgere la responsabilità erariale, dovendosi, piuttosto, accertare la sussistenza di un comportamento dell'agente connotato da dolo, ad eccezione dei danni cagionati da omissione o inerzia, espressamente esclusi da tale previsione normativa.

In via generale, la *ratio* della responsabilità amministrativo-contabile è rinvenibile primariamente nell'esigenza di salvaguardare la corretta gestione delle risorse pubbliche esercitata dallo Stato e dagli enti pubblici, in coerenza con il principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.[29].

Sulla natura giuridica della responsabilità in argomento, senza pretesa di esaustività, si sono distinte talune tesi sulla natura privatistica, talaltre sulla natura pubblicistica repressivo- sanzionatoria, nonché una terza tesi mediana c.d. "eclettica"[30].

La prima si fonda sul riconoscimento della matrice civilistica (e sulla funzione "recuperatoria") di tale responsabilità, in ragione, tra gli altri, dell'attribuzione alla giurisdizione esclusiva della Corte dei conti delle azioni finalizzate a garantire il credito erariale

di volontariato convenzionate con la pubblica amministrazione; cooperative affidatarie di progetti socialmente utili; istituti bancari concessionari dell'attività istruttoria finalizzata alla erogazione di contributi pubblici ai privati.

[26] In tal senso, cfr. Cass., Sez. un., 3 luglio 2009, n. 15599, ove si afferma che "(…) L'esistenza di un rapporto di servizio (…) è configurabile anche quando il soggetto, benché estraneo alla pubblica Amministrazione, venga investito, anche di fatto, dello svolgimento, in modo continuativo, di una determinata attività in favore della pubblica Amministrazione, con inserimento nell'organizzazione della medesima, e con particolari vincoli ed obblighi diretti ad assicurare la rispondenza dell'attività stessa alle esigenze generali cui è preordinata". In dottrina, per approfondimenti, cfr. G. Bottino, Responsabilit*à* amministrativa per danno all'erario, in Enc. diritto, Annali X, 2017, in particolare 765 ss.

[27] D.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni nella l. 11 settembre 2020, n. 120, in particolare l'art. 21. Si veda anche la proroga (sino al 30 giugno 2023) del regime di limitazione della responsabilità erariale, ai sensi dell'art. 51, comma 1, lett. h), d.l. 77/2021, convertito nella l. 108/2021; nonché l'ulteriore proroga di un anno (sino al 30 giugno 2024) di suddetto regime transitorio, ai sensi della l. 21 giugno 2023, n. 74, di conversione con modifiche del d.l. 22 aprile 2023, n. 44, recante "*disposizioni urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni pubbliche*".

[28] Si veda la precedente nota.

[29] P. Calandra, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica,* in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet,* Milano, 1987; A. Police, *Principi generali dell'azione amministrativa,* in M.R. Spasiano, D. Corletto, M. Gola, D.U. Galetta, A. Police, C. Cacciavillani (a cura di), *La pubblica amministrazione e il suo diritto,* Milano, 2012, 73 ss.; C. Chiarello, *Il buon andamento dell'amministrazione. D'Assemblea Costituente all'amministrazione digitale,* Napoli, 2022; M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento,* in *Principi e regole dell'azione amministrativa,* a cura di M.A. Sandulli, Quarta ed., Milano, 2023, 121 ss.

[30] Per approfondimenti sulle tesi relative alla natura della responsabilità amministrativo-contabile, cfr. P.L. Rebecchi, *Recenti fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa: incremento delle tutele o trappola della tipicità?,* in www.amcorteconti.it; F. Garri, voce *Responsabilità amministrativa,* in *Enc. giur. Treccani,* XXVI, Roma, 1991; F. Staderini, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici tra risarcimento e sanzione,* in *Riv. C. conti,* 1996, f. 2, 293 ss.; A. Police, *La natura della responsabilità,* cit., 145 ss.; F. Pasqualucci, *Introduzione,* in Aa.Vv., *L'evoluzione della responsabilità amministrativa,* a cura di E.F. Schlitzer Milano, 2002, 3 ss.; S.M. Pisana, *La responsabilità amministrativa,* Torino, 2007, 23 ss.; A. Vetro, *Il dolo contrattuale o civilistico: applicazione nei giudizi di responsabilità secondo la più recente giurisprudenza della Corte dei conti,* in www.lexitalia.it, 2011, f. 12.

(art. 73, cod. giust. cont., già art. 1, comma 174, l. 23 dicembre 2005, n. 266), nonché di ulteriori enunciati giurisprudenziali (sentenza c.d. Rigolio, 23 maggio 2014, su ricorso n. 20148/09) ai sensi dei quali è stata prospettata una lettura civilistica della natura della responsabilità amministrativa azionata innanzi alla Corte dei conti, escludendosi la sua assimilabilità ai giudizi penali o quelli aventi natura "sanzionatorio-punitiva"[31]. All'interno di tale orientamento si distingue la tesi che invoca la natura extracontrattuale di tale forma di responsabilità, con conseguente riconoscimento della atipicità dell'illecito *de quo*[32], da quella tesi che, in senso opposto, si incentra sulla natura eminentemente contrattuale[33], sottolineando come l'illecito amministrativo-contabile rappresenti una violazione del sottostante rapporto negoziale tra l'amministrazione datrice di lavoro ed il responsabile.

La seconda opzione ermeneutica, invece, evidenzia la matrice eminentemente pubblicistica di siffatta forma di responsabilità, alla luce della prevalente funzione repressivo-sanzionatoria che la caratterizza[34]. Tra gli argomenti a sostegno di tale ricostruzione, si suole richiamare, ad esempio, la circostanza del doveroso accertamento dell'elemento psicologico della condotta dell'autore del danno erariale ai fini della graduazione della condanna, similmente a quanto accade nella materia del diritto penale.

Infine, la terza impostazione c.d. "eclettica" valorizza sia i profili compensativi-risarcitori (reintegra pecuniaria del soggetto pubblico danneggiato) sia le finalità sanzionatorie- preventive, alla luce della graduazione della condanna in proporzione della gravità della condotta e dell'intensità dell'elemento psicologico[35].

Ad ogni modo, rispetto all'ordinaria responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c., quella amministrativo-contabile si caratterizza per la presenza di taluni caratteri di peculiarità: il danno erariale[36][36], il diverso

[31] Sui profili civilistico-risarcitori dell'azione di responsabilità amministrativa, cfr. C. conti, Sez. Trentino-Alto Adige, 16 novembre 2016, n. 43; id., Sez. III app., 22 giugno 2016, n. 243; id., Sez. III app., n. 68/2015; id. Sez. Veneto, n. 53/2016, n. 65/2016 e n. 117/2016; id., Sez. Campania, ordinanza 7 marzo 2016, n. 63.

[32] Cfr., sulla natura extracontrattuale dell'illecito amministrativo in esame, v. C. cost., 29 luglio 1992, n. 383; Cass. sez. un., 5 agosto 2008, n. 21130; id., 25 luglio 2007, n. 16416; id., 3 aprile 2007, n. 8359, tutte in *Ced. Cassazione;* id., 25 ottobre, 1999, n. 744, in Giur. it. 2000, 1053 e in Urban. e app., 2000, 159. In dottrina, in senso critico sulla teoria contrattuale, cfr. F. Garri, G. Dammicco, A. Lupi, P. Della Ventura, L. Venturini (a cura di), I giudizi, cit., 831.

[33] Sulla tesi della natura contrattuale, in giurisprudenza, tra molte, cfr. C. cost., 15 dicembre 1949, n. 32, in *www.cortecostituzionale.it;* C. conti, sez. I, 7 gennaio 1960, n. 1 e n. 52; id., sez. riun., 28 maggio 1956, n. 51. In dottrina, v. E. Vicario, La Corte dei conti in Italia, Milano, 1938, 510 ss.; V. Vitta, Contrattualità della responsabilità del funzionario verso l'amministrazione pubblica, in Riv. C. conti, 1950, I, 13 ss.; Greco, In tema di responsabilità patrimoniale degli impiegati dello Stato, in Riv. C. conti, 1958, I, 4; F. Bassi, voce Responsabilità contabile, in Enc. dir., vol. XXXVII, Milano, 1988, 1412A. Bennati, Manuale di contabilità di Stato, Napoli, 1990, 765; F. Bassi, Lezioni di diritto amministrativo, Padova, 1998, 297 ss.

[34] In tal senso, v. P. Maddalena, *Per una nuova configurazione della responsabilità amministrativa,* in *Cons. St.,* 1976, II, 831; Id., *Responsabilità civile e amministrativa: diversità e punti di convergenza dopo le l. 19 e 20 del 1994,* in *Cons. St.,* 1994, II, 1428 ss.; F. Staderini, *Responsabilità amministrativa, cit.,* 206; F. Merusi, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa, ovvero la riforma incompiuta,* in F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità,* Bologna, 2007.

[35] Cfr. C. cost., 20 novembre 1998, n. 371, in *Riv. amm. R. It.,* 1998, 945, con nota di P. Maddalena, in *Foro amm.,* 1997, n. 11-12 e in *Cons. Stato,* 1998, II, 1609; Id., 30 dicembre 1998, n. 453, in *Giust. civ.,* 1999, I, 647 e in *Corr. giur.,* 1999, 367. La specialità di tale forma di responsabilità, caratterizzata da una funzione compensativa-risarcitoria e da una concorrente finalità preventiva a tutela del buon andamento della p.a., è evidenziata da A. Police, La natura della responsabilità, in F.G. Scoca, La responsabilità amministrativa, cit., 154 ss. e da M. Sciascia, Manuale di diritto processuale contabile, Milano, 2018.

[36] Per approfondimenti quanto alla disamina delle tesi dottrinali sul problema definitorio circa la nozione di "danno" e di "danno erariale", si v. S.M. Pisana, *La responsabilità, cit.,* 90 ss.; A. Police,

grado di intensità dell'elemento soggettivo, nonché, come evidenziato dalla giurisprudenza, "*la particolare qualificazione del soggetto autore del danno (pubblico dipendente o soggetto legato alla P.A. da rapporto di servizio), (per) la natura del soggetto danneggiato (ente pubblico e assimilati) e (per) la causazione del danno nell'esercizio di pubbliche funzioni o in circostanze legate da occasionalità necessaria con lo svolgimento di pubbliche funzioni*"[37]. Ciò in quanto l'illecito erariale che viene in rilievo risulta caratterizzato dalla "*combinazione di elementi restitutori e di deterrenza*"[38].

2.1. *Segue*: il danno "da disservizio"

La figura del danno da disservizio costituisce una fattispecie rientrante nell'alveo della responsabilità amministrativa. Essa ha origine giurisprudenziale[39] ed è riconducibile, in via generale, all'esercizio di un'attività della p.a. in modo inefficiente e con una qualità del servizio[40] inferiore rispetto ai normali *standard* di erogazione, non consentendo la soddisfazione degli interessi e delle aspettative degli utenti del servizio pubblico[41].

Storicamente, si è assistito ad un progressivo ampliamento del perimetro di operatività della responsabilità amministrativo-contabile, sino a ricomprendere, su impulso dell'interpretazione pretoria, un'ampia varietà di figure di danno pubblico caratterizzate dalla *compromissione di interessi pubblici di carattere generale connessi all'equilibrio economico e finanziario*[42].

Invero, la recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, nell'ambito della pronuncia che qui si annota, ha evidenziato come il danno da disservizio sia ravvisabile in quegli illeciti caratterizzati dalla "*diminuzione di rendimento dell'azione amministrativa eziologicamente connessa alla lesione dell'agire amministrativo nei suoi valori fondamentali, tra cui il buon andamento e l'imparzialità: dall'inosservanza dei doveri del pubblico dipendente deriva la diminuzione di efficienza dell'apparato pubblico per la mancata o ridotta prestazione del servizio o per la cattiva qualità dello stesso. Il danno da disservizio presuppone*

La disciplina attuale, in F.G. Scoca, *La responsabilità, cit.,* 90 ss.

[37] Così Cass., Sez. un., ord. n. 2370 del 2023. In dottrina, per approfondimenti, cfr. A. Canale, D. Centrone, F. Freni, M. Smiroldo (a cura di), La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo, Milano, 2022, in particolare 42 e 84 ss.

[38] Corte costituzionale, sentenza n. 371 del 1998. In dottrina, cfr. G. Bottino, *Rischio e responsabilità, cit.*

[39] Tra le prime decisioni adottate *in subiecta materia,* cfr., tra molte, Corte conti, Sez. giur. Umbria, 5 ottobre 1995, n. 152; Corte conti, Sez. giur. Umbria, 4 dicembre 1997, n. 1; Corte conti, Sez. giur. Umbria, 23 gennaio n. 1998, in *Riv. Corte conti,* 2/1998, 99; Corte conti, Sez. giur. Piemonte, 19 febbraio 1998, n. 83, in *Riv. Corte conti,* 3/1998, 155.

[40] Cfr. le considerazioni effettuate dalla Corte dei conti, Sez. terza giur. d'appello, 26 settembre 2017, n. 479, ove si afferma che il danno da disservizio è una figura di sintesi di condotte colpevolmente disfunzionali che incidono sulla qualità del servizio, oltre che sulla sua materiale esecuzione.

[41] Cfr. M. Nunziata, *Il danno da disservizio,* in *La Corte dei conti, cit.,* 251. Per approfondimenti sul tema si veda, in particolare, C. Montanari, *Il danno da disservizio,* in *comuni d'Italia,* 2000, 1703, nonché in *Finanza loc.,* 2000, 1633; S. Pilato, *Il danno erariale ed il danno da disservizio,* in *Nuove autonomie,* 2003, 483 ss.; E. Tomassini, *Il danno da disservizio,* in *Riv. Corte conti,* 3/2005, 334 ss.; S. Monzani, *Servizi pubblici e tutela risarcitoria. Il multiforme rapporto tra utente e gestore,* in *La responsabilità dell'Amministrazione: quale giurisdizione?,* a cura di M. Andreis, Milano, 2009, 243 ss.; D. Buzzanca, *Danno da dissesto, da disservizio, da mancata utilizzazione dei beni,* in *Trattato dei nuovi danni,* a cura di P. Cendon, Padova, 2011, vol. 6, 181 ss.; M. Interlandi, *Danno da disservizio e tutela della persona,* Napoli, 2013; S. Foà, *Nuove tipologie e classificazioni del danno erariale alla luce della giurisprudenza contabile,* e G. Crepaldi, *Qualità delle prestazioni, disservizio e tutela del cittadino-utente,* in *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa,* a cura di M. Andreis e R. Morzenti Pellegrini, Torino, 2016, 25 ss. e 111 ss.; M. Nunziata, *Azione amministrativa e danno da disservizio,* Torino, 2018.

[42] Cfr. ord. n. 2370.2023, Cass., Sez. un.

una distorsione dell'azione pubblica rispetto al fine cui l'azione stessa deve essere indirizzata. Il danno si verifica quando il pubblico servizio è "*desostanziato*", *per l'utenza, delle sue intrinseche qualità. Si* è *di fronte a un pregiudizio sofferto dalla collettività in ragione dell'esercizio sviato della funzione amministrativa*"[43].

D'altro canto, sotto il profilo teorico è emersa la difficoltà di individuare con precisione i presupposti del danno da disservizio, in ragione del carattere ontologicamente atipico[44] ed essendo esso idoneo a ricomprendere un'ampia gamma di ipotesi di pregiudizio riferibili ai diversi settori della p.a.[45]. La stessa giurisprudenza contabile ha, invero, affermato che, nell'ambito della fattispecie in esame, risulta talvolta difficile quantificare, mediante una precisa misurazione economica, la diminuzione di rendimento[46] dell'attività amministrativa derivante dalla lesione di valori quali il buon andamento di cui all'art. 97 Cost.[47].

Nello specifico, secondo un orientamento il danno da disservizio si concretizzerebbe nella ingiustificata retribuzione percepita dal danneggiante (e nel conseguente danno arrecato all'amministrazione di appartenenza per l'inutilità della spesa sostenuta) nei casi di accertata grave inadempienza della prestazione, riscontrandosi in siffatte ipotesi sia un parziale inadempimento dell'obbligazione lavorativa sia la violazione dei canoni di lealtà, buona fede e diligenza[48].

Altra parte della giurisprudenza ha evidenziato come tale voce di danno debba rinvenirsi nelle spese sostenute dalla p.a. per individuare e arginare gli effetti del disservizio, potendosi concretizzare, a titolo esemplificativo, negli oneri sostenuti per la riorganizzazione dell'ufficio oppure nei costi derivanti dalla costituzione di una commissione di inchiesta per indagare sui fatti legati al disservizio[49].

Ancora, valorizzandosi il carattere patrimoniale[50] del danno da disservizio e la necessità che si sostanzi in un'effettiva perdita patrimoniale per la p.a., si è giunti a ritenere che esso debba essere provato nel suo ammontare e non possa ritenersi sussistente per la mera violazione degli obblighi di servizio da parte del trasgressore[51].

Nell'ambito delle numerose fattispecie riscontrate *in subiecta materia* dalla giurisprudenza contabile, si segnalano, a titolo meramente esemplificativo, la vicenda legata all'anticipazione, da parte di un commissario, dei temi concorsuali in favore di taluni candidati[52]; nonché quella connessa all'indebita discriminazione dell'ordine di lavorazione delle pratiche perpetrata dal pubblico funzionario, con un comportamento delittuoso, assicurando un canale

---

[43] Si veda la nota precedente.

[44] Cfr. Corte conti, Sez. giur. Basilicata, 22 marzo 2006, n. 83, nonché Corte conti, Sez. giur. Lombardia, 14 giugno 2011, n. 374. In dottrina, al riguardo si consulti G. Crepaldi, *Qualità delle prestazioni*, cit., 111-112.

[45] Cfr. M. Nunziata, *Il danno*, cit., 253.

[46] Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 2 febbraio 2015, n. 80.

[47] Corte conti, Sez. giur. prov. Trento, n. 130/2006.

[48] Corte conti, Sez. I app., 13 marzo 2014, n. 406. Cfr. anche Corte conti, Sez. giur. d'appello per la Regione Siciliana, dep. 31.12.2021, n. 228/A/2021.

[49] Cfr. Corte conti, Sez. giur. Trentino-Alto Adige, 19 maggio 2009, n. 317; nonché Corte conti, Sez. giur. Lombardia, 31 luglio 2015, n. 139.

[50] Quanto alla (prevalente) giurisprudenza che annovera il disservizio tra le forme di danno patrimoniale, si veda, tra molte, Corte conti, Sez. giur. Puglia, 6 luglio 2010, n. 444; Id. Sez. giur. Lombardia, 14 giugno 2011, n. 374; Id., Sez. giur. Veneto, 14 maggio 2014, n. 107; Id., Sez. giur. Campania, 10 giugno 2016, n. 331. In dottrina, sulla natura patrimoniale del danno erariale si veda S. Cimini, *Cattiva amministrazione da attività provvedimentale illegittima,* in *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, a cura di M. Andreis e R. Morzenti Pellegrini, Torino, 2016, 73-74.

[51] Cfr. Corte conti, Sez. giur. Lombardia, 14 giugno 2011, n. 374; Id., Sez. giur. Campania, 10 giugno 2016, n. 331.

[52] Cfr. Corte conti, Sez. giur. Umbria, 22 marzo 2022, n. 12.

preferenziale ad alcuni imprenditori e professionisti[53].

Dopo aver esaminato la nozione di danno, seppure limitatamente alla particolare ipotesi del "disservizio", occorre richiamare un istituto che tradizionalmente connota la giurisdizione contabile nella materia della responsabilità amministrativa per danno all'erario, ovverosia il "potere riduttivo dell'addebito"[54]. Con tale espressione[55], si suole designare il potere del giudice contabile, nell'ambito di una sentenza di condanna, di porre a carico degli agenti pubblici "tutto o parte del danno accertato o del valore perduto"[56]. Per tal ragione, non vi è sempre una necessaria coincidenza tra il danno subìto dalla p.a.[57] (accertato secondo il principio delle conseguenze dirette ed immediate del fatto dannoso *ex* art. 1223 c.c.) e il danno definitivamente posto a carico dell'agente pubblico, che deve essere quantificato dal giudice con "*valutazione discrezionale ed equitativa*" fondata sulla intensità dell'elemento soggettivo dell'agente e sulle circostanze che vengono in rilievo nel caso concreto[58]. Alla luce di tali caratteri che contraddistinguono il potere riduttivo del giudice contabile, si evidenzia, infatti, che "*la sentenza della Corte dei conti è (…) determinativa e costitutiva del debito risarcitorio*"[59].

3. La decisione delle Sezioni Unite.

Come accennato in premessa, le Sezioni Unite, nell'ordinanza che qui si annota, affrontano la questione relativa alla perimetrazione della responsabilità amministrativo-contabile del magistrato, soffermandosi, in particolare, sulle relative conseguenze in punto di giurisdizione.

Preliminarmente, il Collegio richiama talune importanti statuizioni effettuate dalla Corte costituzionale, chiarendo che sussiste "*la conciliabilità in linea di principio dell'indipendenza della funzione giudiziaria con la responsabilità nel suo esercizio, non solo con quella civile, oltre che penale, ma anche amministrativa, nelle sue diverse forme*"[60].

Ripercorrendo la giurisprudenza di legittimità sul punto, l'ordinanza evidenzia come debba ritenersi configurabile la responsabilità amministrativa del magistrato non solo nelle ipotesi di danno patrimoniale cagionato allo Stato a causa della commissione di un reato[61], ma anche, in senso più ampio[62], nelle ipotesi derivanti dalla violazione di doveri strumentali rispetto alle funzioni concretamente svolte, tra cui figura, ad esempio, il dovere di chiedere l'autorizzazione allo svolgimento di incarichi extralavorativi[63].

Nel particolare, il Collegio[64] sottolinea come dall'art. 7, legge n. 117 del 1998 non

[53] Cfr. Corte conti, Sez. giur. Lombardia, 31 luglio 2015, n. 139.
[54] Per approfondimenti, cfr. G. Bottino, *Responsabilità*, cit., 790 ss.
[55] Cfr. l'art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 20 del 1994.
[56] Art. 83, comma 1, l. cont. St., art. 52, comma 1, t.u. C. conti, art. 19, comma 2, t.u. imp. Civ. St.
[57] Presupposto per l'esercizio, da parte del pubblico ministero, dell'azione di responsabilità.
[58] Cfr. Corte cost., 12 giugno 2007, n. 183.
[59] Sulla questione, prima di Corte cost. n. 183 del 2007, cfr. P. Maddalena, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa alla luce della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale,* in TAR, 1999, n. 7-8, 261 ss.; D. Gasparrini Pianesi, *La responsabilità amministrativa per danno all'Erario. Profili strutturali e funzionali della responsabilità,* Milano, 2004, 52 ss.
[60] Corte costituzionale n. 385 del 1996.
[61] Cfr. Cass., Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6582.
[62] Cass., Sez. un., 27 maggio 2007, n. 12248.
[63] Cfr. Cass., Sez. un., 2 novembre 2011, n. 22688.
[64] A sostegno delle considerazioni dianzi esposte, sul piano normativo si invocano le seguenti disposizioni: l'art. 172, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, approvato con il d.P.R. 30 maggio 2002,

possa *sic et simpliciter* escludersi la possibilità che si instaurino, nei confronti di un magistrato, altri giudizi dinanzi alla Corte dei conti, secondo la disciplina della responsabilità amministrativa, giacché tale legge "*non esaurisce in sé ogni forma di responsabilità perché, nella sua regolazione, attiene all'ambito di quella civile*"[65].

La pronuncia prosegue evidenziando che la giurisdizione della Corte dei conti si radica nelle ipotesi di danni cagionati all'erario dal magistrato nell'esercizio di funzioni amministrative[66] sia per quelli derivanti dall'esercizio di funzioni giudiziarie (ferma restando l'insindacabilità nel merito dei provvedimenti giudiziari e il limite della indipendenza funzionale), nonché nei casi di danno all'immagine[67] arrecato alla p.a. per delitti commessi in danno ad essa, ai sensi dell'art. 51 cod. giustizia contabile.

La Suprema Corte ha, poi, effettuato una ricognizione delle diverse conseguenze che potrebbero derivare, sul piano normativo, dal ritardo nel deposito dei provvedimenti giurisdizionali da parte del giudice (ferma restando la responsabilità del magistrato per fatti costituenti reato[68], ai sensi dell'art. 13, legge n. 117 del 1988, nelle ipotesi in cui il ritardo configuri la fattispecie di rifiuto di atti d'ufficio).

L'ordinanza ha quindi osservato che tale condotta potrebbe, in primo luogo, assumere rilievo dinanzi al giudice contabile nell'ambito del giudizio di rivalsa verso il magistrato per i danni risarciti dallo Stato in caso di irragionevole durata del processo, ai sensi della legge n. 89 del 2001.

In secondo luogo, il ritardo potrebbe integrare una fattispecie di illecito disciplinare, in presenza dei requisiti di cui all'art. 2, comma 1, lett. *q),* d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, con la conseguente irrogazione della sanzione disciplinare. In tal caso, infatti, il ritardo rileverebbe nella misura in cui sia espressione della mancanza di laboriosità, alla luce di una valutazione complessiva del carico di lavoro dell'ufficio[69]. Si precisa che, ai sensi del rinvio operato dall'art. 32, legge 27 aprile 1982, n. 186, in relazione alla responsabilità disciplinare dei giudici amministrativi continua ad applicarsi la disciplina contenuta nel regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511, ove si definisce l'illecito disciplinare (art. 18)[70].

Ulteriormente, il ritardo potrebbe configurare un'ipotesi di diniego di giustizia,

n. 115, nella parte in cui prevede che sia i magistrati sia i funzionari amministrativi sono tenuti al risarcimento del danno subìto dei danni subìti dall'erario nelle ipotesi normativamente previste, secondo quanto previsto dalla disciplina in tema di responsabilità amministrativa; l'art. 5, co. 4, legge 24 marzo 2001, n. 89, che, in tema di equa riparazione per la violazione del termine di ragionevole durata del processo, prevede che il decreto di accoglimento della domanda venga(di equa riparazione) debba essere comunicato, in particolare tra gli altri, al procuratore contabile per l'eventuale avvio del procedimento di responsabilità; nonché l'art. 13, legge n. 117 del 1998, che, nei casi di responsabilità civile per fatti costituenti reato nell'ambito dell'azione di regresso, prevede l'applicazione delle norme sulla responsabilità dei pubblici dipendenti.

[65] Cfr. ordinanza in commento, ove si richiama, quale ulteriore argomento a sostegno della tesi sostenuta dal Collegio, la clausola di salvezza del giudizio di responsabilità contabile contenuta nell'art. 2, co. 3-*bis,* legge n. 117 del 1988.

[66] A titolo esemplificativo, nei casi di uso non istituzionale dei beni dell'ufficio.

[67] Sul tema del danno all'immagine della p.a., si veda, tra molte, la sentenza della Corte dei conti per la Campania, 12 gennaio 2023, n. 6, la quale ha stabilito che suddetta voce di danno, pur non comportando una diminuzione patrimoniale diretta, è comunque suscettibile di valutazione patrimoniale sotto il profilo delle spese necessarie per il ripristino del danno del bene giuridico leso.

[68] Relativamente alla vicenda in esame, cfr. anche Cass. pen., Sez. VI, 16 marzo 2022, n. 8870, la quale ha affermato che il ritardo del magistrato nel deposito delle sentenze non integra, di per sé solo, il reato di rifiuto di atti d'ufficio *ex* art. 328 c.p., se non sussista una indifferibilità dell'atto omesso.

[69] Cfr., tra molte, Cass., Sez. un., 7 ottobre 2019, n. 25020.

[70] Cfr. Cons. St., Sez. IV, 7 dicembre 2015, n. 5572.

ai sensi dell'art. 3, legge 117 del 1988, con conseguente responsabilità civile del magistrato.

Ciò chiarito in via generale, le Sezioni Unite hanno affermato che, nel caso di specie, il ritardo del magistrato deve essere correttamente qualificato in termini di illecito disciplinare, fattispecie che, come noto, è rimessa alla valutazione dell'organo di governo autonomo della magistratura; e hanno, poi, specificato che la responsabilità disciplinare del magistrato non integra una mera responsabilità verso l'ordine di appartenenza, dispiegando effetti anche nei confronti della generalità dell'ordinamento costituzionale, stante la rilevanza che assume il rispetto delle regole disciplinari da parte dei magistrati.

Invece, la Sezione giurisdizionale d'appello aveva condannato il giudice amministrativo a risarcire un danno erariale da disservizio per essere incorso in gravi e sistematiche inadempienze, impedendo il raggiungimento dei migliori *standard* di efficienza nell'ambito del "servizio giustizia". In altri termini, aveva ritenuto sussistenti tutti gli elementi costitutivi del danno erariale da disservizio, idoneo a far sorgere la responsabilità amministrativo-contabile del magistrato autore della condotta antigiuridica[71]. Si riscontrava, quindi, un'ipotesi di responsabilità amministrativo-contabile per un danno direttamente derivante dalla negligente attività lavorativa del magistrato che depositava con ritardo i provvedimenti di sua competenza.

Contro tali approdi ermeneutici, le Sezioni Unite hanno rilevato che l'ipotesi *de qua* non integra alcuna delle fattispecie normative cui la legge ricollega il sorgere della responsabilità erariale: non è stata esercitata un'azione di risarcimento del danno erariale per la condotta del magistrato derivante da reato; non è stata esercitata un'azione di rivalsa per danni risarciti dallo Stato a terzi a causa dell'irragionevole durata del processo, ai sensi della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e della legge n. 89 del 2001; non vi è stata alcuna condanna dello Stato al risarcimento dei danni per diniego di giustizia.

Conseguentemente, hanno affermato che "*la Sezione giurisdizionale d'appello ha esteso il perimetro della responsabilità amministrativo-contabile per danno da disservizio fino a ricomprendervi un'ipotesi di ordinaria violazione del dovere di diligenza del magistrato integrante una figura di illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni, come tale rimessa alla valutazione dell'organo di governo autonomo della magistratura amministrativa; e ha finito, così, con il giudicare di una domanda che fuoriesce dall'ambito della cognizione della Corte dei conti*"[72]; precisando, poi, che "*la responsabilità amministrativa per danno erariale da disservizio non può essere in via interpretativa estesa fino a ricomprendere le ipotesi legate al mero ritardo nel deposito dei provvedimenti da parte del magistrato*"[73].

La Suprema Corte sancisce, quindi, che ai fini del riconoscimento, accanto alla responsabilità disciplinare, di una responsabilità amministrativa per danno erariale da disservizio, è necessaria la presenza di un *quid pluris* rispetto al mero ritardo. Invero, ciò potrebbe configurarsi in presenza di un

[71] Nella specie, si determinava in via equitativa il risarcimento del danno nell'importo pari al 20% delle risorse finanziarie stanziate dall'Amministrazione per retribuire il magistrato nell'arco temporale considerato.

[72] Cfr. Cass., Sez. un., ord. n. 2370. 2023, par. 19.

[73] *Ibidem*, par. 22.

danno aggiuntivo, di carattere patrimoniale, derivante dalla condanna dello Stato al pagamento dell'indennizzo a titolo di equa riparazione per irragionevole durata del processo o del risarcimento per diniego di giustizia; ancora, ove il ritardo si traduca in un rifiuto o in una omissione di atti d'ufficio, penalmente rilevante, o sia espressione di un mancato svolgimento della prestazione lavorativa (ipotesi del magistrato "assenteista dalla funzione")[74].

Alla luce delle considerazioni svolte, le Sezioni Unite affermano che il mero ritardo nel deposito dei provvedimenti non costituisce un elemento idoneo, di per sé solo considerato, a far sorgere una responsabilità amministrativa per danno da disservizio, rilevando, tale condotta, soltanto in termini di illecito disciplinare secondo la valutazione dell'organo disciplinare di governo autonomo. Di talché, la Corte precisa che "*ritenendo configurabile la responsabilità amministrativa del magistrato convenuto, e quindi ammissibile la tutela risarcitoria, al di là dei confini della stessa derivanti dal sistema elaborato dal diritto vivente, la Sezione giurisdizionale d'appello della Corte dei conti per la Regione Siciliana ha finito con il creare una nuova fattispecie di responsabilità erariale destinata a investire il medesimo interesse tutelato con l'azione disciplinare officiosa, così superando i limiti esterni della giurisdizione spettante alla Corte dei conti in materia di contabilità pubblica*". Per tali ragioni, nell'accogliere il primo motivo di ricorso e nel ritenere assorbiti i restanti, si dichiara il difetto di giurisdizione della Corte dei conti.

[74] Cfr. Corte dei conti, Sez. giur. Lombardia, 10 giugno 2016, n. 95; nonché Cass., Sez. un., 11 aprile 2018, n. 22083.

4. Considerazioni conclusive.

Come anticipato nei precedenti paragrafi, con l'ordinanza in commento la Corte di Cassazione ha svolto importanti considerazioni, sia sul versante del diritto sostanziale, in tema di illecito erariale e danno da disservizio, sia su quello del diritto processuale, in relazione alla questione dell'eccesso di potere giurisdizionale[75], con particolare riferimento alla dibattuta ipotesi dello sconfinamento dell'attività interpretativa del giudice nella sfera riservata al legislatore[76].

[75] Sul tema dell'eccesso di potere giurisdizionale, si v. la recentissima Cass., sez. un., 23 novembre 2023, n. 32559, sulla questione delle proroghe delle concessioni c.d. balneari. A tal proposito, cfr. la nota n. 82. In dottrina, oltre ai riferimenti presenti nella nota n. 2, cfr. G. Cocozza, *Il percorso conformativo dell'eccesso di potere giurisdizionale,* Napoli, 2017; M.A. Sandulli, *La "risorsa" del giudice amministrativo,* in *Questioni Giustizia,* 1/2021; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa,* Torino, 2023, 356 ss. Inoltre, cfr. lezione inaugurale del 6 marzo 2023 della Prof.ssa M.A. Sandulli, *cit.*; nonché, da ultimo, le considerazioni espresse da G. Greco nell'ambito del convegno di Modanella, *cit.*; M.A. Sandulli, *Conclusioni delle Giornate di studio*, cit.

[76] Sulla difficoltà di riscontrare, in concreto, siffatta forma di eccesso di potere giurisdizionale, più volte qualificato dalla giurisprudenza in termini di vera e propria "produzione normativa", cfr., tra molte, Cass., Sez. un., 15 luglio 2013, n. 11091, secondo cui "*la figura dell'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è di rilievo meramente teorico, in quanto postulando che il giudice applichi non la norma esistente, ma una norma da lui creata, può ipotizzarsi solo a condizione di potere distinguere un'attività di formale produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa, ché, come si riconosce dalle più recenti ed accreditate teorie post illuministiche, non ha una funzione meramente euristica, ma si sostanzia in opera creativa della volontà di legge nel caso concreto*". In argomento, si v. anche Cass., Sez. un., 30 ottobre 2019, n. 27842, ove, a fronte dell'imputazione alla Adunanza plenaria dello sconfinamento nelle attribuzioni riservate al legislatore per avere esercitato una *potestas iudicandi* consistente nella modulazione degli effetti della sentenza creando *ex novo* una norma transitoria con efficacia *erga omnes,* la Corte dichiara il ricorso inammissibile, stante l'assenza di qualsivoglia carattere decisorio della statuizione che si limitava ad enunciare principi di diritto e restituiva, per il resto, la decisione alla Sezione remittente. In dottrina, per approfondimenti cfr. M. Nigro,

Quanto al primo profilo, il Collegio si sofferma ampiamente sull'analisi delle conseguenze derivanti, in punto di qualificazione dogmatica, dal ritardo nel deposito dei provvedimenti giurisdizionali da parte di un magistrato, nonché sui requisiti necessari ai fini della eventuale configurabilità di un danno "da disservizio". A tal proposito, la Suprema Corte non esclude, in astratto, che il giudice contabile possa contestare il danno *de quo*, ma si limita a rilevare che, in concreto, non appare rinvenibile nel caso di specie alcuna fattispecie definibile come tale, giacché "*(…) il mero ritardo, da parte di un magistrato amministrativo, nel deposito dei provvedimenti non integra, di per sé, responsabilità amministrativa per danno da disservizio, essendo rimessa la valutazione di tale condotta all'organo disciplinare di governo autonomo, con conseguente difetto di giurisdizione della Corte dei conti*"[77].

Si evidenzia, inoltre, che il danno da disservizio necessita di essere provato, non potendo promanare *sic et simpliciter* dal mero ritardo nel deposito dei provvedimenti giurisdizionali da parte del magistrato, come sembrerebbe desumersi dalla sentenza sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite[78].

Quanto al secondo profilo, sul versante processuale le Sezioni Unite hanno, per la prima volta, sia pure in riferimento alla fonte di delimitazione dei confini della giurisdizione e non in riferimento a una norma di diritto sostanziale, riscontrato il superamento, in danno del legislatore, dei limiti esterni della giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per avere il giudice contabile, nello specifico, "*finito con il creare una nuova fattispecie di responsabilità erariale destinata a investire il medesimo interesse tutelato con l'azione disciplinare officiosa*".

Come noto, la questione dell'individuazione, in concreto, delle fattispecie rientranti nell'alveo dei *"soli motivi inerenti alla giurisdizione",* di cui all'art. 111, comma 8, Cost., è stata (ed è) ampiamente dibattuta, specie per ciò che concerne l'ipotesi dello "sconfinamento" dell'attività giurisdizionale nella sfera riservata al legislatore[79]. La difficoltà di trovare una precisa linea di demarcazione tra ciò che configura una mera violazione di legge e ciò che, invece, è atto a configurare una questione di giurisdizione è testimoniata, in particolare, dalla nota pronuncia n. 6 del 2018 della Corte costituzionale[80], che ha mostrato di non aderire alla tesi secondo cui il ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione di cui all'ottavo comma, art. 111, Cost., ricomprenderebbe anche il sindacato sugli *errores in procedendo o in iudicando* nei casi di interpretazione "abnorme" delle disposizioni di legge (c.d. interpretazione dinamico-evolutiva). Si evidenziava l'incompatibilità di siffatta tesi rispetto alla "lettera" e allo "spirito della norma costituzionale" (art. 111, comma 8, Cost.). Invero, la Corte escludeva che anche la violazione dei principi in materia di giusto processo ed affet-

Giustizia amministrativa, cit., nonché M.A. Sandulli, *Guida alla lettura, cit.*, e i rilievi espressi in occasione del convegno tenutosi presso l'Università degli Studi di Roma Tre, 11 febbraio 2022, *Il caso Randstad Italia s.p.a.: questione di giurisdizione o di giustizia?,* in questa *Rivista*, 17 febbraio 2022.

[77] Cfr. par. 26 dell'ordinanza in commento.

[78] Per approfondimenti, cfr. la lezione inaugurale del 6 marzo 2023 della Prof.ssa M.A. Sandulli, *cit.*

[79] Si v. le note nn. 1, 2 e 76.

[80] Cfr. Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6, in *Foro it.,* I, 2018, 373. In giurisprudenza, sull'interpretazione della figura dell'eccesso di potere giurisdizionale in seguito a tale pronuncia, cfr., tra molte, Cass. Sez. un., n. 18259/2021 e n. 7839/2020. In dottrina, cfr. A. Travi, *Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione,* in *Giustamm.it,* n. 11/2017; Id., *Il giudice amministrativo come risorsa?,* in *Questione Giustizia,* n. 1/2021.

tività della tutela, contemplati nell'art. 111, comma 1, Cost., potessero integrare una questione di giurisdizione rilevante ai sensi dell'ottavo comma.

Tale approdo interpretativo non subiva rivisitazioni nemmeno in occasione del rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione europea disposto dalle Sezioni Unite (ord. n. 19598 del 2020)[81] in relazione alla portata applicativa della nozione di eccesso di potere giurisdizionale con particolare riferimento all'ipotesi del rifiuto di giurisdizione[82], atteso che il giudice sovranazionale, al riguardo, precisava che "*il diritto dell'Unione non osta a che l'organo giurisdizionale supremo di uno Stato membro non possa annullare una sentenza pronunciata in violazione di tale diritto dal supremo organo della giustizia amministrativa di detto Stato membro*"[83].

Alla luce di tali importanti arresti giurisprudenziali di cui, seppure brevemente, si è fatto cenno, occorre chiedersi se nell'ordinanza in commento le Sezioni Unite abbiano sostanzialmente aderito a una interpretazione dinamico-evolutiva dell'eccesso di potere giurisdizionale, secondo la quale anche un'interpretazione abnorme delle norme in materia di illecito erariale e danno da disservizio possa ritenersi idonea a configurare il vizio censurabile ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost.; oppure se, diversamente, la pronuncia debba inserirsi nel solco di una più tradizionale ipotesi di superamento dei limiti esterni della giurisdizione.

Sul punto, taluni autori hanno evidenziato come la tecnica argomentativa utilizzata dalla Corte regolatrice si fondi principalmente sulla delimitazione della giurisdizione della Corte dei conti secondo i principi generali cristallizzati nell'art. 103 Cost. per ciò che attiene alle materie di contabilità pubblica[84]. Pertanto, tale approccio ermeneutico sembrerebbe discostarsi dalla metodica fondata sul vaglio della sussistenza di un'ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale, di cui all'art. 111, comma 8, mediante il ricorso al concetto di "interpretazione abnorme" delle norme di riferimento.

Del resto, la tematica dell'eccesso di potere giurisdizionale, specie nella particolare ipotesi che qui viene in rilievo, si profila intimamente connessa con il problema della individuazione degli effetti dell'errore interpretativo[85] del giudice alla luce del delicato rapporto esistente tra legislazione e giurisdizione, tenuto conto della complessità e della difficoltà di distinguere il confine tra la fisiologica attività del giudice di interpretazione del diritto e quella, invece, consistente in una vera e propria "creazione" delle norme. Di talché, la portata innovati-

[81] Si v. M.A. Sandulli, *Guida alla lettura*, cit.

[82] Per approfondimenti, si v. la recentissima Cass., Sez. un., 23 novembre 2023, n. 32559, specie al par. 16, ove si afferma che: "*Si è trattato di un diniego o rifiuto della tutela giurisdizionale sulla base di valutazioni che, negando in astratto la legittimazione degli enti ricorrenti a intervenire nel processo, conducono a negare anche la giustiziabilità degli interessi collettivi (legittimi) da essi rappresentati, relegandoli in sostanza al rango di interessi di fatto. La sentenza impugnata, di conseguenza, è affetta dal vizio di eccesso di potere denunciato sotto il profilo dell'arretramento della giurisdizione rispetto ad una materia devoluta alla cognizione giurisdizionale del giudice amministrativo*". In dottrina, cfr. in particolare F. Francario, *Il sindacato della Cassazione*, cit.

[83] Per approfondimenti, cfr. F. Francario, *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021, C-497/20, Randstad Italia Spa,* in *Federalismi.it,* n. 5, 9 febbraio 2022.

[84] Cfr. le considerazioni espresse da C. Contessa nell'ambito della lezione inaugurale del 6 marzo 2023, *cit*. Inoltre, si v. quanto affermato da G. Greco nel convegno di Modanella, *cit.,* in merito alla difficoltà di qualificare siffatta ipotesi in termini di invasione della sfera del legislatore ovvero della sfera dell'amministrazione. Sul tema, cfr. M.A. Sandulli, *Conclusioni delle Giornate di studio,* cit.

[85] Sul tema, si v. in particolare M. Luciani, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica,* in *QG,* 3/2019.

va della pronuncia in commento si rinviene principalmente nella circostanza che le Sezioni Unite siano giunte a riscontrare, in concreto, una fattispecie di eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera del legislatore, superandosi quella ritrosia che, storicamente, le attribuiva un rilievo meramente "teorico"[86].

[86] In argomento, cfr. le considerazioni espresse da R. Vaccarella nella lezione inaugurale, *cit.*, il quale sottolinea l'importanza della pronuncia *de qua* per avere la Corte di Cassazione utilizzato, per la prima volta, una locuzione "dirompente" specificando che "*la Corte dei conti per la Regione Siciliana ha finito con il creare una nuova fattispecie di responsabilità erariale*".

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2924 – 19 ottobre 2023

L'espropriazione in Europa: esperienze di alcuni Paesi a confronto*

Maria Laura Maddalena

Sommario: 1. Premessa. – **1.1.** Perché un esame di diritto comparato della materia espropriativa. – **1.2.** Come è nata l'idea di questa ricerca. – **1.3.** Panoramica degli elementi comuni e differenziali riscontrati tra i vari Paesi esaminati. – **2.** La disciplina dell'espropriazione in Francia: il procedimento di espropriazione. – **2.1.** Il controllo del giudice amministrativo sulla dichiarazione di pubblica utilità. – **2.2.** Il riparto di giurisdizione tra "*voi de fait*" e "*emprise irrégulière*". – **2.3.** Il superamento del principio di intangibilità dell'opera pubblica e i limiti alla restituzione del bene illegittimamente espropriato. – **3.** L'espropriazione in Spagna: la procedura di esproprio. – **3.1.** Conseguenze del ritardo nella procedura di esproprio. – **3.2.** La tutela giudiziaria e il caso di "*via de echo*". – **4.** L'espropriazione per pubblica utilità nel diritto inglese ("*Compulsory purchase of land*"). – **5.** L'espropriazione per pubblica utilità in Germania. – **6.** Conclusioni.

1. Premessa.

1.1. Perché un esame di diritto comparato della materia espropriativa.

Un esame di diritto comparato in materia di espropriazione di pubblica utilità, nonostante si tratti di un tema poco studiato in Italia, è tuttavia, ad avviso di chi scrive, di particolare interesse per una molteplicità di ragioni.

In primo luogo, occorre considerare che tutti i Paesi europei sono chiamati a confrontarsi con l'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione dei diritti dell'uomo e con la giurisprudenza della Corte EDU sul tema. È pertanto sicuramente utile comprendere quali risposte i vari ordinamenti europei abbiano dato su questi temi.

Inoltre, non va dimenticato che la Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea all'art. 17 prevede che nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa.

---

* Relazione tenuta al Corso dal titolo: *Le procedure espropriative, a venti anni dall'entrata in vigore del D.P.R. n. 327 del 2001,* tenutosi presso il Consiglio di Stato il 16 e 17 marzo 2023. Il presente scritto aggiorna, modifica e approfondisce un precedente scritto dell'autrice, M.L. Maddalena, *L'espropriazione per pubblica utilità in Europa, alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: esperienze nazionali a confronto*, apparso su www.lexitalia.it (2014).

La rilevanza di tale previsione, tuttavia, è piuttosto marginale, in concreto.

Infatti, l'art. 51 della Carta prevede che essa si applica agli Stati membri solo se ed in quanto essi agiscano "nell'attuazione del diritto dell'Unione" e l'espropriazione per pubblica utilità non è di per sé materia coperta dal diritto UE[1], ma disciplinata dal diritto interno degli Stati membri. Né, a mente del secondo comma dell'art. 51, la Carta introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'UE, modificando le competenze e i compiti definiti dai Trattati.

Pertanto, come ha affermato la Cassazione, "la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla luce della clausola di equivalenza sancita dall'art. 52, par. 3, non ha determinato una "trattatizzazione" indiretta e piena della Cedu, la quale è predicabile solo per le ipotesi nelle quali la fattispecie sia disciplinata dal diritto europeo e non già da norme nazionali prive di alcun legame con il diritto dell'Unione europea[2].

Nonostante ciò, è evidente che la presenza di una tale previsione in una fonte così qualificata del diritto dell'Unione non possa non svolgere un ruolo, quanto meno sotto il profilo dell'interpretazione, nella giurisprudenza degli Stati membri, anche quando si controverta di fattispecie regolate solo dal diritto interno, come nel caso della espropriazione finalizzata alla realizzazione di opere pubbliche. Infatti, anche la giurisprudenza della Corte di giustizia UE, quando ha trattato della tutela della proprietà in ambito UE si è sempre ispirata ai Principi costituzionali degli Stati membri.

Infine, una terza ragione, che tuttavia caratterizza tutte le indagini di diritto comparato, si fonda sulla generale constatazione che lo studio delle discipline degli altri Paesi consente spesso all'interprete di meglio comprendere, tramite le differenze e similitudini riscontrate, il proprio ordinamento, come se lo si guardasse da fuori, liberandosi dai condizionamenti della propria tradizione giuridica, anche al fine di prospettare eventuali soluzioni alternative maggiormente efficaci alla prova dei fatti. Peraltro, talvolta – come vedremo – si scopre che gli altri ordinamenti hanno seguito lo stesso percorso argomentativo, pur nell'ambito di diversi riferimenti normativi.

1.2. Come è nata l'idea di questa ricerca.

In questo quadro, la presente ricerca ha preso le mosse da due semplici domande: 1) la CEDU ha riscontrato anche in altri Stati europei, come avvenuto in Italia, casi di violazione dell'art. 1 del protocollo n. 1 per la realizzazione di espropriazioni indirette o di fatto? 2) come si comportano gli altri ordinamenti nel caso in cui vuoi per l'annullamento o per la sopravvenuta inefficacia di un atto della procedura, l'esproprio finisca per essere privato della sua base legale? Viene disposta in questi casi la restituzione del bene al privato o si cercano soluzioni alternative al fine comunque di preservare l'interesse pubblico sotteso al mantenimen-

[1] Sul punto la giurisprudenza della Corte è stata sempre chiara nell'affermare che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione vale per gli Stati membri soltanto quando essi agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (sentenza del 13 luglio 1989, Wachauf, causa 5/88, Racc. 1989, pag. 2609; sentenza del 18 giugno 1991, ERT, Racc. 1991, pag. 1-2925; sentenza del 18 dicembre 1997, Annibaldi, causa C-309/96, Racc. 1997, pag. I-7493) e non in materia non coperte dal diritto UE.

[2] Ne consegue che è stato affermato dalla Cassazione che non è ravvisabile alcuna "disciplina" da parte delle norme dell'U.E. nella generica previsione, contenuta nell'art. 17 par. 1 della Carta, del diritto alla percezione di una "giusta indennità" da parte del soggetto privato della proprietà per "causa di pubblico interesse", trattandosi di disposizione che non è espressiva del regolamento di una "materia" di interesse comunitario ed è priva di attitudine regolatrice di situazioni indeterminate in quanto non inclusiva di alcun criterio o parametro determinativo".

to in mano pubblica dell'opera ancorché illegittimamente realizzata? In relazione al primo quesito, una semplice disamina delle pronunce CEDU mostra che, a parte alcune risalenti pronunce riguardanti la Grecia (sent. del 24.6.1993, Papamichalopulos e altri c. Grecia) e alcuni casi recenti riguardanti la Turchia (Sarica et Dlaver c. Turchia, 27.10.2010), Romania (caso Vergiu c. Romania, 11.1.2011) il Portogallo (Rolim Comericial s.a. c. Portugal, X sez. 16.4.2013, riguardante appunto un caso di espropriazione di fatto in cui la corte suprema portoghese non aveva ritenuto di poter disporre la restituzione del bene nello stato iniziale poiché la privazione della proprietà perseguiva comunque un obiettivo sociale) in cui la Corte ha ravvisato la violazione del principio di legalità di cui all'art. 1 del protocollo n. 1, i casi concernenti l'Italia, se si guarda al recente passato, appaiono sicuramente i più numerosi. Per meglio comprendere le ragioni di questo fenomeno, si è ritenuto di confrontare le procedure di esproprio nei vari Paesi europei, circoscrivendo però questa indagine a Francia, Spagna, Regno Unito e Germania).

Per cercare di dare una risposta al secondo quesito, la ricerca si è concentrata in particolare l'attenzione sui casi in cui, nei Paesi esaminati, si riscontra l'assenza o il venir meno della "base legale" per procedere ad una legittima espropriazione. Si tratta delle ipotesi della c.d. espropriazione indiretta, dove l'amministrazione agisce in via di fatto (*voi de fait* o *via del echo*) ovvero *ultra vires*. Si esamineranno quindi le soluzioni adottate dai vari Paesi europei esaminati in tale ipotesi.

La ricerca è stata effettuata in primo luogo sui testi normativi e giurisprudenziali, in alcuni casi tradotti, e su alcuni studi di diritto di autori stranieri, elencati nella bibliografia.

1.3. Panoramica degli elementi comuni e differenziali riscontrati tra i vari Paesi esaminati.

Si può fin d'ora anticipare che in quasi tutti i Paesi si rinvengono alcuni aspetti simili e altri invece profondamente diversi rispetto alla nostra disciplina dell'espropriazione, che probabilmente possono essere utili al fine di spiegare il minor contenzioso per violazione dell'art. 1 del protocollo 1 della Convenzione rispetto alla situazione italiana:

in molti casi, il procedimento si articola in una struttura bifasica: una prima parte relativa alla dichiarazione di pubblico interesse per la realizzazione dell'opera pubblica e una seconda fase concernente il trasferimento della proprietà e la corresponsione dell'indennizzo. Inoltre spesso (ad esempio in Germania e in Spagna) vi è un esplicito raccordo normativo, ben presente anche nel nostro TU dell'espropriazione, con la previa pianificazione urbanistica.

Va invece rilevato che non ho rinvenuto nella mia ricerca profili relativi al tema dei vincoli preordinati all'esproprio e alla loro indennizzabilità.

Un aspetto di profonda differenza che si riscontra è che spesso si ha il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria già nella fase del trasferimento della proprietà per la determinazione dell'indennizzo e addirittura in alcuni casi per l'adozione del provvedimento di esproprio (come avviene in Francia e in UK) e non solo in funzione di controllo successivo dell'attività amministrativa già esercitata, il che garantisce la corresponsione del pieno ristoro del proprietario espropriato.

L'indennizzo è generalmente calcolato in tutti i Paesi esaminati in base al valore di mercato del bene, principio che sicuramen-

te stempera molto l'interesse sotteso alla declaratoria della illegalità dell'esproprio, che invece nel nostro ordinamento, fino a poco tempo fa, costituiva l'unico modo per ottenere un risarcimento pieno.

Addirittura in Germania, il valore dell'indennità di esproprio viene maggiorata rispetto al valore di mercato del bene per compensare la circostanza che il trasferimento del bene è avvenuto con una procedura espropriativa. Inoltre, in Francia e in Spagna è prevista la corresponsione di un ristoro monetario aggiuntivo nel caso in cui si siano verificate espropriazioni prive di base legale.

Spesso si registra il coinvolgimento degli interessati nella fase preventiva della procedura espropriativa, mediante strumenti di inchiesta pubblica o dibattito pubblico (Francia, Gran Bretagna, Germania), spesso con un contraddittorio non meramente scritto, come avviene in Italia, ma anche in forma di incontro pubblico, il che probabilmente facilita la risoluzione anticipata di possibili controversie.

Si prevede come regola il pagamento dell'indennizzo debba avvenire prima che l'amministrazione entri in possesso del bene, anche se poi ad esempio in Spagna e Francia, come in Italia ed anche in Germania, è possibile per l'amministrazione entrare in possesso del bene in via d'urgenza, salvo deposito di quanto offerto in pagamento.

È frequente il ricorso a commissione di tecnici ed esperti per determinare il valore del bene da espropriare (in Spagna, Regno Unito e Germania);

sono efficacemente favorite (soprattutto in Germania e nel Regno Unito) forme di negoziazione con i proprietari da espropriare per giungere ad un negozio traslativo della proprietà del bene, con conseguente deflazione del contenzioso.

Un aspetto comune al nostro ordinamento e che caratterizza, dal punto di vista processuale, quasi tutti i Paesi esaminati (con l'eccezione della Spagna) è che il sindacato sugli atti della procedura espropriativa appartiene al giudice amministrativo ove esistente (o al giudice specializzato per la pubblica amministrazione come in Inghilterra e Galles come l'Hight Court), mentre le questioni sulla determinazione dell'indennizzo sono di spettanza del giudice ordinario (Lands Tribunals in UK e giudice ordinario in Francia e Germania).

Altro aspetto comune quanto meno all'ordinamento francese e inglese (oltre che italiano) sempre dal punto di vista processuale è che laddove si rinvenga l'esercizio da parte della amministrazione di una attività materiale di impossessamento del bene privato, che non risulti collegata in alcun modo con l'esercizio del potere (*voi de fait*, *ultra vires*, ecc.) il giudice ritenuto competente è quello ordinario. Viceversa in tutti i casi in cui sussista un collegamento con l'esercizio del potere (anche solo con riferimento all'intervenuto annullamento di atti della procedura espropriativa) il giudice resta quello amministrativo.

Cercherò dunque di illustrare per ciascuno di questi Paesi i tratti salienti della procedura di espropriazione, mettendo in risalto, ove possibile, le più rilevanti pronunce delle CEDU intervenute in materia nei confronti dei vari Paesi.

2. La disciplina dell'espropriazione in Francia: il procedimento di espropriazione.

L'espropriazione per causa di pubblica utilità in Francia è disciplinata dal "*Code de l'expropriation pour cause de utitlité publi-*

que", composto, come il nostro testo unico sull'espropriazione, da una prima parte composta da norme di rango legislativo e da una seconda parte da norme regolamentari, che si occupano dei profili di dettaglio. Tali norme regolamentari però nell'ordinamento francese sono emanate dal *Conseil d'Etat*.

Il principio previsto dal codice civile francese (articolo 545), che risale alla dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789, è che: „*nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité*». "Nessuno può essere costretto a cedere la sua proprietà se non per una causa di utilità pubblica e per mezzo di una giusta e preventiva indennità."

Va subito detto che le condanne nei confronti della Francia per mancato rispetto della Convenzione EDU sono poche[3] e non risulta che la Francia sia stata invitata a modificare la disciplina della espropriazione per conformarsi ai principi del diritto europeo o convenzionale.

La procedura espropriativa, sin dal 1810, è distinta in due fasi: una amministrativa, durante la quale viene dichiarata la pubblica utilità dell'opera e la trasferibilità dei beni, l'altra giudiziale che dà luogo, in assenza di accordo bonario, al trasferimento della proprietà e all'indennizzo dei proprietari. Il modello napoleonico bifasico, pure con varie modifiche, si è mantenuto attraverso i secoli.

Il *Code de l'expropriation* prevede, come primo atto della procedura, la dichiarazione di pubblica utilità, che deve essere adottata all'esito di una previa "*enquête publique*", vale a dire di una inchiesta pubblica, effettuata da un commissario o da una commissione di inchiesta, nella quale si perviene, nel contraddittorio con i proprietari, alla dichiarazione di pubblica utilità dell'opera.

Vi sono due tipologie di inchiesta pubblica, quella di diritto comune, relativa alla realizzazione di opere non suscettibili di incidere sull'ambiente, della durata di minimo 15 giorni, e quella finalizzata alla realizzazione di opere che per la loro natura, localizzazione o dimensione sono suscettibili di avere un impatto negativo sull'ambiente o sulla salute umana, della durata di almeno un mese. In questo secondo caso, il progetto dell'opera deve essere accompagnato da uno studio di impatto ambientale.

I risultati dell'inchiesta pubblica sono comunicati a tutti i soggetti interessati.

La dichiarazione di pubblica utilità, adottata all'esito dell'"*enquête publique*", deve contenere e motivi e le giustificazioni che del carattere di utilità pubblica dell'opera e può essere impugnata dinanzi al giudice amministrativo nel termine di due mesi dalla sua pubblicazione.

Essa deve pervenire entro un anno dalla chiusura dell'inchiesta pubblica.

La validità della dichiarazione di pubblica utilità non può eccedere i 5 anni oltre i quali (in mancanza di proroga, se il trasferimento non ha avuto luogo si deve procedere con una nuova dichiarazione di pubblica utilità.

Il provvedimento è adottato di norma dal Prefetto o dal Ministro, tuttavia va sottolineato che un decreto del *Conseil d'Etat* individua le categorie di lavori e di opere che devono essere dichiarate di interesse pubblico dallo stesso *Conseil d'Etat*. (si tratta di autostrade, aeroporti, canali di navigazione, creazione o prolungamento di linee ferroviarie nazionali di lunghezza superiore a 20 km, centrali elettriche, ecc. ovvero di tutte le opere di maggiore rilevanza).

[3] S. Gilbert, *Expropriation et Convention européenne des droits de l'homme,* 73-86, 2016. https://doi.org/10.4000/crdf.591.

Accanto all'inchiesta pubblica vi è l'"*enquête parcellaire*" volta alla determinazione esatta delle particelle da espropriare.

Questa fase serve ai proprietari per sapere esattamente che essi rischiano di essere assoggettati alla procedura espropriativa e serve inoltre a raccogliere tutte le informazioni utili su eventuali inesattezze catastali al fine di identificare con certezza gli attuali proprietari.

L'inchiesta particellare si conclude con il decreto prefettoriale di espropriabilità, che può essere impugnato dinanzi al giudice amministrativo entro due mesi da ciascun proprietario.

La seconda fase della procedura concerne il trasferimento di proprietà, che può avvenire o su accordo delle parti o in via autoritativa, mediante un'ordinanza pronunciata non dall'amministrazione ma dal giudice dell'espropriazione, designato nell'ambito dei magistrati appartenenti al *Tribunal de grande istance*, il quale appartiene all'ordine giudiziario e non è un giudice amministrativo.

Un aspetto interessante è che l'ordinanza di espropriazione determina il trasferimento della proprietà ma, secondo quanto affermato dal *Conseil constitutionnel* sin dalla decisione del 25 luglio 1989 e recepito dal codice dell'espropriazione, l'immissione in possesso da parte dell'amministrazione è subordinata al fatto che l'indennizzo di esproprio sia stato pagato[4].

In casi di urgenza (art. 15.9 del *Code de l'expropriation*), tuttavia, il giudice può fissare l'indennizzo o un ammontare provvisionale di esso e disporre immediatamente l'immissione in possesso, in cambio del pagamento dell'indennizzo[5].

L'ordinanza di trasferimento della proprietà, essendo un provvedimento di natura giurisdizionale, può essere impugnata solo per ricorso per Cassazione per i vizi di incompetenza, eccesso di potere e vizio di forma.

In assenza di accordo tra le parti, il giudice dell'espropriazione determina anche l'indennizzo dovuto. Questa determinazione può essere impugnata dinanzi alla Corte d'appello, la cui decisione è suscettibile ancora di ricorso per Cassazione.

L'indennizzo, come afferma costantemente il *Conseil constitutionnel*, deve coprire interamente il pregiudizio diretto, materiale e certo causato dall'espropriazione. Vanno inoltre risarcite le spese accessorie (spese per l'acquisto di un bene analogo, spese per lo spostamento dell'impresa in un altro sito, ecc.).

Il pregiudizio morale, invece, non è indennizzabile (così il *Conseil costitutionnel*, sent. del 21.1.2011). Su tale limitazione tuttavia si è espressa negativamente la Corte europea dei diritti dell'uomo. (CEDU, 11 aprile 2002, Ricc. 46044/99, prec.).

Per la determinazione del valore degli immobili il giudice può anche nominare un esperto. Dovrà essere preso in esame sia la consistenza del bene che l'uso effettivo al quale esso adibito. Per la determinazione del valore deve farsi riferimento alla data dell'ordinanza che trasferisce la proprietà.

Nella procedura di determinazione dell'indennizzo, è prevista l'audizione delle parti e del direttore dei servizi fiscali, che svolge le funzioni di Commissario del Governo dinanzi al giudice dell'espropriazio-

[4] In caso di appello della decisione del giudice sull'entità dell'indennizzo, è consentita la presa di possesso dell'immobile previo pagamento di quanto offerto in pagamento e di quanto determinato dal giudice.

[5] Il Conseil Costitutionell 15 luglio 1989 ha ritenuto conforme a costituzione tale disciplina.

ne. Egli garantisce gli interessi economici dello Stato e degli enti pubblici e può fare appello.

Nel caso Yvon contro Francia, deciso dalla CEDU con sentenza del 24.04.2003, si è posta la questione di compatibilità di questa figura con l'art. 6 della Convenzione. La Corte ha ritenuto che la presenza del funzionario pubblico del procedimento giurisdizionale, dotato di particolari competenze e di informazioni maggiori, a fianco dell'amministrazione espropriante, costituisse una lesione del principio di parità delle parti, attribuendogli una posizione dominante, idonea ad influire sulla decisione del giudice, e ha quindi ravvisato una violazione dell'art. 6 della Convenzione[6].

L'articolo L. 13-17 del codice di espropriazione prevede che l'importo dell'indennità principale, fissato dal giudice dell'espropriazione, "*non può superare la stima effettuata dal servizio dei beni o quella risultante dal parere emesso dalla commissione di operazioni immobiliari, se un trasferimento gratuito o a pagamento, meno di cinque anni prima della data della decisione sul trasferimento di proprietà, ha dato luogo a un accertamento amministrativo reso definitivo ai sensi della normativa tributaria o a una dichiarazione di importo inferiore a tale stima*". L'obiettivo perseguito da tali disposizioni è quello di dissuadere i proprietari che hanno sottovalutato il loro patrimonio nell'ambito delle loro dichiarazioni fiscali o negli atti di trasferimento, a sopravvalutarli in un secondo momento nel caso in cui siano oggetto di una procedura di espropriazione. In una decisione del 20 aprile 2012, il Consiglio costituzionale ha ritenuto tali diposizioni conformi a Costituzione, in quanto il legislatore persegue il fine di evitare frodi fiscali. In ogni caso però il giudice dell'espropriazione dovrà tener conto dell'andamento del mercato, cosicché permane in capo ad esso un margine di apprezzamento discrezionale.

Solo dopo un mese dal pagamento dell'indennizzo o la consegna in deposito di detta somma, in caso di rifiuto di ricevere il pagamento, il giudice dispone l'immissione in possesso del bene. Entro un mese gli occupanti sono tenuti a lasciare libero l'immobile, altrimenti il giudice dell'espropriazione può disporre la loro espulsione. Se dopo 5 anni, gli immobili espropriati non sono stati adibiti allo scopo previsto o hanno cessato di essere usati per questi fini, i precedenti proprietari possono chiedere la retrocessione, nel termine di 30 anni.

I tratti salienti della procedura di esproprio in Francia sono dunque in primo luogo il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria (il giudice dell'espropriazione) nella fase di determinazione dell'indennizzo e nell'adozione dell'ordinanza di trasferimento del bene, nonché per l'immissione in possesso.

Vi è dunque un presidio giudiziario a tutela del diritto di proprietà mentre secondo la nostra Costituzione l'intervento obbligatorio del giudice in via preventiva è solo previsto in caso di lesione delle libertà fondamentali.

Va tuttavia rilevato che il giudice in questa fase non pronuncia previo contraddittorio ma solo verificando la sussistenza della dichiarazione di pubblica utilità e dell'ordinanza di trasferibilità dei beni e di tutti i presupposti di legge.

Nella sua decisione del 12 maggio 2012, il Consiglio costituzionale ha tuttavia ritenuto che le disposizioni in esame non pre-

[6] Cfr. P. Tifine, *Le droit de l'expropriation à l'épreuve de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité*, 2014, https://www.lexbase.fr/article-juridique/20362349-doctrine-le-droit-de-l-expropriation-a-l-epreuve-de-la- procedure-de-question-prioritaire-de-constit.

giudichino le esigenze di un giusto ed equo procedimento derivanti dall'articolo 16 della Dichiarazione del 1789, anche se la procedura di trasferimento della proprietà non è contraddittoria, il Consiglio ha rilevato che il giudice si limita esclusivamente a verificare che il fascicolo trasmessogli dall'autorità espropriatrice sia costituito secondo le prescrizioni del codice degli espropri. Esistono, inoltre, altri rimedi, contro la dichiarazione di pubblica utilità e il decreto di trasferibilità e contro lo stesso provvedimento di esproprio che possono essere impugnati mediante ricorso in Cassazione[7].

Altro profilo rilevante è che il pagamento dell'indennizzo deve sempre precedere l'immissione in possesso del bene da parte dell'amministrazione o l'acquisto della proprietà.

Infine, un aspetto di enorme interesse è il ruolo centrale svolto dal *Conseil d'Etat* nella fase di adozione della dichiarazione di pubblica per le opere di maggiore impatto e comunque il forte sindacato da parte del giudice amministrativo su tale atto, quando esso viene adottato dal Ministro o dal prefetto.

2.1. Il controllo del giudice amministrativo sulla dichiarazione di pubblica utilità (*segue*).

Il giudice amministrativo francese esercita un controllo approfondito sulla legittimità della dichiarazione di pubblica utilità, in quanto deve verificare:

- che l'operazione risponda ad una finalità di interesse generale;
- che l'espropriazione costituisca l'unico modo per realizzare l'operazione, non essendoci altre possibilità alternative (clausola di sussidiarietà);
- che gli inconvenienti di ordine sociale, i costi economici e le lesioni della proprietà privata non siano eccessivi rispetto all'interesse generale che l'operazione soddisfa (bilanciamento) (*arret Commune de Lavallois –Perret*, CE19 ottobre 2012).

La teoria del bilanciamento degli interessi è stata elaborata dal CE nel 1971 (*arret Ville Novel Est,* 28 maggio 1971). Si tratta di un controllo sulla discrezionalità amministrativa avente un'incidenza massima, consentendo al giudice di sostituire il suo apprezzamento a quello dell'amministrazione. Nella pratica, tuttavia, quasi mai il giudice ritiene che gli inconvenienti per la proprietà privata siano eccessivi rispetto ai vantaggi pubblici, a parte i casi di sproporzione manifesta.

Si rinvengono invece casi in cui è stata ritenuta affetta da *detournement de povuoir* una dichiarazione di pubblica utilità la cui finalità principale sia stata unicamente di favorire l'interesse privato (ad es. facilitare l'accesso ad una proprietà privata, la creazione di un centro ippico privato, ecc.).

2.2. Il riparto di giurisdizione tra "*voi de fait*" e "*emprise irrégulière*".

Come si è visto, la procedura di esproprio vede il giudice amministrativo come giudice della dichiarazione di pubblica utilità mentre il giudice dell'espropriazione, che appartiene all'ordine giudiziario ordinario, è competente sulla determinazione dell'indennizzo e pronuncia l'ordinanza di trasfe-

[7] P. Tifine, *Le droit de l'expropriation à l'épreuve de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité*, 2014, https://www.lexbase.fr/article-juridique/20362349-doctrine-le-droit-de-l-expropriation-a-l-epreuve-de-la- procedure-de-question-prioritaire-de-constit.

rimento della proprietà. Il giudice ordinario ha tuttavia anche giurisdizione in caso di *voie de fait* (via di fatto) che viene definito come un attentato ad una libertà fondamentale o al diritto di proprietà quando l'atto o il comportamento dell'amministrazione sia manifestamente insuscettibile di essere ricollegato ad un suo potere. (Il verbo usato è "*rattacher*" che vuol dire letteralmente riattaccare.)

L'ipotesi più semplice è quella in cui l'amministrazione decida di impossessarsi di un terreno senza giustificazione di un titolo e senza utilizzare le vie legali dell'espropriazione (*Cour de Cassation*, 30 novembre 1994, *arret San Ferréol – d'Aurore*).

In realtà, tuttavia, le ipotesi in cui è stata riconosciuta una *voi de fait* (e dunque la giurisdizione ordinaria) sono molto rare.

Infatti, la giurisprudenza della *Cour de Cassation* e del *Coinseil d'Etat* ha elaborato la figura della "*emprise irrégulière*", la quale riguarda solo le lesioni della proprietà privata immobiliare e si rinviene nei casi in cui l'impossessamento di un terreno privato da parte di un'amministrazione pubblica sia avvenuto sì in modo irregolare, ma è tuttavia possibile rinvenire un collegamento con l'esercizio del potere.

In questi casi, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo.

La prima distinzione tra *voi de fait* e *emprise irrégulière* si trova in un *arrêt* della *Cour de Cassation* del 1996 (SCI Azul residence, 7 maggio 1996). Il caso riguardava la presa di possesso di un terreno espropriato in virtù di un'ordinanza di esproprio che poi era stata cassata. La Corte ha rilevato che sebbene in via di principio l'annullamento dell'ordinanza abbia effetto retroattivo e che, pertanto, l'apprensione del bene avrebbe dovuto essere considerato come *voit de fait*, tuttavia un'analisi più pragmatica deve indurre a considerare che al momento della presa di possesso del bene, l'impossessamento risultava in effetti autorizzato, il che ha come conseguenza che questa attività si ricollegava all'esercizio di un potere dell'amministrazione.

Di contro, la *Cour de Cassation* ha ritenuto che vi fosse *voi de fait* in un caso di costruzione di un canale sulla proprietà privata realizzata senza titolo, sulla base di reiterate autorizzazioni di occupazione temporanea, finalizzate solo a consentire il deposito dei materiali di scavo e a permettere la circolazione dei macchinari (Demaine immobilizer de la Muette, 5 maggio 2010).

Il *Tribunal des conflicts*, in una storica pronuncia del 6 maggio 2002 (*arrêt* Binet), ha affermato in particolare che la competenza del giudice ordinario per *voi de fait* si rinviene in assenza di alcun collegamento con l'esercizio del potere e quando nessuna procedura di regolarizzazione sia stata avviata. In tutti gli altri casi non si ha la *voi de fait* ma una "*emprise irrégulière*".

Un'interpretazione ulteriormente restrittiva della *voi de fait* è stata prospettata sempre dal *Tribunal des conflicts* nella sentenza del 17 giugno 2013 (*arrêt*Bergoend), che ha stabilito che essa si può ravvisare solo quando oltre alla mancanza di collegamento con l'esercizio del potere e della procedura di regolarizzazione, vi è anche l'estinzione del diritto di proprietà.

L'uso della parola estinzione è significativa e va a sostituire la precedente espressione più ampia di "privazione".

Nel caso di specie, il Tribunale ha affermato che l'installazione, anche senza titolo, di un'opera pubblica sul suolo di un privato non costituisce un atto manifestamente insuscettibile di essere collegato a un potere che l'amministrazione ha.

Si trattava della realizzazione di un'opera pubblica di distribuzione di energia elettrica, che non è qualificabile come un atto

manifestamente non ricollegabile ad un potere dell'ente incaricato del pubblico servizio e non comporta, inoltre, l'estinzione di un diritto di proprietà. In questi casi, dunque, è stato affermato che la giurisdizione spetta al giudice amministrativo.

Più di recente, nella sentenza del 15 dicembre 2016, anche la Corte di Cassazione francese ha ribadito che va ricondotta alla *voi de fait* quella aggressione al diritto di proprietà che, oltre a non essere ricollegabille all'esercizio di un pubblico potere ne comporta l'estinzione.

Le parole della nostra Corte cost. nella sentenza n. 204/2004 e soprattutto nella sentenza n. 191/2006 sul collegamento all'esercizio del potere e sulla distinzione tra comportamenti meri e comportamenti amministrativi, ricollegabili sia pure mediatamente all'esercizio del potere, ai fini del riparto di giurisdizione, sembrano proprio riecheggiare un tale modo di ragionare, espresso quasi dieci anni prima dalla *Cour de Cassation* francese.

Nell'ordinamento francese, né a seguito di *voi de fait* nè in caso di *emprise irreguliere* vi è trasferimento del diritto di proprietà dal privato alla pubblica amministrazione.

Il problema tuttavia si pone quando l'opera pubblica risulti nel frattempo essere stata realizzata.

2.3. Il superamento del principio di intangibilità dell'opera pubblica e i limiti alla restituzione del bene illegittimamente espropriato.

La giurisprudenza francese ha dovuto affrontare una tematica identica a quella che in Italia ha condotto in passato alla elaborazione dell'istituto di cui all'art. 42 bis TU espropriazioni.

Dopo aver in un primo tempo elaborato anche in Francia la figura della espropriazione indiretta, la giurisprudenza francese è però poi giunta al superamento dell'originario principio della intangibilità dell'opera pubblica ma con opportuni temperamenti, in modo da tutelare comunque l'interesse pubblico. Le somiglianze con l'elaborazione giurisprudenziale e normativa italiana sono notevoli, soprattutto – come si vedrà tra breve – laddove la valutazione circa la restituzione dell'opera viene ricollegata alla esistenza di procedure di regolarizzazione o sanatoria *ex post*, ma quello che emerge è che l'approccio francese appare tutto sommato ispirato ad una logica di buon senso, che la CEDU non ha fino ad ora mostrato di censurare.

Vediamo più in dettaglio l'evoluzione della giurisprudenza francese sul punto. Occorre partire dall'art. 17 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, il quale protegge la proprietà come diritto sacro e inviolabile, del quale nessuno può essere privato se non quando la necessità pubblica, legalmente dichiarata, lo esiga in modo evidente e a condizione di una giusta e predeterminata indennità. Si tratta di una formulazione che la

Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha sostanzialmente richiamato. Una espropriazione dunque non può essere legittima se l'opera per la quale essa è effettuata non presenta i caratteri della utilità pubblica. Il giudice della utilità pubblica, come si è già detto, è il giudice amministrativo, dinanzi al quale va impugnata la dichiarazione di pubblica utilità.

Cosa accade nel caso in cui la dichiarazione di pubblica utilità sia annullata? La giurisprudenza risalente aveva elaborato in questi casi, in applicazione del principio della intangibilità dell'opera pubblica, inaugurato nel 1853 (*Conseil d'Etat*, caso *Robin*

de Grimaoudière 7.6.1853), la teoria della *expropriation indirecte*, con effetti analoghi alla nostra acquisizione invertita. In sostanza, il giudice si rifiutava di disporre la demolizione dell'opera pubblica ancorché edificata su terreni privati non regolarmente indennizzati, ma fissava invece l'ammontare dell'indennizzo dovuto e disponeva il trasferimento della proprietà dei terreni alla amministrazione.

A seguito di alcune pronunce della CEDU (sent. del 24.6.1993, Papamichalopulos e altri c. Grecia), la giurisprudenza francese ha abbandonato la teoria della espropriazione indiretta (*Cour de cassation, arret* 6.1.1994 *Cts Baudon de Mony c/EDF*).

Permaneva però di fatto il principio di intangibilità dell'opera pubblica, cosicché veniva negata la restituzione del bene e il proprietario aveva solo diritto ad una specifica indennità, senza poter ottenere la restituzione in natura (*Cour de Cassation, arret Bergerioux*, 4.4.2002).

Un primo problema che ha affrontato la giurisprudenza francese in questi casi riguarda l'individuazione del giudice competente quando sia richiesta la demolizione o lo spostamento dell'opera pubblica illegittimamente realizzata.

Fu il *Tribunal des confilcts* che, nel disciplinare il riparto di competenza tra giudice amministrativo e ordinario in un caso, già citato sopra (*l'affaire Binet*, 6.5.2002), avente ad oggetto il rifiuto dell'amministrazione di distruggere o spostare un'opera pubblica, nell'affermare la sussistenza della giurisdizione amministrativa, a meno che l'opera pubblica non sia stata edificata in *voie de fait*, ovvero in mancanza di alcun atto che possa in alcun modo riconnettersi all'esercizio di un potere pubblico e nessuna procedura di regolarizzazione sia stata iniziata. In questo secondo caso, infatti, la competenza sarebbe del giudice ordinario.

Dunque il collegamento con l'esercizio del potere e l'avvio di una procedura di regolarizzazione radicano la giurisdizione amministrativa sulla domanda di restituzione del fondo illegittimamente trasformato dalla costruzione dell'opera pubblica.

Il *Conseil d'Etat*, tuttavia, nel 2003 (*arret* del 29.1.2003 *Syndacat Dipartimental de l'elecrticité et du gaz*) ha adottato una interpretazione leggermente differente da quella del *Tribunal des conflicts* nel caso Binet. Infatti, ha ritenuto di dover prendere in considerazione, ai fini del riconoscimento della propria giurisdizione, non solo se un'attività di regolarizzazione fosse stata avviata ma anche se essa fosse semplicemente possibile; mentre per *la Cour de Cassation* e per il *Tribunal des conflicts* occorre che la procedura di regolarizzazione non solo esista ma sia anche stata effettivamente iniziata.

A seguito della pronuncia Binet, il giudice amministrativo francese si è visto riconoscere una competenza generale in materia di azioni di demolizione o di spostamento di opere pubbliche consequenziali all'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità, essendo le fattispecie di competenza del giudice ordinario di *voi de fait* – come si è visto - molto rare. (In questi casi, infatti, anche la competenza sulla domanda di demolizione dell'opera pubblica illecitamente realizzata spetterebbero al giudice ordinario.)

Successivamente, la giurisprudenza – mutando rispetto al precedente orientamento tradizionale sostenuto nell'arrêt Binet – ha ritenuto compente il giudice amministrativo anche per la domanda di risarcimento del danno, in modo che possa disporre sia la rimozione dell'*emprise irrégulière* sia la riparazione pecuniaria.

Inoltre, nella stessa sentenza del 29 gennaio 2003 (*Syndacat départemental*

de l'électricité ed du gaz des Alpes maritimes), il *Conseil d'Etat* ha sottolineato che il giudice nel decidere se ordinare o meno la demolizione di un'opera pubblica debba anche prendere in considerazione da una parte gli inconvenienti che la presenza dell'opera provoca per il proprietario del terreno e l'altra parte le conseguenze per l'interesse generale della demolizione, e deve valutare quindi se, nella comparazione tra i vari interessi, la demolizione dell'opera pubblica non costituisca una misura eccessiva per l'interesse generale.

Il Consiglio di Stato nella citata sentenza ha dettato il "protocollo pretorio" dell'azione per la demolizione di un'opera pubblica irregolarmente ubicata su proprietà privata.

Secondo questo protocollo, spetta al giudice amministrativo:

1) verificare se sia possibile la regolarizzazione mediante sanatoria dell'opera pubblica;

2) in caso contrario, effettuare una valutazione costi benefici e consentire la demolizione dell'opera pubblica nella misura in cui " non comporti un eccessivo pregiudizio all'interesse generale".

Per fare questo, deve tener conto degli svantaggi della presenza della struttura per i proprietari del fondo e delle conseguenze della demolizione per l'interesse generale.

Può dunque affermarsi che se il principio della intangibilità dell'opera pubblica più dirsi in teoria superato, tuttavia le condizioni perché un ordine di demolizione di un'opera pubblica sia effettivamente emanato dal giudice amministrativo, con restituzione del terreno al privato illegittimamente espropriato, sono effettivamente molto restrittive. Inoltre, non sembra tale ipotesi discostarsi molto da quella censurata dalla CEDU in numerose pronunce contro l'Italia.

Va tuttavia rilevato che in taluni casi (ad esempio nel 2011) il *Conseil d'Etat*, dopo aver annullato la dichiarazione di pubblica utilità, ha effettivamente ordinato la distruzione di un opera pubblica irregolarmente edificata (un porto turistico) e la remissione in pristino dello stato dei luoghi, ma per la verità, non tanto al fine di tutelare l'interesse dei proprietari bensì in considerazione dell'interesse pubblico alla preservazione di uno spazio naturale fragile e al mantenimento della biodiversità (*arrêt Communauté d'agglomentation du lac de Bourget* del 20.5.2011).

Un altro caso di enorme interesse da segnalare, anche per la sua sorprendente coincidenza anche temporale con un'analoga decisione del nostro Consiglio di Stato di annullamento non retroattivo, riguarda l'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità per la realizzazione di un eliporto presso l'ospedale di Laon per vizi di procedura.

In questa decisione, il Consiglio ha ritenuto che l'annullamento retroattivo della dichiarazione di pubblica utilità avrebbe provocato un danno eccessivo al servizio di aiuto medico urgente e pertanto ha ritenuto di disporre l'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità a decorrere da un termine di sei mesi dalla pubblicazione della sentenza, in modo da consentire nel frattempo l'adozione di una nuova dichiarazione di pubblica utilità immune dai vizi procedurali riscontrati (*Conseil d'Etat* 19.7.2011).

Nel 2005 è stata introdotta una nuova norma nel codice dell'espropriazione (art. 223.2) secondo la quale, una volta che il giudice amministrativo ha annullato in modo definitivo una dichiarazione di pubblica utilità o un decreto di espropriabilità, il proprietario espropriato può far constatare al giudice dell'espropriazione l'assenza di base legale per il trasferimento di proprietà.

La norma prevede che i soggetti espropriati possono chiedere al giudice l'accertamento della circostanza che il trasferimento della proprietà è avvenuto senza base legale e domandare il suo annullamento.

Il giudice amministrativo constata l'assenza di base legale per il trasferimento di proprietà e statuisce sulle conseguenze dell'annullamento di esso.

Le parti saranno dunque convocate davanti al giudice insieme al commissario del Governo Il proprietario potrà quindi ottenere, se è possibile, la restituzione dell'immobile ovvero il pagamento dei danni.

In ogni caso deve essere pagata all'espropriato una specifica indennità per il pregiudizio causato dall'operazione irregolare.

In conclusione, possiamo dire che il percorso giurisprudenziale francese non appare aver seguito vie tanto dissimili da quelle seguite dalla Corte costituzionale e dai giudici italiani né per quanto riguarda il riparto di giurisdizione né in relazione alla soluzione da adottare in caso di domanda di restituzione di terreni su cui siano state realizzate, in modo illegittimo, opere di interesse pubblico. L'unica differenza che appare rilevante, e che forse è la ragione per cui non si rinvengono sostanzialmente condanne da parte della CEDU nei confronti della Francia come invece è avvenuto per l'Italia, appare la circostanza che – forse in maniera più pragmatica – il giudice francese ha abbandonato subito la costruzione teorica della espropriazione indiretta e ha rimesso direttamente all'autorità giudiziaria, anziché alla stessa amministrazione mediante un procedimento successivo ai sensi dell'art. 42 bis Tu espropriazioni, la decisone circa la possibilità o meno di disporre la restituzione del bene illegittimamente trasformato dalla amministrazione con la realizzazione dell'opera pubblica, previa regolarizzazione della procedura.

3. L'espropriazione in Spagna: la procedura di esproprio.

La disciplina dell'espropriazione in Spagna è forse quella più simile alla disciplina italiana. La legge sull'espropriazione forzata risale al 1954 e tuttavia è stata più volte modificata, anche di recente.

Il Tribunale costituzionale ha ritenuto la sua compatibilità con la costituzione del 1978, che all'art. 33, dopo aver statuito la "funzione sociale" della proprietà (usando le stesse parole del nostro art. 42 Cost), al comma 3 recita: "*nessuno può essere privato dei suoi beni e diritti se non per causa giustificata di utilità pubblica o di interesse sociale, previa corresponsione dell'indennizzo e in conformità con il disposto delle leggi*". Il pagamento del giusto prezzo (*justiprecio*) non necessariamente deve essere preventivo, ammettendosi anche le espropriazioni di urgenza.

Per la legge spagnola, il "*justiprecio*" deve garantire una compensazione integrale della perdita patrimoniale subita dall'espropriato. Esso pertanto deve essere in grado di consentire all'espropriato di sostituire il bene espropriato con un altro avente le stesse caratteristiche e pertanto deve essere calcolato al valore di mercato.

Il momento cui far riferimento per la determinazione del valore del bene è quello in cui inizia il procedimento di esproprio, con irrilevanza di successivi mutamenti di prezzo. Per la determinazione del *justiprecio* non vanno considerati il valore sentimentale o affettivo, tuttavia alla somma così definita si aggiunge un "*premio del afecciòn*" pari al 5% dell'importo del *justiprecio*.

Vanno anche indennizzate le perdite e i danni derivanti dall'attività di esproprio. Per esempio, in caso di espropriazione di un negozio, il valore dell'indennizzo compren-

derà non solo il valore del locale ma anche la perdita della clientela ecc.

La procedura di espropriazione è molto simile a quella della legge italiana. Il primo requisito è la previa dichiarazione di utilità pubblica o di interesse sociale. Questa è di norma contenuta in una legge in forma generica ed è implicita nell'approvazione dei piani di realizzazione di opere pubbliche.

Essa necessita quindi di una specificazione che si effettua mediante una dichiarazione di necessità dell'occupazione che specifica nel dettaglio beni e diritti concreti che si intendono espropriare, i quali devono essere solo e soltanto quelli indispensabili per il perseguimento del fine e che siano idonei dal punto di vista tecnico e sociale per il conseguimento del fine pubblico.

È su questi parametri che viene svolto il controllo di legalità mediante il ricorso al giudice del *contencioso adminstrativo* (la *Audiencia general*).

Per quanto riguarda la determinazione del "*justiprecio*", naturalmente è possibile che le parti addivengano ad un accordo, altrimenti la procedura procede mediante un'offerta di indennizzo da parte dell'amministrazione o da parte del proprietario e se questa non viene accettata si procede alla determinazione del valore del bene da parte di un collegio (*Jurado Provincial de Expropiación*) composto da un magistrato, che lo presiede, designato dal presidente della *Audiencia*, da un avvocato dello Stato, da due funzionari tecnici, un rappresentante della camera di commercio o del collegio professionale o della organizzazione, e infine un notaio. Si tratta di un organo che dovrebbe comprendere in sé sia le funzioni peritali che quelle giudiziali. In esso infatti dovrebbero essere rappresentati sia gli interessi fiscali dello Stato che gli interessi patrimoniali della proprietà privata, nonché tutti gli aspetti tecnici, compresi quelli – di competenza notarile – relativi alle transazioni immobiliari. La sua capacità di determinare effettivamente un giusto prezzo di espropriazione è tuttavia molto criticata.

La procedura in totale non dovrebbe durare più di 50 giorni. Avverso questa determinazione, che deve essere approfonditamente motivata, può essere proposto ricorso *contencioso administrativo*.

Il pagamento deve essere effettuato dopo sei mesi dalla determinazione del *justiprecio*. Decorsi i sei mesi, la somma produrrà interessi legali.

In caso di controversia o di rifiuto da parte del proprietario di accettare il pagamento, l'amministrazione può effettuare il deposito della somma presso la Cassa depositi.

Solo dopo il pagamento del prezzo, l'amministrazione può immettersi nel possesso dei beni espropriati per via amministrativa.

È possibile, come si diceva, anche una procedura di occupazione urgente, prima del pagamento del *justiprecio*. Essa era nata come strumento eccezionale per le ricostruzioni dopo la guerra civile, nel 1939, ma poi è diventata quella in concreto più frequente.

In questi casi occorre una determinazione del *Consejo de Ministros* o della *Comunidad autonoma* corrispondente. Essendo la procedura più rapida, spesso nella pratica si ricorre ad essa anziché a quella generale, similmente a quanto avviene in Italia. In questi casi è previsto il previo deposito di una somma a titolo di indennizzo per il pregiudizio: entro il termine di 15 giorni i terreni devono essere espropriati.

3.1. Conseguenze del ritardo nella procedura di esproprio.

Il c.d. *danno da demora* costituisce una specificità del diritto spagnolo. L'art. 56 della

ley de l'espropriation forzosa prevede infatti che se, dopo sei mesi dall'inizio del procedimento di esproprio non è ancora stato determinato il *justiprecio*, l'amministrazione è tenuta a pagare un indennizzo, che consisterà negli interessi legali del *justiprecio*, da liquidarsi retroattivamente una volta che esso sia stato definitivamente determinato.

Il regolamento precisa tuttavia che la responsabilità per il ritardo va imputata a chi l'ha causato, cosicché essa non verrà pagata se è imputabile all'espropriato.

Decorsi quattro anni senza il pagamento della quantità fissata, si dovrà procedere a rinnovare la valutazione delle cose o dei diritti oggetto di esproprio.

Si discute inoltre in giurisprudenza se l'eccessiva durata del procedimento di espropriazione possa essere sanzionata, in applicazione delle regole generali sul procedimento amministrativo, con la "*caducidad*" ovvero l'estinzione del procedimento. Si tratta di una sanzione prevista in via generale dall'art. 44 della legge sul procedimento amministrativo comune, per tutti i procedimenti aventi effetti sfavorevoli ovvero finalizzati all'adozione di atti restrittivi, tra cui anche il procedimento di espropriazione. In senso contrario, tuttavia, si è pronunciato il *Tribunal Supremo* nel 2012, sostenendo che il procedimento di esproprio è un procedimento complesso e la fase concernente la determinazione del *justiprecio* è posta nell'interesse del privato espropriato. Inoltre, il Supremo ha sottolineato che la legislazione speciale espressamente prevede il *danno da demora* appunto per indennizzare il privato espropriato per il ritardo nella procedura di determinazione dell'indennizzo.

3.2. La tutela giudiziaria e il caso di "via de echo".

Gli atti della procedura di esproprio compresi quelli relativi alla determinazione del *justiprecio* possono essere impugnati con *recurso contencioso administrativo* dinanzi a la *Audiencia* (tribunale collegiale) in prima istanza.

Si può dedurre il vizio di sostanza o di forma e la violazione o l'omissione dei precetti della legge sull'espropriazione. Nel caso di contestazione della determinazione dell'indennizzo occorre che si lamenti che il valore determinato sia inferiore di almeno un sesto rispetto a quello invocato.

Anche nel diritto spagnolo si è posto il problema della c.d. espropriazione di fatto che costituisce forse la più comune manifestazione della c.d. *via de echo*[8], sostanzialmente corrispondente alla *voi de fait* del diritto francese.

Va subito chiarito però che essa non incide sulle questioni di riparto di giurisdizione tra giudici del *contencioso admnistrativo* e giudici civili, posto che la legge dell'espropriazione espressamente attribuisce la competenza anche in caso di via de echo alla giurisdizione amministrativa.

La *via de hecho* è prevista dall'art. 53.1 della legge 29/1998 sul *contencioso administrativo* e si realizza quando l'amministrazione agisce al di fuori della sua sfera di competenza, ovvero prescindendo dal procedimento stabilito.

Di essa non si occupa espressamente la legge generale del procedimento n. 39 del 2015, che non la nomina, tuttavia, all'art. 97.1, detta legge proibisce alle amministra-

[8] J.R. Chaves García, *La vía de hecho: un virus administrativo endémico,* 2020, https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmNDY3NjM7Wy1KLizPw8WyMDIwMDcyMDkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAGsXJ-U1AAAAWKE. J.J. González López, *La responsabilidad por vía de hecho en la expropiación a la luz de la disposición adicional de la ley de expropiación forzosa.*

zioni pubbliche di porre in essere attività materiali che limitino i diritti dei privati senza che sia stata previamente adottato il provvedimento che ne costituisca il fondamento giuridico.

La dottrina e la giurisprudenza hanno definito variamente la nozione di *via de echo*.

Il *Tribunal costitucional* ritiene che l'amministrazione incorra in *via de echo* sia se esercita poteri che non le sono stati conferiti sia se, pur esercitando tali poteri, agisce andando oltre il procedimento stabilito. Essa pertanto comprende sia le attività materiali attuate dalla amministrazione senza aver adottato previamente l'atto amministrativo che ne costituisce il fondamento giuridico, sia quelle attività materiali di esecuzione che eccedano l'ambito riconducibile all'atto amministrativo previamente adottato.

Altra giurisprudenza[9] vi include anche l'attività materiale posta in essere in attuazione di atti viziati da nullità di pieno diritto (*nulidad de pleno derecho*) per incompetenza o per vizio sostanziale del procedimento.

A questi casi la giurisprudenza ha ricondotto la assenza di informazione pubblica previa e l'adozione dell'atto di necessità dell'occupazione e l'omissione di notificazione di quest'ultimo agli interessati[10].

Di questi casi si occupa espressamente l'art. 125 della legge sull'espropriazione, definendo la *via de echo* con riferimento alle ipotesi in cui senza i requisiti sostanziali della dichiarazione di utilità pubblica o di interesse sociale, senza dichiarazione di necessità di occupazione e senza previo pagamento del deposito, l'amministrazione occupi la cosa oggetto di espropriazione.

In questo caso, il soggetto interessato potrà ottenere la tutela possessoria.

Si tratta di una precisazione normativa necessaria giacché altrimenti si sarebbe dovuto applicare il divieto generale di ricorrere contro l'amministrazione mediante interdetti possessori.

La norma tuttavia non esclude altre forme di tutela e in particolare il ricorso alla giurisdizione contenzioso amministrativa, compente – come si è detto – per espressa disposizione di legge anche in caso di *via de echo*. Inoltre, nel caso in cui si riscontri la *via de echo*, la restituzione in natura del bene illecitamente appreso è teoricamente prevista, sempre che lo stato di cose lo consentano in quanto l'opera pubblica non sia stata nel frattempo edificata. Laddove invece tale restituzione non sia possibile, verrà liquidato un risarcimento costituita dal *justiprecio* al quale va aggiunta una percentuale del 25% per compensare il pregiudizio derivante dalla privazione illegittima della proprietà.

Di recente, però, la giurisprudenza ha affermato che nel caso di espropriazioni illecite debba riconoscersi la riparazione integrale del danno realmente causato e che quindi non occorra riferirsi ai più rigidi criteri per la determinazione del *justiprecio* ma direttamente al valore di mercato del bene.

A questa somma vanno poi aggiunti gli interessi legali a decorrere dalla data dell'occupazione del bene. A proposito della questione della restituzione del bene e della riduzione in pristino dello stato dei luoghi, il *Tribunal Supremo* ha dichiarato, con sentenza del 6 novembre 2007, che qualora l'opera pubblica o di interesse pubblico sia già realizzata ed essa soddisfi l'interesse generale, non è ragionevole ordinare la riduzione in pristino. In sostanza, il giudice deve apprezzare la situazione concreta e può sia ordinare la riduzione in pri-

[9] La sentenza del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 616/1993.

[10] Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 15 ottobre de 2008.

stino e la restituzione del bene in natura sia disporre, in alternativa, il pagamento di un indennizzo in sostituzione della restituzione del bene. Il presupposto, in questo secondo caso, è l'impossibilità, accertata nel processo, di eseguire in natura la sentenza. Tuttavia, i motivi che possono determinare tale impossibilità – sia fisica che giuridica – possono essere vari: la circostanza che sono state costruite case che sono state vendute a terzi in buona fede, oppure che sono state destinate a fini o servizi di utilità pubblica.

In questi casi, il giudice può accordare la sostituzione della restituzione del bene col pagamento dell'indennizzo, sempre che la decisione sia motivata e che non si tratti di mere difficoltà o molestie. In sostanza, i giudici spagnoli semplicemente constatano che – come affermato dal *Consejo de Estado* nel 1962 – nel caso in cui la sentenza intervenga quando l'esecuzione dell'opera è già stata effettuata, essa si scontra con fatti consumati e inamovibili, rispetto ai quali l'unica tutela dell'espropriato è quella risarcitoria (*indemnizaciòn*).

Inoltre, in molti casi l'effetto della sentenza è solo quello di imporre all'amministrazione di rinnovare il procedimento. Come si vede, la problematica che da noi ha dato vita all'istituto di cui all'art. 42 bis TU edilizia, viene semplicemente risolta dai giudici spagnoli, come anche da quelli francesi, nell'ambito di definizione delle modalità di esecuzione della sentenza. È pertanto rimesso allo stesso giudice l'apprezzamento se in concreto sia possibile o meno la riduzione in pristino o il ristoro per equivalente, tenendo in debito conto anche l'interesse pubblico al permanere dell'opera pubblica.

Non si ravvisano approfonditi tentativi di ricostruzione dogmatica circa la giustificazione del titolo di acquisto della proprietà da parte dell'amministrazione, ma ci si limita al semplice rinvio al concetto di impossibilità della restituzione in natura.

La natura del sistema giurisdizionale spagnolo, nel quale il giudice amministrativo è solo un giudice specializzato, fa sì che non vi sia – come in molti altri paesi – differenza tra il giudice degli atti della procedura di esproprio e il giudice della determinazione dell'indennizzo, ma tutte le competenze sono concentrate in capo ai magistrati del *contencioso administrativo*, anche nel caso di *via de echo*. Detto giudice è anche compente per tutte le questioni di risarcimento per danni, connessi alla procedura di esproprio. Non vi è dunque alcuno spazio lasciato al giudice civile e questa costituisce una peculiarità dell'ordinamento spagnolo rispetto agli altri ordinamenti in cui quasi sempre si ravvisa una sfera di competenza in capo al giudice civile, in particolare per quanto attiene alle controversie sulla determinazione dell'indennizzo.

4. L'espropriazione per pubblica utilità nel diritto inglese ("*Compulsory purchase of land*").

Il *compulsory purchase of land* è un meccanismo legale attraverso il quale alcuni enti (denominati *acquiring authorities*) possono acquistare beni immobili senza il consenso dei proprietari.

Prevista da numerose leggi speciali a seconda del tipo di progetto al quale l'esproprio è finalizzato, l'espropriazione per pubblica utilità in Gran Bretagna è stata disciplinata in modo generale dal *Acquisition of Land Act* del 1981.

Questa legge prevede che l'acquisto coattivo di terra possa essere proposto da governi locali, dal governo nazionale e amministrazioni varie e anche da società

commerciali (esercenti servizi pubblici per esempio per l'acqua o l'energia elettrica), per la realizzazione di opere di interesse pubblico (infrastrutture, autostrade, ferrovie, ecc.). Spesso si tratta di opere approvate nei piani di sviluppo locali (*development plans*). Tuttavia, va subito sottolineato che la procedura è sempre sottoposta ad un controllo accentrato a livello governativo, in quanto ogni procedimento deve essere autorizzato da un Ministro competente. Addirittura in taluni casi particolari, è necessaria l'autorizzazione del Parlamento: ad esempio nei casi in cui l'area da espropriare appartenga ad un ente locale o faccia parte del patrimonio indisponibile (*National trust*), se si tratti di un luogo aperto e di uso comune, a meno che non venga assicurata la sostituzione con un altro spazio, infine se si tratti di siti di antichi monumenti o archeologici.

Venendo più in dettaglio, va detto che la procedura[11] si articola in due fasi: quella di autorizzazione dell'esproprio e quello di determinazione della "*compensation*", ovvero dell'indennizzo, con contestuale trasferimento del diritto di proprietà.

Il primo passo della fase autorizzatoria è – come si diceva – un "*order*" da parte della amministrazione procedente, il quale non ha effetti nei confronti del proprietario espropriato, e serve solo a dare avvio alla procedura.

Esso è redatto dalla stessa autorità espropriante e deve contenere l'esatta indicazione del terreno da espropriare, la finalità dell'esproprio, l'autorità espropriante e la fonte normativa sulla cui base si agisce.

Esso è accompagnato da uno *Statement of Reasons* che indica le ragioni per cui si procede con un CPO.

Il CPO va pubblicato per due settimane sui giornali locali e notificato individualmente a ciascuno dei proprietari. Vanno quindi lasciati almeno 21 giorni per la formulazione di eventuali obiezioni. Se nessuno dei proprietari formula obiezioni, l'ordine viene confermato dal Ministro competente; se anche uno solo dei proprietari obietta, va fissata un'audizione (*hearing*) con l'autorità espropriante e i proprietari, inoltre è possibile avere una interlocuzione scritta con il consenso dei proprietari, oppure – se viene convocata una "*public inquiry*" alla quale tutte le persone interessate possono partecipare, anche eventualmente per iscritto.

L'autorità espropriante deve comunque tentare di negoziare con i proprietari prima della *public inquiry* per trovare un accordo.

La *public inquiry* si svolge dinanzi ad un ispettore nominato dal ministro, secondo norme approvate nel 2007, the *Compulsory Purchase (Inquiries Procedure) Rules*. Si tratta di un tecnico, un ingegnere o architetto.

Le parti devono portare le loro prove e l'ispettore più anche effettuare visite sul sito.

Nel corso dell'inquire si applicano le norme della "*natural justice*" cioè, benché non si tratti di un procedimento giudiziale, del diritto al contraddittorio e della correttezza del procedimento (fairness).

Si apre quindi una fase di negoziazione, in cui l'autorità espropriante cerca di tener conto delle obiezioni mosse. Il Ministro, quindi, deve decidere se confermare l'ordine, tenendo conto delle obiezioni mosse e dei risultati dell'udienza o nell'incontro pubblico e del report dell'ispettore, dal quale può in teoria anche discostarsi. La conferma ministeriale, che deve essere

[11] https://www.gov.uk/guidance/compulsory-purchase-and-compensation-guide-1-procedure#introduction.

notificata agli interessati e motivata, segna la fine della fase di autorizzazione.

La notizia della conferma deve essere pubblicata su uno o più giornali locali.

La conferma ministeriale del *Compulsory Purchase Order* è sottoposta a *judicial review* secondo un regime speciale e più restrittivo rispetto a tutte le altre ipotesi di *judicial review*.

Essa infatti deve essere impugnato entro 6 settimane (anziché negli ordinari 3 mesi) dalla pubblicazione dell'atto di conferma e può essere contestato solo se esorbita dai poteri attribuiti dalla legge sull'acquisizione dei suoli ("*is not within the powers of this Act*") oppure per violazione di prescrizioni contenute nella stessa legge ("*any requirement of this act has not been complied with*"). Il ricorso va indirizzato alla *Hight Court*, nell'ambito della quale ora è istituita una sezione specializzata che si occupa solo di judicial review (*Administrative court*), la quale può sospendere cautelarmente l'efficacia delle operazioni fino a conclusione del procedimento.

La sospensione cautelare è di fatto concessa molto raramente. Tuttavia, nonostante ciò le amministrazioni di norma non procedono nelle operazioni di esproprio poiché temono che l'atto possa essere annullato e che siano proposte eventuali azioni di danno. Wade[12] sostiene quindi che via sia in sostanza una "sospensione virtuale".

La Corte, se verifica che l'atto effettivamente esorbita dai poteri attribuiti dalla legge o che gli interessi del ricorrente sono stati sostanzialmente pregiudicati, annulla l'atto o in toto o limitatamente alla parte di esso che lede la proprietà del ricorrente.

In sostanzia, si tratta di un controllo di mera legalità (*statutory review*), in quanto solo questo tipo di violazioni di legge possono essere fatte valere.

Si discute molto per stabilire quali siano in concreto queste violazioni di legge che possono esser fatte valere: si tratta in primo luogo del classico atto "*ultra vires*" e in secondo luogo di minori irregolarità procedurali.

In pratica, il giudice valuterà:

1) se l'atto è *ultra vires*, ovvero esorbita i limiti del potere attribuito dalla legge;
2) se sono state commesse violazioni procedurali;
3) se l'ispettore o il ministro non hanno assunto una corretta decisione, in quanto non ci sono prove a supporto della decisione intrapresa o sono state prese in considerazioni ragioni irrilevanti e trascurati profili di rilievo.

Naturalmente anche l'autorità espropriante potrà impugnare, per gli stessi motivi, un eventuale atto di rifiuto di conferma.

L'efficacia di questa autorizzazione dura tre anni, decorsi i quali il potere di esproprio si estingue. Spesso tuttavia le Corti impongono tempi molto più stretti ritenendo che un ingiustificato ritardo nel completamento della procedura di esproprio possa essere inteso come abbandono della procedura, con conseguente perdita del potere di eseguire l'esproprio.

Inoltre, in caso di ritardo, il proprietario può compulsare il soggetto procedente ad agire e può chiedere il ristoro dei danni da ritardo, se nel frattempo ha subito perdite.

Entro i tre anni, o anche in termini inferiori, l'amministrazione espropriante deve giungere ad un accordo sulla somma da pagare come compensazione dell'acquisto coattivo della proprietà.

Dopo la fase di autorizzazione, per giungere al trasferimento del bene, l'autorità

[12] Sir W. Wade, *Administrative law*, Oxford, 1994, 756.

procedente può sempre tentare un accordo oppure seguire due procedure: quella del N*otice to treat/Notice to entry* o quella del *General vesting order*.

È tuttavia possibile anche iniziare con la procedura del N*otice to treat* e poi spostarsi su quella del *General vesting order*.

Secondo la prima procedura, va effettuata, da parte dell'amministrazione espropriante, una diffida a trattare per la determinazione dell'indennizzo e per il trasferimento del bene ("*notice to treat*"). Il proprietario può rispondere all'autorità emanante con un *notice of claim for compensation*, entro 21 giorni dalla comunicazione, così dando avvio alla trattativa per la determinazione della *compensation*.

L'autorità espropriante può anche decidere di tirarsi indietro entro 6 settimane, se ritiene che il valore del terreno sia troppo elevato.

A seguito dell'avvio di queste trattative si può addivenire, con l'accordo del proprietario, ad un vero e proprio contratto di vendita.

Il proprietario deve però dimostrare il proprio titolo e trasferire la proprietà del bene. Se il proprietario non deposita il *notice to claim*, o comunque non si addiviene ad alcun accordo, la procedura continua per la determinazione della "*compensation*" dianzi al giudice. Le relative controversie sono di competenza dei *Land Tribunals*.

L'espropriante può pagare la somma determinata anche direttamente dinanzi al giudice, se il proprietario rifiuta di accettarla, ottenendo un documento unilaterale di compravendita con il quale la proprietà viene definitivamente acquisita dall'espropriante.

Essa deve essere determinata in base al valore di mercato, in applicazione del principio di equivalenza l'espropriato ha diritto a mantenere la sua situazione inalterata, senza avvantaggiarsi e senza essere danneggiato dalla espropriazione.

In casi particolari, dove non vi è un mercato, il valore va determinato con riferimento al costo di acquisto di un terreno equivalente altrove.

La *compensation* può anche essere effettuata in natura ed essere costituita ad un altro terreno. È importante sottolineare che sull'espropriato grava l'obbligo di mitigare gli effetti economici negativi della procedura espropriativa, altrimenti essi non gli verranno riconosciuti.

In aggiunta al valore del bene verranno riconosciuti i danni morali, ovvero il disturbo e il ricorso ad una procedura forzosa. Si tratta in genere di un incremento del 10 per cento.

Il valore del bene va determinato comunque con riferimento al momento in cui vi è il trasferimento del possesso.

Dopo il *notice to treat*, l'autorità espropriante può comunicare un "*notice to entry*", nel quale rende nota la data in cui prenderà possesso del fondo (entro tre giorni dalla notifica).

In ogni caso, l'acquisto del titolo di proprietà avverrà solo all'esito del giudizio dinanzi ai *Land Tribunals* o mediante accordo.

La procedura alternativa è quella della "*General Vesting declaration*", che è una procedura autoritativa che consente non solo l'immissione in possesso del bene da parte dell'autorità espropriante ma anche il trasferimento coattivo della proprietà ad essa, acquisto che si verifica non prima del ventottesimo giorno dalla comunicazione dell'atto.

Una volta effettuata la *General vesting declaration*, il diritto di proprietà si converte nel diritto alla *compensation* e il giorno del trasferimento della proprietà è quello a cui far riferimento per la valutazione

dell'immobile. Secondo una circolare governativa, la *General vesting declaration* va comunque effettuata al massimo entro tre anni dalla *confirmation* del *compulsory purschase order*.

5. L'espropriazione per pubblica utilità in Germania.

La Costituzione tedesca, all'art. 14, al comma 3, stabilisce che l'espropriazione può essere solo consentita per il pubblico bene. Essa può solo essere ordinata per gli scopi previsti dalla legge che determini anche la natura e la quantità dell'indennizzo. Questo deve essere determinato stabilendo un equo bilanciamento tra il pubblico interesse e l'interesse dei soggetti lesi. In caso di controversie circa l'ammontare del compenso, può essere proposto ricorso dinanzi alle corti ordinarie.

Ci sono molte leggi che legittimano l'espropriazione sia a livello nazionale che degli Stati federali.

In genere si tratta di leggi sulle infrastrutture (nuove strane, autostrade, ferrovie, aeroporti, reti elettriche, impianti nucleari, ecc.) ma ci sono anche leggi che consentono l'espropriazione per altre ragioni, ad esempio per la protezione della natura e del paesaggio, per la protezione di monumenti, dell'acqua o per la realizzazione di opere pubbliche previste dai piani urbanistici e di sviluppo. Ci sono più di venti leggi a livello federale e nazionale in materia di espropriazione. Tuttavia i principi sono comuni. In primo luogo occorre una causa di pubblica utilità, ovvero per il pubblico bene, normalmente contenuta nei piani urbanistici o di sviluppo[13].

Viene poi in rilievo la c.d. clausola di sussidiarietà, che impone all'amministrazione di tentare di ottenere l'acquisto della proprietà in altri modi prima di ricorrere all'espropriazione (mediante un accordo o anche una riallocazione del terreno). In sostanza, l'amministrazione deve provare di non essere riuscita ad ottenere il terreno in altro modo.

L'amministrazione deve inoltre dimostrare di non poter perseguire la finalità pubblica con misure meno invasive della proprietà, ad esempio espropriando solo una parte del terreno o mediante l'imposizione di servitù. Pertanto, in primo luogo l'autorità espropriante deve presentare una "ragionevole offerta" al proprietario. Si tratta di un passaggio di enorme importanza: infatti se questa offerta è effettivamente ragionevole, e tuttavia non viene accettata, essa costituirà un limite per la quantificazione dell'indennizzo ed eventuali incrementi di valore del bene intervenuti successivamente saranno irrilevanti. In questo modo vengono scoraggiate tattiche dilatorie. Se invece il tribunale riconoscerà che l'offerta non era ragionevole, la procedura espropriativa non potrà proseguire se non a seguito della presentazione di una nuova "ragionevole offerta". L'autorità espropriante, inoltre, deve dimostrare in termini di capacità economica e tecnica di essere in grado, in tempi rapidi, di realizzare l'opera di pubblica utilità.

Anche soggetti privati possono farsi promotori di espropriazioni purché agiscano per fini di pubblica utilità (si pensi alle

[13] W. Voss, *Compulsory Purchase in Poland, Norway and Germany – Part Germany, TS 3F – Compulsory Purchase and Compensation I.*

scuole, agli ospedali, alla società esercenti servizi pubblici, ecc.).

Nel caso Boxberg del 1987, la Corte costituzionale Federale ha statuito che l'aumento dei posti di lavoro e lo sviluppo economico sono solo un bene pubblico indiretto, essi pertanto non possono costituire una causa di pubblica utilità ai fini di attivare una procedura espropriativa. Questo orientamento è stato poi confermato. La procedura di esproprio prevede che l'autorità competente sia quella al più alto livello. Essa deve garantire una giusta procedura e un giusto indennizzo. È infatti in posizione di indipendenza rispetto all'amministrazione espropriante.

Le fasi della procedura prevedono:

1) una pre-negoziazione, che si apre con la ragionevole offerta di pagamento;
2) una procedura amministrativa preliminare, in cui l'autorità responsabile verifica i requisiti per iniziare la procedura vera e propria; in questa fase, viene nominato un collegio di esperti per valutare la congruità della ragionevole offerta e per determinare il valore del bene. Anche durante questa fase la procedura generalmente si conclude con l'accordo delle parti.

3) la procedura ufficiale, che prevede una audizione delle parti. Essa si apre con un avviso pubblico dell'avvio della procedura. Anche in questa fase si tenta sempre di raggiungere un accordo tra le parti, le quali possono anche accordarsi solo sul trasferimento di proprietà e non anche sulla determinazione dell'indennizzo. In effetti si calcola che solo il 10 per cento dei casi non si definiscono in via amichevole. In questi casi, l'autorità espropriante dispone l'espropriazione e determina autonomamente l'indennizzo.

Spesso, sulla base dell'urgenza, il richiedente può essere immesso nel possesso dell'area prima della conclusione della procedura. In questo caso, egli deve previamente versare la somma offerta come "offerta ragionevole".

La quantificazione dell'indennizzo, secondo le linee guida entrate in vigore nel 2008, deve contemperare il privato e pubblico interesse, ma deve comunque fondarsi sul principio di equivalenza, per cui l'espropriato deve essere messo in grado di acquistare un terreno della stessa qualità e caratteristiche. La determinazione del valore del bene secondo i prezzi di mercato viene affidato a un comitato di esperti, riconosciuto in modo ufficiale, e la valutazione è fatta secondo criteri standard. La data per la determinazione del valore è quella dell'atto di trasferimento della proprietà o – se vi è stata immissione anticipata nel possesso – quella dello spossessamento. Vanno inoltre computati eventuali ulteriori danni: per esempio dovuti al frazionamento del terreno, perdita di profitti e costi per il dislocamento dell'attività in altro sito, perdita della clientela ecc.

L'indennizzo può anche essere disposto in natura o mediante il riconoscimento di altri diritti. Non sono previsti specifici limiti temporali in cui la procedura deve concludersi, ma si richiede che la procedura sia la più rapida possibile.

È tuttavia prevista la possibilità di revocare l'esproprio se il beneficiario non effettua i pagamenti entro un mese da quando la decisione dell'amministrazione procedente che determina l'indennizzo è stata assunta.

Per quanto riguarda la tutela giurisdizionale, come in Italia, le controversie relative alla determinazione dell'indennizzo spettano ai giudici ordinari mentre l'impugnazione dell'atto di esproprio è di competenza del giudice amministrativo.

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è occupata di recente del diritto tedesco

in materia di esproprio in relazione ad un caso particolare, concernente l'esproprio senza indennizzo dei c.d. "nuovi contadini" della ex Germania dell'est, i quali erano stati assegnatari di terre a seguito della riforma agraria durante il regime comunista. Una legge tedesca, adottata dopo la riunificazione (1992) aveva statuito che i *Land* potessero espropriare senza indennizzo queste terre a meno che gli attuali proprietari, eredi dei "nuovi contadini", non svolgessero più attività agricola.

La Corte, ribaltando il giudizio, della Camera del 22.2.2004, nella sent. della Grande Camera del 30 giugno 2005 (Jahn e altri c. Germania), ha ritenuto che ricorressero nel caso di specie quelle eccezionali circostanze che giustificano l'esproprio senza indennizzo, trattandosi di regolamentare il passaggio dall'economia socialista al regime di libero mercato.

In sostanza la Corte ha ritenuto che vi fosse il fondamento normativo, costituito da norme chiare e compatibili con la Cost. tedesca, secondo quanto stabilito dalla Corte costituzionale federale. Che vi fosse lo scopo legittimo di riportare chiarezza nei rapporti proprietari a seguito della riforma agraria socialista, richiamando a questo scopo la propria giurisprudenza che riconosce un amplissimo margine di apprezzamento discrezionale allo Stato nazionale in caso di adozione di particolari misure di pubblico interesse (caso Lithgow e altri c. Regno Unito, 8 luglio 1986, concernente la nazionalizzazione delle industrie navali. In quell'occasione, la Corte aveva ritenuto non illegittima la previsione di un indennizzo inferiore al valore di mercato). I commentatori hanno criticato questa pronuncia in quanto in altri analoghi casi (Ex re della Grecia c. Grecia 23 novembre 2000, in relazione alla transizione tra la monarchia e la repubblica in Grecia, e James e altri c. Regno Unito del 21.2.1986), l'obbligo di un qualche indennizzo, anche se non necessariamente parametrato al valore di mercato del bene, era stato affermato. Si è inoltre constato che la legge tedesca, nel sottrarre la proprietà agli eredi dei "nuovi contadini" aveva privato di effetti una legge del 1990, volta proprio, all'indomani della caduta del muro, a favorire la transizione verso il libero mercato[14].

6. Conclusioni.

La rassegna sopra effettuata delle procedure di esproprio nei vari ordinamenti europei mette in luce l'esistenza di molti aspetti comuni e di alcuni tratti – ai quali si è già fatto cenno all'inizio di questo studio – differenti: in particolare, il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria – spesso – già nella fase del procedimento, soprattutto per la determinazione dell'ammontare dell'indennizzo, a garanzia dell'effettivo ristoro dei proprietari incisi dal procedimento secondo il principio dell'equivalenza.

Va inoltre detto che in alcuni Paesi (Gran Bretagna) il sistema stesso scoraggia la possibilità di fenomeni di espropriazione indiretta in quanto l'immissione in possesso del bene viene subordinata alla definizione della procedura in via amichevole o alla risoluzione definitiva della controversia giudiziale. Inoltre, grande attenzione è quasi ovunque riservata alla predisposizione di strumenti per favorire la definizione in via amichevole della procedura di esproprio.

[14] U. Deutsch, *Expropriation without Compensation – the European Court of Human Rights sanctions German Legislation expropriating the Heirs of "New Farmers"*, in *German Law Journal* Vol. 06 No. 10, in www.germanlawjournal.com.

È emerso, infine, che tutti i Paesi esaminati si sono trovati a dover affrontare e risolvere il problema della sorte dell'opera pubblica realizzata nonostante l'assenza di base legale della procedura espropriativa (per annullamento di atti del procedimento o per realizzazione di attività meramente materiali di impossessamento non autorizzate da provvedimenti amministrativi).

In tutti questi casi, si è valorizzato l'interesse pubblico come condizione ostativa alla restituzione del fondo illegittimamente trasformato, facendo ricorso a strumenti di sanatoria o regolarizzazione *ex post* e comunque alla impossibilità di eseguire una condanna alla restituzione del bene al privato illegittimamente espropriato.

Ciò nonostante, come si è detto, sono piuttosto rari i casi in cui altri Paesi oltre l'Italia hanno subito condanne per il fenomeno della espropriazione indiretta.

Quale può esserne la ragione?

In primo luogo, può dirsi che vi sono ragioni di ordine sistematico, prima fra tutte quella dell'ammontare dell'indennizzo.

Infatti, in tutti i Paesi esaminati, l'indennizzo viene quantificato con riferimento al valore di mercato e talvolta anche maggiorato, mentre da noi, fino a poco tempo fa, esso era significativamente inferiore al valore di mercato del bene, il che ha certamente determinato la presentazione dinanzi alla Corte di Strasburgo di numerose azioni, e quindi le conseguenti condanne da parte della CEDU nei confronti dell'Italia.

Inoltre, va certamente rimarcato che in Italia, per una serie di ragioni anche storiche, la "patologia" nel procedimento espropriativo è diventata la regola (si pensi ai numerosi annullamenti delle dichiarazioni di pubblica utilità dovute a violazione dell'art. 7 della l. 241/90 che hanno determinato l'assenza di "base legale" del procedimento espropriativo), mentre negli altri Paesi era certamente l'eccezione.

Quello che si è detto sopra chiarisce come la questione della espropriazione di fatto (*voi de fait* o *via de echo*) o della realizzazione dell'opera pubblica in assenza di un procedimento espropriativo legittimo sia stata trattata in modo sostanzialmente non dissimile dall'Italia almeno anche da Spagna e Francia, le quali, senza teorizzare esplicitamente l'espropriazione indiretta, anzi formalmente ripudiandola, giungono poi in sostanza agli stessi risultati.

In sostanza, i giudici dei Paesi europei esaminati sembrano limitarsi a constatare che la prevalenza dell'interesse pubblico preclude nella maggior parte dei casi la restituzione del bene illegittimamente trasformato e impone una misura risarcitoria, senza troppo approfondire il tema delle modalità di trasferimento della proprietà, rimesso ad una procedura di regolarizzazione *ex post*.

Non si rinvengono invece ricostruzioni teorico dogmatiche similari alla nostrana "occupazione appropriativa" né fonti normative che, come il nostro attuale art. 42 bis, abbiano fornito rigorosa base legale per risolvere il problema della espropriazione indiretta o di fatto. Anzi, alcuni commentatori francesi hanno ammesso che il rifiuto di restituzione del bene al privato illegittimamente espropriato costituisce espropriazione indiretta, al pari delle ipotesi sanzionate dalla CEDU.

In definitiva, quello che è emerso, è che la misura restitutoria del terreno illegittimamente espropriato appare veramente rara in tutti gli altri ordinamenti e comunque recessiva di fronte all'interesse pubblico al mantenimento dell'opera pubblica, sia pure indebitamente realizzata.

È stata invece ampiamente valorizzata la regolarizzazione dell'espropriazione, parti-

colarmente enfatizzata dalla giurisprudenza francese, o della rinnovazione del procedimento, prospettata in alcune pronunce dal giudice spagnolo.

Ampio spazio inoltre viene ovunque riservato alle misure risarcitorie, comprensive (con l'eccezione della Francia) anche del danno da "disturbo" o del danno morale ovvero (come in Spagna) da uno speciale indennizzo per la privazione illegittima della proprietà, a tutela delle posizioni dei privati lesi della loro situazione proprietaria.

In conclusione, solo la nostra Cassazione ha elaborato così a chiare lettere una ricostruzione dogmatica che prevede l'acquisizione della proprietaria da fatto illecito, mentre negli altri ordinamenti ci si è limitati a non disporre la restituzione del fondo.

In sostanza, sembrerebbe che la questione, tanto enfatizzata, dalla Corte EDU circa la carenza di "base legale" nella espropriazione indiretta, sia stata posta dinanzi ai giudici europei con tanta chiarezza solo nei giudizi concernenti l'Italia.

Viene dunque da chiedersi – è una provocazione – se non sia stata propria la nostra forse eccessiva raffinatezza concettuale, nella elaborazione di una soluzione giuridica al problema della espropriazione di fatto, che ha portato solo noi ad affermare principi evidentemente incompatibili con la CEDU e ha collezionare, quindi, così tante condanne.

Per fortuna, l'attuale art. 42 bis ha ora risolto il problema. Si tratta in verità di una norma assi più strutturata e garantista dei generici richiami a "regolarizzazioni" fatte in altri ordinamenti, così mostrando che il nostro rigore nella elaborazione delle categorie giuridiche e la nostra raffinatezza teorica può anche essere volta a trovare soluzioni di buon senso e conformi ai principi della CEDU.

Bibliografia essenziale.

Raul C. Van Caenegem, *I sistemi giuridici europei*, Bologna, 2002.

José R. Chaves García, *La vía de hecho: un virus administrativo endémico,* 2020 https://elconsultor.laley.es/C....

D. Diego Córdoba Castroverde, *Reparación de los perjuicios derivados de una expropiación ilegítima, Revista de Jurisprudencia*, numero 1, 1-4-2013.

M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato,* Bologna, 1992.

Ulrike Deutsch, *Expropriation without Compensation – the European Court of Human Rights sanctions German Legislation expropriating the Heirs of "New Farmers"*, in *German Law Journal* Vol. 06 No. 10, in www.germanlawjournal.com.

Juan José González López, *La responsabilidad por vía de hecho en la expropiación a la luz de la disposición adicional e la ley de expropiación forzosa* file:///C:/Users/m.maddalena/Downloads/Dialnet-LaResponsabilidadPorVia-DeHechoEnLaExpropiacionALaL-6390772.pdf.

Giulio Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007.

Simon Gilbert, *Expropriation et Convention européenne des droits de l'homme,* 2016, https://journals.openedition.org/crdf/591?lang=en#bodyftn32.

Pierre Tifine, *Le droit de l'expropriation à l'épreuve de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité*, 2014 https://www.lexbase.fr/article-juridique/20362349-doctrine-le-droit- de-l-expropriation-a-l-epreuve-de-la-procedure-de-question-prioritaire-de-constit.

Pierre Devolvé, *Voie De Fait: Limitation Et Fondements,* in Ius publicum network review, 2013, http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/19_12_2013_15_41-Delvolve_Article2013_TEMPLATE2def.pdf

Winrich Voss, *Compulsory Purchase in Poland, Norway and Germany – Part Germany, TS 3F – Compulsory Purchase and Compensation I.*

Sir William Wade, *Administrative law*, Oxford, 1994.

Documenti

Compulsory Purchase (Vesting Declarations) Act 1981

Acquisition of Land Act 1981

Code de l'expropriation pour cause de utitlité publique

Land Expropriation in Europe, Legal Memorandum, January 2013

Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (LEF).

La Ley de Expropiación Forzosa. Análisis y perspectivas de reforma, Ministerio de Hacienda, 2003 https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=489949.

Juris classeur, fasc. 400.10, Expropriation – Regine general et object de la procedure, 24.10.2010.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2857 – 28 luglio 2023

La giustizia politico-amministrativa e le sue contraddizioni (in merito all'ultima sentenza del Consiglio di Stato sulla proroga delle concessioni demaniali marittime)

Marco Magri

Sommario: 1. La disapplicazione della legge di conversione del Milleproroghe, a pochi giorni dalla promulgazione dissenziente del Presidente della Repubblica. – **2.** Nomofilachia balneare e processo amministrativo d'impugnazione. – **3.** Tre argomenti non considerati. – **4.** Proroghe giurisprudenziali, proroghe legislative e diritto nazionale vigente (sull'applicabilità dell'art. 16 D.lgs. n. 59/2010).

1. La disapplicazione della legge di conversione del Milleproroghe, a pochi giorni dalla promulgazione dissenziente del Presidente della Repubblica.

La stagione estiva 2023, oramai entrata nella sua fase culminante, vede ancora irrisolto l'interrogativo sulla scadenza delle concessioni demaniali marittime per uso turistico- ricreativo. Nelle osservazioni che seguono non si vorrà rivisitare, se non nei limiti dello stretto indispensabile, la problematica, lungamente e vivacemente dibattuta, del modo in cui l'adunanza plenaria ha assolto alla propria funzione di nomofilachia[1]. Ci si accontenterà di riflettere su uno

[1] Tra le più recenti, Corte cost., 9 dicembre 2022, n. 145.Senza pretesa di completezza, vista l'enorme quantità di contributi sul tema, si rimanda anzitutto al fascicolo monotematico dalla Rivista *Diritto e Società* n. 3/2021, *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, con saggi di M.A Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria* (anche in questa *Rivista*, 16 febbraio 2022); F. Ferraro, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*; G. Morbidelli, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*; M. Gola, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le "concessioni balneari": si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta?*; R. Dipace, *L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l'erosione della categoria*; M. Calabrò, *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello Stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria; E. Lamarque, Le due sentenze dell'Adunanza plenaria… le gemelle di Shining?*; R. Rolli, D. Sammarro, *L'obbligo di "disapplicazione"*

degli ultimi sviluppi della vicenda, attorno al quale gli studiosi non hanno mancato di fornire un resoconto – anche perché si è imposto per qualche giorno all'attenzione della cronaca – ma che non è stato molto approfondito in sede dottrinale[2], quasi si trattasse di un episodio meritevole soltanto di essere menzionato come evoluzione lineare di una questione già ben definita.

Lo scorso mese di marzo il Consiglio di Stato[3] ha avuto occasione di applicare a sezioni semplici i princìpi stabiliti dall'adunanza plenaria nelle sentenze n. 17 e n. 18 del 2021, con una pronuncia che non rileva tanto per l'ennesima declaratoria di "anticomunitarietà" delle norme che prorogavano al 2033 le concessioni demaniali marittime – esito di per sé scontato (anche i termini del ricorso erano identici) – quanto per la chiosa che compare nell'ultima frase della motivazione: in cui si giudica incompatibile con il diritto U.E. e si dispone che dovrà essere ritenuto inefficace da parte di «qualsiasi organo dello Stato» l'art. 10-*quater*, comma 3, del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198 (cd. Milleproroghe), interpretato dal giudice come una nuova ipotesi di «proroga automatica delle concessioni demaniali marittime», anch'essa «in frontale contrasto» con l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE.

Nel giudizio di primo grado, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, appellante al Consiglio di Stato, si era vista respingere dal TAR Puglia sezione di Lecce il ricorso proposto contro una delibera comunale di proroga delle concessioni demaniali marittime adottata nel 2020, ovviamente in applicazione delle uniche norme nazionali di proroga allora vigenti (art. 1 commi 682 e 683 legge n. 145/2018).

alla luce delle sentenze n. 17 e n. 18 del 2021 del Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria); E. Zampetti, *La proroga delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza. Osservazioni a margine delle recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria; G. Iacovone, Concessioni demaniali marittime tra concorrenza e valorizzazione*; M. Ragusa, *Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?*; P. Otranto, *Proroga ex lege delle concessioni balneari e autotutela*; B. Caravita di Toritto e G. Carlomagno, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime*, e recensione di F. Francario, *Se questa è nomofilachia. Il diritto amministrativo 2.0 secondo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in questa *Rivista*, 28 gennaio 2022; Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma. Si veda inoltre A. Police, A.M. Chiariello, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, in *amministrativ@mente*, n. 2 (2022), 47 ss.; R. Caranta, *Concessioni demaniali – Es gibt noch Richter in Berlin! Stop alle proroghe delle concessioni balneari*, in Giur. it., 2022, 1204 ss.; E. Cannizzaro, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee?*, in questa *Rivista*, 30 dicembre 2021; A. Cossiri, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si pronuncia sulle concessioni demaniali a scopo turistico-ricreativo. Note a prima lettura*, in *Dir. pubbl. eur. rassegna online*, n. 2, 2021, 234 ss.; P.G. Novaro, *Spiagge: casus belli per una riflessione sulla concessione di bene pubblico*, in *Ist. Fed.*, 2022, 231 ss.; E. Zampetti, *Le concessioni balneari dopo le pronunce Ad. Plen. 17 e 18 2021. Definito il giudizio di rinvio innanzi al C.G.A.R.S.*, in questa *Rivista*, 27 gennaio 2022; M.C. Girardi, *Nel "mare magnum" delle proroghe. Riflessioni a partire dalle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza plenaria*, in *Osservatorio* AIC, fasc. 2/2022, 5 aprile 2022; M. Crisci, *Risorse scarse e interesse transfrontaliero nelle concessioni demaniali marittime. Il giudice che si sostituisce all'amministrazione?*, in *Dir. dell'econ.*, n. 3/2022. In prospettiva comparata, A. Persico, *Le concessioni demaniali marittime nell'impatto con il diritto dell'Unione. Spunti comparatistici per una gestione sostenibile "a tuttotondo" del patrimonio costiero nazionale*, in *federalismi.it*, 10 agosto 2022.

[2] Alcune considerazioni in G. Parodi, *La proroga delle concessioni demaniali marittime tra disapplicazione e incidente di costituzionalità. Questioni aperte, opacità della giurisprudenza*, in *DPCE online*, n. 2/2023, 1607 ss.; nel senso indicato nel testo, L. Pasanisi, *Le concessioni balneari: una questione politica di particolare importanza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 4 luglio 2023, 7; N. Durante, *Concessioni balneari: avviso ai naviganti*, ivi, 30 giugno 2023, 4. Questi ultimi due contributi riproducono le relazioni svolte dai Presidenti di Sezione del TAR Campania – Salerno al Convegno ASD e Concessioni demaniali marittime – Lo scoglio della Bolkestein e le opportune correzioni di rotta, organizzato ad Ischia il 14 giugno 2023 su iniziativa dell'Associazione Circoli Nautici della Campania.

[3] Sez. VI, 1 marzo 2023, n. 2192; per qualche richiamo a questa sentenza, nella giurisprudenza di primo grado, TAR Puglia, Bari, 11 maggio 2023, n. 755; TAR Campania, Salerno, 24 aprile 2023, n. 935.

Il Consiglio di Stato, sulla base di un riepilogo dei «princìpi enunciati in sede di nomofilachia», ha capovolto l'esito del giudizio di primo grado, disapplicando l'art. 1 commi 682 e 683 della legge n. 145/2018 e annullando il provvedimento impugnato, ma si è fatto carico di «*soggiungere*», un attimo prima della formulazione del dispositivo di accoglimento, «*che, sulla base di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell'art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell'art. 10- quater, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato*».

Come molti ricorderanno, il 23 febbraio 2023, sette giorni prima del deposito della sentenza, l'opinione pubblica aveva dato ampio risalto alla notizia che la legge di conversione del decreto n. 198/2022 era stata promulgata dal Presidente della Repubblica con lettera di motivazione contraria[4].

Ciò che il Quirinale aveva segnalato al Parlamento erano «molteplici profili critici» del decreto, tra i quali il «più evidente» erano le norme di proroga delle concessioni demaniali marittime, ritenute «contrastanti» con le sentenze del Consiglio di Stato e «difformi» dal diritto dell'Unione europea.

Il dissenso del Presidente della Repubblica nasceva da alcune disposizioni della legge 24 febbraio 2023 n. 14, di conversione del decreto-legge n. 198/2022, che hanno di nuovo allungato il periodo di efficacia delle concessioni demaniali marittime per uso turistico- ricreativo e sportivo rispetto al termine che il Parlamento aveva previsto, sul finire della XVIII^ legislatura, con la legge n. 118/2022, nel quadro di un intervento che intendeva adeguare la legislazione italiana agli obblighi comunitari sanciti dall'adunanza plenaria (e dalla sentenza *Promoimpresa e Melis* della Corte di Giustizia dell'Unione europea, V Sez., 14 luglio 2026, C-458/14 e C-67/15), mentre pendeva la procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea con lettera C(2020)7826 del 3 dicembre 2020.

Più precisamente, con la legge 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021), le Camere – già sciolte dal 21 luglio 2022[5] in vista delle elezioni politiche – avevano riconosciuto i princìpi affermati dalla plenaria e operato alcune importanti modifiche; in rapida sintesi:

a) abrogazione delle disposizioni (art. 1 commi 675-683 della legge 30 dicembre 2018 n. 145) che prevedevano la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime al 31 dicembre 2033, dichiarate dall'adunanza plenaria incompatibili con il diritto dell'Unione europea (art. 3 comma 5);
b) delega al Governo ad adottare, nel termine di sei mesi (inutilmente scaduto il 27 febbraio 2023), uno o più decreti legislativi in materia di affidamento delle concessioni demaniali marittime, lacuali

[4] D. Casanova, *Una nuova promulgazione dissenziente: la lettera del Presidente della Repubblica in relazione alla legge di conversione del c.d. decreto milleproroghe (l. n. 14/2023)*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 3/2023, 6 giugno 2023; S. Curreri, *Sull'auto-attribuzione da parte del Presidente della Repubblica del potere di promulgazione parziale dei testi legislativi*, in *laCostituzione.info*, 8 marzo 2023.

[5] D.P.R. 21 luglio 2022, n. 96, in GU Serie Generale n. 169 del 21 luglio 2022.

e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive (art. 4);

c) delega al Governo ad adottare, nel termine di sei mesi, portati a undici dal decreto Milleproroghe (dal 27 febbraio 2023 al 27 luglio 2023), un decreto legislativo per la mappatura e la trasparenza dei regimi concessori di beni pubblici (art. 2);

d) fissazione una proroga "tecnica" di durata identica a quella individuata dall'adunanza plenaria (31 dicembre 2023), per consentire alle amministrazioni locali di espletare i nuovi affidamenti delle concessioni, una volta entrato in vigore il nuovo regime legislativo delegato (art. 3 comma 2).

Mette solo conto di aggiungere che il governo italiano ha fatto leva proprio sull'emanazione della legge n. 118/2022 e sull'abrogazione delle norme di proroga delle concessioni al 31 dicembre 2033 per sostenere, in un altro processo pendente davanti alla Corte di giustizia (C- 348/22), la perdita di rilevanza della questione pregiudiziale sollevata dal TAR Puglia sezione di Lecce – l'unico giudice italiano di primo grado che notoriamente non condivide la tesi della plenaria[6] – in merito alla efficacia *self-executing* dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. L'eccezione è stata respinta e la questione è stata decisa dalla Corte di giustizia nei termini che sappiamo, con la sentenza del 20 aprile 2023[7]. Non può tuttavia passare inosservato che, accreditando alla legge "concorrenza" il merito di aver cambiato la situazione giuridica nazionale, l'Italia abbia rappresentato ai Giudici dell'Unione europea un quadro normativo interno non più difforme dagli obblighi sanciti della sentenza *Promoimpresa e Melis*.

Nel frattempo, fuori dal contesto appena ricordato, la maggioranza parlamentare insediatasi con la XIX^ legislatura aveva confermato di non volersi attenere alle scelte operate dalla legge n. 118/2022[8]. Nel "punto stampa" tenutosi in occasione di una visita ad Algeri, sul finire del mese di gennaio 2023, la Presidente del Consiglio aveva dichiarato, a nome del Governo, che gli «imprenditori balneari» sarebbero stati «difesi» e messi «in sicurezza» da una direttiva europea (n. 2006/123/CE) che ad essi «non andava applicata»; e che tale intento politico sarebbe stato realizzato attraverso una soluzione «non temporanea», bensì di tipo «strutturale». Non era ancora certo che il disegno, com'è poi accaduto, si materializzasse negli «emendamenti» confluiti nella legge di conversione del decreto-legge n. 198/2022, dalla quale emerge un uso gravemente inappropriato del potere di conversione. Basti ricordare che il Governo stesso, con il decreto-legge n. 198/2022, si era disinteressato delle concessioni demaniali marittime per uso turistico-ricreativo. Anzi, per queste ultime aveva ribadito i termini previsti dalla legge "concorrenza", disponendo un'unica ipotesi di proroga, giustificata da finalità di sostegno alla «*società*» e alle «*associazioni sportive dilettantistiche senza scopo di lucro*». Per il resto, doveva restare «*fermo (…) in ogni caso quanto previsto per le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*» dalla legge n. 118/2022.

La legge n. 14/2023 è intervenuta su quanto previsto per le concessioni dalla

[6] R. Dipace, *Concessioni "balneari" e la persistente necessità della pronuncia della Corte di Giustizia*, in questa *Rivista*, 14 ottobre 2022; E. Chiti, *False piste: Il Tar Lecce e le concessioni demaniali marittime*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 801.

[7] R. Tumbiolo, *Il Demanio Costiero come risorsa naturale e ambientale*, in *RGA online*, 2 giugno 2023.

[8] C. Curti Gialdino, *Il Governo Meloni e l'Unione europea: gli esordi del nuovo Esecutivo*, in *federalismi.it*., 7 dicembre 2022, 18.

legge n. 118/2022, manifestando, appunto, quell'intento di riforma «strutturale» estraneo e scientemente accantonato dal decreto-legge convertito. Un simile modo di esercizio del potere di conversione meriterebbe un attento scrutinio di omogeneità rispetto al provvedimento governativo e, naturalmente, a questo punto il discorso dovrebbe ampliarsi in una direzione che qui non pare consentita. Una cosa però si può dire: tanto più si sottolinea il "divorzio politico" tra la legge n. 14/2023 e la legge n. 118/2022, e tanto più si pone l'accento sull'originalità della soluzione organizzativa che la nuova maggioranza parlamentare ha voluto tradurre in emendamenti creativi di nuovi articoli del testo del D.L. n. 198/2022, quanto più forte è il sospetto che la legge di conversione incorra nella violazione dell'art. 77 comma 2 Cost. per aver soggiunto disposizioni "intruse", prive d'interrelazione con l'atto soggetto a conversione; vizio più volte acclarato dalla Corte costituzionale anche e proprio in merito ai decreti "Milleproroghe".

La sentenza n. 2192/2023 non ha colto, e forse non poteva cogliere questo profilo, non foss'altro perché una questione di costituzionalità sarebbe risultata del tutto irrilevante, essendo la disapplicazione del Milleproroghe un mero *obiter* (come vedremo più avanti).

Resta da valutare se la Sezione VI^ abbia fatto bene a cogliere l'altro aspetto, il medesimo che ha formato oggetto delle già menzionate preoccupazioni del Presidente della Repubblica: l'inversione di rotta verso l'adempimento degli obblighi comunitari in materia di concessioni "balneari", che con la legge n. 118/2022 sembrava aver finalmente raggiunto un punto di approdo.

2. Nomofilachia "balneare" e processo amministrativo d'impugnazione.

Ora non è dato sapere se il messaggio del Presidente della Repubblica abbia avuto un peso sulla decisione del giudice. Esiste tuttavia un motivo per cui la sentenza della Sezione VI^ n. 2192/2023 non può restare senza un commento. Si tratta di una pronuncia che fa riferimento a una singola disposizione del decreto Milleproroghe (art. 10-*quater* del D.L. n. 198/2022, convertito), non per "disapplicarla", ma per compiere un'operazione interpretativa di più ampio rilievo sistematico: dichiarare che i princìpi enunciati in sede nomofilattica sono assimilabili a fonti di una vera e propria disciplina normativa transitoria delle concessioni, la cui derivazione sopranazionale non lascia al legislatore altro che un'attività di pura e semplice esecuzione.

Il principio sottinteso alla disapplicazione del Milleproroghe è che non può, il Parlamento, neppure variare il giorno di scadenza della proroga tecnica (31 dicembre 2023) autorizzata dalla plenaria per dar tempo alle amministrazioni di procedere ai nuovi affidamenti (e, al legislatore, di riformare la disciplina dell'affidamento delle concessioni demaniali marittime): o le Camere accettano tutto il pacchetto preconfezionato in sede di nomofilachia, oppure ogni legge sulla durata delle concessioni è contraria al diritto dell'Unione.

Sembra piuttosto evidente che in questo modo si innalzi ulteriormente il livello della "pretesa" del Consiglio di Stato, nonché la sua propensione – in parte manifestata

anche dall'adunanza plenaria[9] – a far proprie le logiche di funzioni extragiudiziarie. Può darsi che l'idea di stringere le maglie del sindacato incidentale sulla compatibilità euro-unitaria della legge sia consequenziale alle pronunce di nomofilachia. Sta di fatto che la sentenza n. 2192/2023 non può essere intesa come una mera "propaggine" di queste ultime: l'impressione è di una sentenza con la quale la Sezione VI^ è stata probabilmente (si permetta l'espressione) «più realista del Re».

Il riferimento è anzitutto alla qualificazione del termine del 31 dicembre 2023, che per la Sezione VI^ è tanto inderogabile quanto lo è quello di recepimento di una direttiva; mentre nella realtà è solo una data equitativamente stabilita dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato nell'esercizio del suo potere di graduare nel tempo gli effetti di una sentenza di annullamento. La messa in mora con la quale la Commissione europea contesta a uno Stato membro di essere in ritardo nell'attuazione di una direttiva, ad esempio, ben può essere fondata su un anno di ritardo, a maggior ragione ove ciò derivi dalla volontaria posticipazione delle procedure di adattamento. Nel caso che ci occupa, il 31 dicembre 2023 non è fissato da un atto-fonte comunitario, ma è il risultato della valutazione prognostica di un giudice nazionale, che lo ha «congruamente» stabilito. E non si può dire, rispetto al diritto dell'Unione, che la data del 31 dicembre 2024 sia meno congrua del 31 dicembre 2023, solo perché il Milleproroghe, a differenza della legge n. 118/2002, nasce senza l'avallo del giudice amministrativo.

Gli elementi di frizione, peraltro, oltre che con il decreto Milleproroghe, sono anche con il Codice del processo amministrativo e, paradossalmente, con alcuni princìpi affermati dalla stessa plenaria.

Nessun dubbio che lo slancio della Sezione VI^ sia generosamente diretto ad anticipare la soglia d'intervento contro le leggi elusive di ciò che la plenaria ha stabilito. Ma, anche a sorvolare sul fatto che non siamo ancora al 31 dicembre 2023 – e che non si può dare per scontato che al 1 gennaio 2024 il Milleproroghe sia ancora in vigore – la Sezione VI^ allarga il suo potere di disapplicazione fino a ricomprendervi una norma della quale non aveva alcun obbligo di applicazione, trattandosi di norma sopravvenuta, non disciplinante il provvedimento del Comune di Manduria, il quale aveva prorogato le concessioni al 31 dicembre 2033 unicamente sulla base dell'art. 1 commi 682 e 683 della legge n. 145/2018, a carico dei quali la Sezione VI^ (questa volta correttamente) accerta, nella prima parte della sentenza, lo stesso regime d'inefficacia già acclarato in sede di nomofilachia.

Difficile sfuggire all'impressione che la "chiosa" sul Milleproroghe concretizzi un giudizio su poteri non ancora esercitati, non consentito dal Codice del processo amministrativo (art. 34 comma 2) e non richiesto, a me pare, neanche dalla plenaria. Quest'ultima, com'è noto, aveva soggiunto che una «*eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire* (…) *andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.*». Perciò aveva concluso che l'obbligo di disapplicazione fosse da intendersi esteso ad eventuali disposizioni legislative che «*in futuro dovessero ancora disporre*» la «*proroga automatica*» delle concessioni.

Tuttavia, a parte ogni considerazione sulla fondatezza di simili assunti, non c'è motivo di ritenere che quest'obbligo di disapplicare leggi «ulteriori» non sottintendesse la

[9] F. Francario, *Se questa è nomofilachia*, cit.

pendenza di controversie concrete, nate da ricorsi contro provvedimenti amministrativi o, comunque, dalla censura di specifici atti o fatti di esercizio di potere conformi a nuove leggi di proroga delle concessioni; non vi è ragione di pensare che l'allusione della plenaria a proroghe future volesse derogare allo schema del processo amministrativo d'impugnazione.

La Sezione VI^ sembra invece essersi accontentata di due cose: il fatto che una legge del Parlamento avesse prorogato le concessioni demaniali marittime e, nel contempo, l'intuizione del pericolo che la nuova legge, ove non fosse stata dichiarata inapplicabile già in sede di cognizione, potesse in qualche misura interferire con l'attuazione del giudicato, frustrando l'effetto della sentenza che la stessa Sezione stava pronunciando.

3. Tre argomenti non considerati.

In margine a questo convincimento, giova puntualizzare tre aspetti.

In primo luogo, il decreto Milleproroghe, anche dopo la conversione nella legge n. 14/2023, sposta solo (o quasi) termini legislativi: mantiene inalterato l'intento della legge "concorrenza" e non rappresenta un ritorno al modello accolto dalla legge di bilancio 2019. È vero che i poteri del Tavolo tecnico istituito dall'art. 10-*quater* del decreto Milleproroghe, per la definizione dei criteri ricognitivi della scarsità della risorsa, ricordano (con qualche variazione di compagine) le funzioni di mappatura del litorale che i ministri avrebbero dovuto esercitare per l'emanazione del DPCM previsto dall'art. 1, commi 675, 676 e 677 della legge n. 145/2018. Così come è fuori di dubbio che il Milleproroghe voglia superare entrambe le deleghe legislative previste dalla legge concorrenza, non solo quella per la riforma delle procedure di affidamento (scaduta il 27 febbraio 2023), ma anche quella sulla mappatura della risorsa, prorogata di undici mesi, ma sostanzialmente svuotata e destinata anch'essa a cadere nel vuoto il 27 luglio 2023. Insomma è probabile che il reale obiettivo del decreto-legge n. 198/2022, dopo le modifiche apportate in sede di conversione, sia solo quello di restituire all'amministrazione, sottraendoli alla legislazione, i poteri di "regìa" (determinazione della scarsità della risorsa) che condizionano l'inizio delle nuove procedure.

Ciononostante resta in piedi, nel Milleproroghe, il fine ultimo della legge concorrenza: cambiare le regole in tempi brevi per avviare le procedure di affidamento. La proroga di un anno, dal 31 dicembre 2023 al 31 dicembre 2024, non può avere – non presuntivamente – lo stesso disvalore della proroga quindicinale che era stata stabilita dall'art. 1 comi 675 e seguenti della legge di bilancio 2019. Se non altro, al decreto-legge Milleproroghe non si può addebitare la restituzione di quel "diritto d'insistenza" sul bene demaniale marittimo, lacuale o fluviale, da cui ha avuto origine il contenzioso comunitario in merito alla durata delle concessioni.

In secondo luogo, sussiste il problema dell'individuazione dell'articolo del Milleproroghe da disapplicare. Nella sentenza n. 2192/2023 questo importante passaggio – la "focalizzazione" della norma responsabile della proroga anti-comunitaria – non sembra portato correttamente a compimento.

Sul punto occorre soffermarsi un attimo di più, non per semplice gusto di disquisizione logico formale o solo per sottolineare un errore del giudice d'appello; del resto è comprensibile che un convincimento maturato nello spazio di qualche giorno, come quello del Consiglio di Stato, origini da una valutazione sommaria e possa di conse-

guenza incontrare qualche inesattezza. Non può tuttavia sfuggire – ed è quello che interessa – l'origine dell'errore, a mio avviso da ricercare nella formulazione per più versi difettosa, nell'estrema disorganicità della legge di conversone del Milleproroghe, che suggeriva – e suggerisce obbiettivamente – molta prudenza prima di formulare un giudizio incidentale di inapplicabilità "astratta" di una o più disposizioni.

L'art. 10-*quater* comma 3, individuato dalla Sezione VI^, non prevede una proroga automatica e generalizzata delle concessioni. La norma è stata scritta «*ai fini dell'espletamento dei compiti del tavolo tecnico di cui comma 1*», che dovrà definire i «*criteri tecnici per la determinazione della sussistenza della scarsità della risorsa disponibile*». Se non che letteralmente la norma posticipa al 31 dicembre 2025 il solo termine previsto dai «*commi 3 e 4*» dell'art. 3 della legge n. 118/2022, i quali autorizzano la proroga delle concessioni durante l'iter dei nuovi affidamenti, a causa di sopravvenute «*ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva*» (pendenza di un contenzioso, difficoltà oggettive, ecc.). La fattispecie su cui interviene l'art. 10-*quater* è dunque quella di una procedura già avviata, posticipabile in conseguenza del verificarsi di situazioni obbiettive. La data non può eccedere il 31 dicembre 2025, che continua però a rappresentare, nell'art. 3 comma 3 della legge concorrenza, solo un termine massimo, all'interno del quale il differimento dev'essere disposto «*con atto motivato*» e per il «*tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura*». La normalità di un differimento a data posteriore al 21 dicembre 2023, ma anteriore al 31 dicembre 2025, individuata volta per volta, emerge, d'altronde, anche dalla clausola con la quale la stessa disposizione (art. 3 della legge n. 118/2022) tollera, fino al 31 dicembre 2025, l'«*occupazione dell'area demaniale da parte del concessionario uscente*», che «è *comunque legittima anche in relazione all'*articolo 1161 del codice della navigazione».

La vera e propria proroga «automatica e generalizzata» delle concessioni – che nella legge concorrenza è disciplinata al comma 1 dell'art. 3 – è stabilita dal nuovo art. 12 comma 6- sexies, lettere a) e b) del D.L. n. 198/2022, che fissa la scadenza di tutte le concessioni alla data del 31 dicembre 2024.

Ora, non è chiaro cosa voglia stabilire, l'art. 10-*quater* comma 3, nella parte in cui prevede che «*ai fini della conclusione del tavolo tecnico*» le parole «*31 dicembre 2024*» sono sostituite dalle seguenti: «*31 dicembre 2025*». Forse la norma vorrebbe dire che il "tavolo tecnico" può operare fino al 31 dicembre 2025.

Non, di certo, che le concessioni sono prorogate al 31 dicembre 2025.

Di nuovo sorge qualche dubbio, però, leggendo l'ultimo inciso dell'art. 10-*quater* comma 3, per cui le concessioni in essere continuano «*in ogni caso*» ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori. I dubbi nascono dalla circostanza che la norma – la quale, di per sé, non denoterebbe difficoltà interpretative – può apparire anch'essa come una regola che trae significato dalla combinazione con la finalità espressa all'art. 10- *quater* comma 1, ovverosia l'affidamento al Tavolo tecnico, ivi costituito, dell'attività di definizione dei criteri tecnici per la determinazione della sussistenza della scarsità della risorsa. Ove se ne dovesse ricavare che fino alla conclusione dei lavori del tavolo tecnico le concessioni sono prorogate[10], il termine della

[10] Come sembra ritenere, sia pure con riferimento alla pendenza del termine per l'emanazione dei decreti legislativi prevista dalla

proroga diverrebbe più incerto e dovrebbe essere rimesso in discussione. Se non altro, ammesso che il tavolo possa operare fino al 31 dicembre 2025, la proroga al 31 dicembre 2024 assumerebbe un significato puramente "nominalistico".

Ma le incongruità del decreto Milleproroghe non si fermano qui.

Si dovrebbe citare, per completezza, una terza disposizione, che in astratto concorre con quella disapplicata dalla Sezione VI^. Si tratta del nuovo art. 12 comma 6-*sexies*, lettera c), il quale, al pari dell'art. 10-*quater* comma 3, interviene sull'art. 3 comma 3 della legge n. 118/2022, dedicata al prolungamento per «ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva». La norma in parola lascia tuttavia invariato il termine al «31 dicembre 2024»: lo stesso previsto, dalla legge "concorrenza", nella disposizione sostituita. Tutto lascia dunque supporre, di conseguenza, che si tratti di una svista, di un refuso legislativo.

Singolare è anche una quarta disposizione, che introduce una sorta di "proroga indiretta", aggiungendo un nuovo comma 4-*bis* all'art. 4 della legge n. 118/2022, il quale vieta di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione fino all'adozione dei decreti legislativi di riforma dell'affidamento delle concessioni demaniali marittime per uso turistico-ricreativo e sportivo. Decreti legislativi che, come si è già avuto modo di precisare, dovevano essere adottati entro il 27 marzo 2023, in forza dell'art. 4 della legge n. 118/2022.

Sorge dunque immediatamente il dubbio che anche questa norma sia *tamquam non esset*, poiché il termine per l'esercizio del potere delegato, spirato proprio al momento dell'entrata in vigore della legge di conversione del Milleproroghe, avrebbe necessitato anch'esso di una proroga, che la legge di conversone non ha previsto, trasferendo i relativi compiti al Tavolo tecnico di cui all'art. 10-*quater* comma 1.

Anche qui però non v'è certezza, giacché, ora che il potere delegato si è estinto, resta in qualche modo consacrato l'intento del Parlamento di lasciare in essere le concessioni fino a nuova disciplina. Sarebbe probabilmente eccessivo dedurne una proroga sia *sine die*, ma qualche dubbio sulla durata della proroga rimane: fino al 31 dicembre 2024 o, in ogni caso di ritardo governativo, fino al 31 dicembre 2025, o anche oltre?

O si taglia alla radice il nodo interpretativo e si assume che l'unica norma di proroga, al 31 dicembre 2024, sia l'art. 12 comma 6-sexies, lettere a) e b) del decreto Milleproroghe – ed allora si dirà che la sentenza n. 2192/2023 è incorsa in un mero errore materiale – oppure permangono, anche solo in parte, i dubbi prospettati: nel qual caso occorrerà ammettere che la sentenza n. 2192/2023 è il prodotto di una difficoltà insita nel provvedimento legislativo interpretato, che una disapplicazione "astratta" non è forse possibile, perché soltanto un concreto atto di amministrazione, ritualmente impugnato, potrà permettere al giudice di focalizzare la norma alla quale risalire e, ove del caso, imporre la sua "disapplicazione" con effetti limitati al caso deciso.

Il terzo ed ultimo aspetto da precisare concerne l'accertamento incidentale del dovere di disapplicazione del decreto Milleproroghe, che, com'è stato scritto[11], si sostanzia un semplice *obiter dictum*. Nota-

legge n. 118/2022, TAR Puglia, Lecce, 21 aprile 2023, n. 523.

[11] G. Tropea, *Concessioni balneari: stessa spiaggia stesso mare?*, in *laCostituzione.info*, 15 aprile 2023.

zione esattissima, in quanto il decreto-legge n. 198/2022, rispetto all'oggetto del processo amministrativo, era da considerare *ius superveniens*: irrilevante ai fini dell'effetto demolitorio dell'annullamento dell'atto impugnato, per cui bastava ed anzi s'imponeva la sola disapplicazione dell'art. 1 commi 682 e 683 della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (in forza dei quali era stato adottato). Ma irrilevante anche ai fini dell'effetto conformativo del giudicato. Tocchiamo qui l'elemento che ha più verosimilmente persuaso la Sezione VI^: la necessità di neutralizzare l'effetto retroattivo dello *ius superveniens* anticipando in sede di cognizione la dichiarazione della sua inefficacia.

Tuttavia, a ben vedere, neppure questa tesi convincerebbe del tutto.

Mentre infatti fino al 31 dicembre 2023 è consentita la riedizione del potere (essendo operativa la proroga disposta dalla plenaria e dalla legge n. 118/2022, nessun obbligo di attuazione è "esigibile"), dal 1 gennaio 2024 un atto del Comune di Manduria potrebbe prorogare le concessioni solo fino al 31 dicembre 2024 e, per quanto invalido, sarebbe comunque il risultato di un autonomo esercizio del potere, non potendosi ritenere che gli effetti della sentenza n. 2192/203 siano tecnicamente "differiti" al 1 gennaio 2024, in difetto di una esplicita graduazione temporale che la Sezione VI^ avrebbe dovuto stabilire, se avesse voluto coinvolgere nell'effetto di giudicato eventuali atti di proroga successivi al 31 dicembre 2023. V'è da chiedersi allora se si possa persino astrattamente o ipoteticamente prospettare un qualche profilo di violazione o di elusione del giudicato formatosi con la sentenza n. 2192/2023. È indubbio che, per effetto della sentenza che stiamo commentando, al 31 dicembre 2023 le concessioni prorogate dal Comune di Manduria scadranno. Ma resta egualmente difficile supporre un'utilità pratica della sentenza, anche qualora si volesse ammettere, superando l'ostacolo sopra accennato, un effetto di giudicato "implicitamente" posticipato a una data successiva al 1 gennaio 2024. Ferma restando ovviamente, da quest'ultima data, l'illegittimità dell'occupazione del demanio, tutto ciò che si potrebbe immaginare è che le amministrazioni locali possano essere convenute nel giudizio di ottemperanza per vedere attuato il loro obbligo di avviare le attività amministrative tese all'affidamento delle concessioni, le quali occuperebbero approssimativamente il periodo che va dal 31 dicembre 2023 al 31 dicembre 2024, concretandosi così, nei fatti, una situazione non troppo diversa da quella prevista dal decreto Milleproroghe (disapplicato). Ciò che si vuol dire insomma è che la "disapplicazione" di una legge di proroga annuale rischia di sfuggire, nel concreto dell'esperienza giuridica, alle maglie del processo amministrativo di legittimità. Né si può dare per certo, come si accennava, che alla data del 1 gennaio 2024 il Milleproroghe sia ancora in vigore.

Ci si ritrova quindi, con qualche chiarimento in più, al punto di partenza: la natura meramente ipotetica della disapplicazione prescritta dalla sentenza n. 2192/2023, che incide sui rapporti concessori in modo tale da rendere imprevedibile il loro destino e conferma, in conclusione, i dubbi che la Sezione VI^ abbia fatto buon governo dell'art. 34 del Codice del processo amministrativo (rispetto ai princìpi enunciati dalla plenaria).

4. Proroghe giurisprudenziali, proroghe legislative e diritto nazionale vigente (sull'applicabilità dell'art. 16 D.lgs n. 59/2010).

Le critiche sviluppate fino a questo momento non devono far perdere di vista la sostanziale esattezza della sentenza n. 2192/2023, che si sarebbe tuttavia apprezzata maggiormente se il Consiglio di Stato avesse soprasseduto, nella parte conclusiva, al giudizio incidentale sul decreto Milleproroghe.

Così come formulato, il coinvolgimento del D.L. n. 198/2022 è solo apparentemente consequenziale alle pronunce dell'adunanza plenaria: in realtà non risponde alla questione sottoposta all'esame della Sezione VI^; non ha nemmeno più le caratteristiche di una decisone esecutiva dei princìpi enunciati in sede nomofilattica, costituendone piuttosto un'integrazione, dettata dalla medesima *ratio* di uniformità dell'interpretazione della legge e di unità del diritto oggettivo, motivata da una norma sopravvenuta il cui ambito applicativo è completamente estraneo al caso da decidere. Nel far giustizia, come doveva, di un atto amministrativo non conforme al diritto dell'Unione europea, la sentenza n. 2192/2023 finisce dunque per sbilanciare nuovamente il rapporto tra giustizia e politica, su un terreno già segnato da numerose contraddizioni: tra nomofilachia ed esercizio ordinario della giurisdizione, tra compiti della giurisdizione e compiti dell'amministrazione, tra sfera dell'interpretazione e sfera della produzione normativa[12].

Si permetta un ultimo cenno. L'art. 16 del D.lgs n. 59/2010 traspone nell'ordinamento nazionale l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, sulle modalità di rilascio dei titoli autorizzativi in caso di scarsità della risorsa. La norma è ordinariamente applicata dalla giurisprudenza nei vari settori di attività "contingentate", quali ad esempio servizi di noleggio[13], di trasporto[14], di affissione pubblicitaria[15], talvolta attraverso il richiamo del giudice al proprio potere di ricercare autonomamente le norme giuridiche applicabili alla fattispecie e di porre a fondamento della decisione principi di diritto e ricostruzioni anche diversi da quelli richiamati dalle parti» (*iura novit curia*)[16].

Ogni riferimento all'art. 16 viene invece evitato dalla giurisprudenza amministrativa quando si tratta di concessioni demaniali marittime, per le quali si preferisce l'applicazione diretta dell'art. 12 della direttiva. Eppure l'art. 16 è una norma prodotta da un atto avente forza di legge: non è più generica, più vaga, più indeterminata, meno tassativa, di altre disposizioni di legge dedicate a procedure selettive. Esattamente al pari dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, fornisce «tutti gli elementi necessari per consentire alle Amministrazioni di bandire gare per il rilascio delle concessioni demaniali» (sono parole della plenaria).

Moratorie generalizzate e proroghe "tecniche", come quelle a cui abbiano assistito negli ultimi anni, possono essere ritenute incompatibili con il diritto dell'Unione eu-

[12] F. Francario, *Se questa è nomofilachia*, cit.
[13] Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2022 n. 1811.
[14] TAR Sicilia, Catania, 21 aprile 2023 n. 1142.
[15] TAR Puglia Lecce 4.1.2023 n. 25.
[16] TAR Sicilia, Catania, n. 1142/2022, cit.; Cons. Stato, sez. V, 14 marzo 2019, n. 1684.

ropea. Ma nel dichiararle tali il giudice non ha motivo di avvertire il senso del vuoto legislativo, della lacuna, che obbiettivamente non esiste. E non ha motivo di graduare o differire nel tempo gli effetti delle proprie decisioni, onde «soccorrere» il legislatore. Non solo perché così facendo in realtà il giudice invade la sfera del potere legislativo, ma perché prima ancora travisa la consistenza dell'ordinamento giuridico, laddove la norma da applicare per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime esiste già: non è quella comunitaria, è quella nazionale.

Non si sottovaluta in questo modo il delicato problema della definizione uniforme delle regole della procedura. Si ha tuttavia l'impressione che questo sia un problema diverso: di rispetto del principio costituzionale di riserva di legge da parte di norme già in vigore; non di violazione degli obblighi comunitari per via dell'inerzia nell'introdurre un riordino generale della materia delle concessioni demaniali marittime. Può darsi che le amministrazioni locali non sappiano cosa fare per riassegnare le concessioni. Ma non si comprende perché lo stesso problema non si sia aperto, almeno non con la stessa enfasi, per i servizi "contingentati" di cui si accennava. E del resto, considerazioni simili dovrebbero valere, ove ve ne fosse ragione, per tutte le leggi amministrative che recepiscono disposizioni di direttive europee senza aggiungere, né togliere alcunché alla loro formulazione originaria.

Si converrà allora che la proroga giudiziaria delle concessioni demaniali marittime sia basata non solo, com'è stato esattamente notato, su un «ennesimo, indebito slancio "paranormativo"»[17] della plenaria, ma anche sul discutibile presupposto che non esista in Italia una legge nazionale immediatamente applicabile. E non è tutto. Ove si ritenesse che l'obbligo di affidamento selettivo delle concessioni sia in qualche modo risalente alla sentenza *Promoimprea e Melis* della Corte di giustizia, un altro principio consolidato si imporrebbe. Non si può infatti non ricordare che spetta solo alla Corte di giustizia, «*alla luce dell'esigenza fondamentale dell'applicazione uniforme e generale del diritto dell'Unione, decidere sulle limitazioni nel tempo da apportare all'interpretazione che essa fornisce*». In altri termini, «*la modulazione degli effetti temporali di una sentenza che decide su un rinvio pregiudiziale può essere disposta esclusivamente dalla medesima Corte e solo nell'ambito della stessa pronuncia*». Questo principio è stato ribadito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 263/2022, riguardo al caso della sentenza *Lexitor* della Corte di giustizia[18], i cui effetti erano stati "graduati" dal legislatore italiano in difformità dagli artt. 3, 11 e 117, primo comma, Cost. Ora non si vede perché il rilievo riguardo alla sentenza *Lexitor* non possa valere anche per la sentenza *Promoimpresa e Melis*: l'obbligo delle amministrazioni di procedere immediatamente con procedura selettiva, donde il divieto di modulazione degli effetti temporali, non viene meno solo perché è infranto, anziché dal legislatore, dal giudice amministrativo[19].

Ragione in più per notare che la sentenza n. 2192/2023, ove la Sezione VI^ indica la necessità di disapplicare una legge di proroga per permettere la riviviscenza di un'altra, a sua volta originata dalla volontà

[17] M.A. Sandulli, *Sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, cit.

[18] CGUE, Prima Sezione, 11 settembre 2019, C-383/18.

[19] M.A. Sandulli, *op. cit.*; R. Mastroianni, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in *Eurojus*, n. 1/2022, 105 ss., spec. 115 ss.

del Parlamento di conformarsi alle proroghe discrezionalmente individuate dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, è in ultima analisi essa stessa poco in linea con il diritto dell'Unione europea.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2920 – 11 ottobre 2023

L'atto politico*

Giancarlo Montedoro

Sommario: 1. L'atto politico e l'atto di alta amministrazione, Costituzione e ruolo del GA. – **2.** Considerazioni conclusive sulla necessità dell'atto politico in tempi di crisi della politica

1. L'atto politico e l'atto di alta amministrazione, Costituzione e ruolo del GA.

L'atto politico è un'idea limite.

Un concetto con il quale è utile confrontarsi per saggiare la tenuta del sistema giuridico complessivamente inteso.

Un rovescio della medaglia rispetto al tema della sindacabilità dell'atto del pubblico potere postulata dal moderno diritto pubblico al fine di garantirne la generale ragionevolezza nelle forme di esplicazione.

Esso ha qualcosa di mitologico, di pregiuridico, di a-giuridico, si tratterebbe di un atto introvabile, o comunque di carattere metagiuridico (riporta la nozione alla mitologia giuridica di romaniana memoria G. Tropea, Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico in Dir. amm. 2012, 329 e ss.).

È in fondo una soglia dalla quale inizia il terreno (una volta sconfinato) degli interessi non giustiziabili eppure sacrificabili o sacrificati in nome di interessi collettivi.

Il tema interessa il processo amministrativo perché è al giudice amministrativo che è lasciato il compito – nella congerie degli interessi che reclamano – a fronte di atti amministrativi – un controllo di legittimità, di stabilire cosa sia un atto politico.

Il giudice amministrativo è quindi il giudice della politicità dell'atto.

Con ciò è anche il giudice che stabilisce il limite della sua giurisdizione.

Soggetto – sul punto – al controllo della Corte di Cassazione sui limiti esterni del potere giurisdizionale (art. 111 ult. comma Cost.).

La nozione di atto politico è anche un residuo di altre epoche storiche non così connotate dal tema della centralità della giurisdizione e dell'effettività della tutela.

La Costituzione – con gli art. 24 e 113 – ha infatti introdotto delle disposizioni che hanno costantemente sottoposto ad erosione la nozione di atto politico, facendola diventare chimerica.

La decisione sulla politicità dell'atto è rilevante sia sulla definizione del concreto assetto della divisione dei poteri sia sul tema (conseguente) della giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive (non essen-

* Intervento al convegno di Modanella 16-17 giugno 2023 "Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione".

dovi a fronte dell'atto politico altra possibilità che agire politicamente).

Discusso è se la nozione di politicità dell'atto rilevi anche per il giudice ordinario, posto che essa era nell'art. 31 del tu CdS ed è menzionata nell'art. 7 del c.p.a. mentre non risulta fra i limiti della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (tuttavia essendo tale ultima legge volta a stabilire i limiti di cognizione del giudice ordinario di fronte agli atti amministrativi per la contraddizione che non lo consente si deve ritenere che il limite dell'atto politico a fortiori riguardi anche i giudici ordinari che potranno disapplicare atti amministrativi illegittimi ma non potranno esercitare analogo potere sugli atti politici).

Va altresì ricordato che è esistita fino a tempi recenti (ed ancora dura anche se è contrastata dalle risorgenti visioni ideologiche tendenti a tornare alla sovranità) una tendenza "forte" alla depoliticizzazione (specie nella costruzione dell'ordinamento europeo) sicché esistono ambiti sempre più ampi dell'azione pubblica nella quale la politica non ha cittadinanza (a sua volta la tecnica non sempre accetta tuttavia una pienezza del sindacato giurisdizionale ; trovandosi sempre più spesso nella legislazione europea e nazionale in tema di regolazione norme limitative della cognizione giurisdizionale costruite nel dare prevalenza alla tutela risarcitoria in un'ottica di risultato o per l'esistenza di un preminente interesse nazionale; la tendenza si risolve a volte nello stabilire pregnanti limiti alla tutela cautelare ma talvolta nel limitare anche i poteri di merito; si tratta del fenomeno noto come arretramento della tutela reale a vantaggio di quella risarcitoria utilizzato non solo post stipula del contratto ma, nel caso di delicate procedure di aggiudicazione, anche prima della conclusione del contratto – e vedasi art. 1 comma 1037 della legge di bilancio 2018 legge n. 205 del 2017 - o nel settore bancario – vedasi art. 95 comma 2 del d.lgs. n. 180 del 2015 - o nell'ordinamento sportivo in tema di sanzioni disciplinari).

Politica anche questa, ma in forma tecnocratica: la più incisiva del nostro tempo.

Occorre poi distinguere ormai una politica del governo, una politica dell'amministrazione (specie se indipendente o adespota), una politica del giudice (e si pensi alla controversia e sempre aperta questione della sindacabilità degli atti del CSM, al frequente – direi fisiologico o strutturale – contrasto in questa materia fra Consiglio di Stato e Cassazione).

Tutti campi nei quali si viene a mettere in tensione il principio di giustiziabilità delle posizioni giuridiche soggettive di cui all'art. 24 Cost.

L'atto politico – come abbiamo detto – è un *Limes*.

Per individuarne la natura sarebbe necessaria una metodologia, ed in proposito si possono adottare numerose chiavi interpretative.

Si può registrare lo stato della giurisprudenza.

La giurisprudenza, di fatto, non appare del tutto omogenea e risolve situazioni in parte analoghe in modi diversi (è stato notato da Chiara Cudia, Considerazioni sull'atto politico in Dir. amm. 2021, 621 e ss.).

L'autrice menzionata con acume nota che "non sono considerati atti politici le nomine di alti vertici dell'amministrazione ma è riconosciuto carattere politico alla nomina dei componenti di una commissione tecnica che opera in materia di giochi e monopoli di Stato. Non sono politici gli atti di pianificazione territoriale né il piano sanitario regionale ma (sia pure saltuariamente) sono considerati tali il piano delle farmacie e il piano delle infrastrutture e degli insediamenti strategici. È escluso dalla categoria

di atto politico l'atto di indizione di elezioni regionali, ma non la decisione di concentrare in un'unica data le elezioni amministrative ed europee."

Si possono cercare quindi – al di là dell'approccio casistico problematico – più profonde prospettive ricostruttive.

E qui si incontra come prima opzione metodologica la possibilità di una ricostruzione politologica dell'atto politico.

In questa ottica politica è l'attività libera nei fini (a differenza di quella amministrativa che è soggetta ai fini stabiliti dalla legge) che cura la polis.

Ma politica è anche – schmittianamente – l'attività connotata dal gioco mortale amico/nemico: nel tempo presente ogni decisione sulla pace e sulla guerra (interna ed esterna).

Esiste anche – ed è la seconda opzione metodologica – una ricostruzione giuridica della nozione di atto politico.

Qui si incontrano varie concettuologie : la teorica delle funzioni di Governo, il rapporto quindi dell'atto impugnato con dette funzioni (tra l'altro costituzionalmente definite); ed ancora la separatezza fra politica ed amministrazione; la discrezionalità come ambito sindacabile in modo più o meno intenso, il merito amministrativo (come ulteriore limite dove si tocca all'opposto della politica ciò che appartiene in via esclusiva all'amministrazione; il terreno anche esso "mitologico" della riserva di amministrazione).

Tutto il tema si innesta nella teorica della separazione dei poteri, che tuttavia oggi lega i poteri, una volta distinti, nel continuum temporale della loro azione, connotata dal collante della leale collaborazione e dalla presenza di tratti spesso fortemente commisti (evidenti nella concezione che li distingue per aspetti formali e sostanziali : e così abbiamo l'autodichia attività formale di organi costituzionali ma di natura sostanzialmente giurisdizionale, la volontaria giurisdizione attività di natura formalmente giurisdizionale ma di natura sostanzialmente amministrativa, l'attività di regolazione delle amministrazioni indipendenti di natura formalmente amministrativa ma con tratti di normatività; l'attività degli organi di autogoverno delle magistrature che ha carattere amministrativo ma rilevanza costituzionale; l'attività del PM che ha molti tratti in comune con l'attività amministrativa pur essendo promanante da un organo giudiziario; le gare ad evidenza pubblica espletate dai capi degli uffici giudiziari o dalle Camere; l'attività trasversale del Presidente della Repubblica che partecipa della vita di tutti i poteri; la sentenza additiva della Corte Costituzionale che integra l'ordinamento giuridico a guisa di Legislatore impolitico sulla base del tratto a rime obbligate del precetto costituzionale).

Cruciale e di ausilio nella individuazione dell'atto politico è la nozione di indirizzo politico. Tale essendo ogni attività di fissazione dei fini della comunità.

Dovendosi poi distinguere un indirizzo politico costituzionale ed un indirizzo politico di Governo, il primo espresso nell'attività del Presidente della Repubblica (quale viva vox constitutionis) e della Corte Costituzionale (quale giudice – come tale voluto "impolitico" a parte alcuni tratti dovuti ai procedimenti di nomina – della politica) il secondo espresso nella relazione pregnante fra organi di Governo (nazionale e locale) ed amministrazioni.

Torniamo un momento sull'atto politico individuato con metodo politologico. In tale prospettiva l'atto politico:

- Non è in alcun modo un atto amministrativo, non ha carattere gestionale.
- Non è in alcun modo sindacabile dal giudice.

- Si risolve in una nozione aperta – non individuabile sulla base di alcun parametro normativo.
- Può farsi coincidere con l'attività costituzionale e di Governo espressiva dell'indirizzo politico.
- Si manifesta come atto per sua natura non lesivo di alcuna posizione giuridica soggettiva (poi dovendosi valutare a valle, nella catena di atti legati da presupposizione, la concreta lesività ed a quel punto valutarne i tratti lesivi che potranno essere sindacati solo ove si risolvano in violazioni di norme costituzionali).

Nella logica amico/nemico siamo sul piano degli "atti identitari di diritto costituzionale", essenziali per l'interesse nazionale, per la cura della comunità tutta intera, gli atti di formazione/composizione di un Governo, la relazione alle Camere del Presidente del Consiglio dei Ministri, la nomina dei sottosegretari, come organi non menzionati in Costituzione ma ricorrenti nella prassi della composizione dei Governi.

In sostanza ogni atto che consenta di strutturare una guida politica stabile di un ordinamento interno (stasis – lato amicale della politica).

All'opposto vi sono gli atti dell'ordinamento interno che hanno riflessi esterni (le attività diplomatiche ed internazionali volte ai negoziati dei Trattati, le attività dei servizi segreti, alcune rilevanti attività del mondo della difesa, e si tratta del lato del *polemos* rivolto al nemico in politica).

Torniamo ora, utilizzando le stesse coordinate interpretative, alla nozione giuridica di atto politico (quella ricavata con metodo giuridico).

Qui si incontra l'indirizzo politico come attività rivolta all'amministrazione.

Si tratta delle attività di indirizzo politico amministrativo definite dall'art. 4 del t.u. del pubblico impiego (d.gs. n. 165 del 2001).

Gli organi di governo esercitano le funzioni *di indirizzo politico-amministrativo*, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento ditali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti. Ad essi spettano, in particolare:

a) le decisioni in materia di atti normativi e l'adozione dei relativi atti di indirizzo interpretativo ed applicativo;
b) la definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa e per la gestione;
c) la individuazione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie da destinare alle diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici di livello dirigenziale generale;
d) la definizione dei criteri generali in materia di ausili finanziari a terzi e di determinazione di tariffe, canoni e analoghi oneri a carico di terzi;
e) le nomine, designazioni ed atti analoghi ad essi attribuiti da specifiche disposizioni;
f) le richieste di pareri alle autorità amministrative indipendenti ed al Consiglio di Stato;
g) gli altri atti indicati dal presente decreto.

Sono tutti insindacabili gli atti dell'art. 4 del t.u.p.i.?

Forse l'intento del legislatore era di sancirne l'insindacabilità e comunque di distinguerli dagli atti amministrativi tout court lasciati alla responsabilità dei dirigenti.

Ciò si potrebbe ipotizzare sulla base dell'art. 4 commi 2 e 3 che così recitano: "2. Ai dirigenti spetta *l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi*, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organiz-

zazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati. 3. Le attribuzioni dei dirigenti indicate dal comma 2 possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative".

Ma la distinzione fra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e atti amministrativi dell'art. 4 a bene vedere non comporta affatto l'insindacabilità degli atti espressivi di funzioni di indirizzo politico amministrativo da parte del giudice ai sensi degli articoli 24 e 113 Cost.

La giurisprudenza e la dottrina hanno elaborato la nozione di atto di alta amministrazione per sindacare tali funzioni che da una parte si raccordano alla politica costituzionale dall'altra si proiettano nel concreto dell'attività amministrativa.

Ben si può affermare che la nozione di atto di alta amministrazione – quale clavis universalis per lo svuotamento della politica – erode la nozione di atto politico.

Erosione che arriva al punto di far ritenere inesistente l'atto politico (Cerulli Irelli, Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione», in Dir. pubbl., 2009, 121, auspicava l'abolizione espressa dell'art. 31 t.u. Cons. Stato; Garcia de Enterria e altri in Spagna Così A. Embid Irujo, La justiciabilidad de los actos de gobierno (de los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos , in Aa.Vv., Estudios Sobre la Constitución Española, E.García de Enterría (a cura di), Civitas, Madrid, 1991, vol. III, p. 2702 ss.) alla luce dell'art. 24 Cost. e dell'art. 113 Cost.

Gli atti dell'art. 4 del tupi – per eterogenesi dei fini – essendo normativamente regolati non si sottraggono al sindacato giurisdizionale, si pongono come atti di indirizzo politico – amministrativo.

Amplissima discrezionalità li caratterizza ma non certo insindacabilità.

Il punto di partenza della nozione di atto politico, sul piano storico, è stato in Francia – lo ricorda Tropea – una nascita del concetto éminemment prétorienne, e risale al 1822 (arrêt Lafitte), allorché un concessionario della principessa Borghese reclamò il pagamento suppletivo di una rendita in dotazione conferita da Napoleone alla principessa. Il Consiglio di Stato si dichiarò incompetente «*considérant que la réclamation tient* à *une question politique, dont la décision appartient exclusivement au gouvernement*». In seguito, il campo si estese agli "*actes de guerre*", ai "*traités diplomatiques*", alle rivendicazioni di antiche dinastie.

Strumento di politica giurisprudenziale (l'espressione è ancora di Tropea e si concorda), a sua volta, l'atto politico è stato sin dall'inizio utilizzato dal giudice per definire i limiti della propria azione.

Rilevano in questa chiave, storicamente, i motivi politici dell'atto (eminentemente soggettivi) o la natura politica dell'atto (eminentemente oggettiva).

Di volta in volta, ragion di Stato, forza maggiore, interesse pubblico preminente, interesse nazionale, conseguenze politiche delle decisioni giurisprudenziali (e si pensi alla giurisprudenza costituzionale sull' art. 81 Cost.) divengono oggetto di discussione preliminare sulla ammissibilità dell'azione, sulla giustiziabilità della posizione giuridica ma anche sulla sua fondatezza.

La separazione dei poteri ed il pluralismo delle giurisdizioni sono – nello Stato di diritto liberale – una garanzia per la legalità ma anche per l'autonomia dell'Esecutivo dal giudiziario.

L'atto politico è uno strumento di politica giurisprudenziale che stabilisce il mobile confine fra giudice dell'amministrazione deputato alla funzione di garanzia che con-

cretizza lo Stato di diritto e le ragioni della politica che l'amministrazione la guida con le sue ragioni politiche legittimate dal gioco democratico.

Il riflesso processuale di questa concezione può porsi anche sul piano dei presupposti processuali (legittimazione) e delle condizioni dell'azione (interesse ad agire), l'atto politico così individuato non è sindacabile perché al *quisque de populo* non è dato sostituirsi ai decisori politici legittimati dalla Costituzione e non c'è interesse diretto ed attuale all'impugnazione, non è un atto lesivo (l'atto politico è un non atto, c.d. teoria negativa dell'atto politico come atto non amministrativo solo perché non lesivo essendo tutti gli atti pubblici sindacabili in astratto ma solo in presenza di presupposti e condizioni processuali).

La Corte di Giustizia dell'UE pare usare la legittimazione per frenare alcuni entusiasmi ed alcune illusioni sulla c.d. giustizia climatica, ossia la proposizione di azioni giudiziarie miranti a fare valere i limiti pattizi degli accordi internazionali alle emissioni nocive derivanti dal nostro stile di vita clima alterante.

Nel caso People's Climate del 25 marzo 2021 la Corte Ue infatti un'interpretazione restrittiva dell'art. 263.4 del Trattato per il funzionamento dell'Ue (TFEU), che definisce le condizioni secondo cui un cittadino può fare appello alla Corte: questo dovrebbe dimostrare di aver subito in modo esclusivo e peculiare danni a causa delle disposizioni regionali (come il Pacchetto Clima). Dichiarando irricevibile il ricorso di Carvalho, la Corte ha quindi constatato l'inesistenza di tali requisiti.

La decisione cristallizza anche la pronuncia del caso Plaumann v. Commissione della Comunità Economica Europea del 1963. Qui, la CGUE affermò che un individuo per avere accesso ai tribunali Ue deve dimostrare che un suo interesse individuale sia stato leso. Nel caso Carvalho, secondo la Corte, ciò non si è verificato; al contrario, gli effetti negativi del cambiamento climatico hanno colpito tutti in modo generalizzato.

La questione non è facilmente risolvibile per i fautori dei diritti umani che tendono a ritenere azionabili le pretese al rispetto dei limiti di emissione sanciti dai Trattati internazionali.

Qui si pone una questione delicata ossia l'esistenza di un grado di dettaglio sufficiente per l'esperibilità di un'azione in giudizio.

Un'azione che non abbia solo tratti risarcitori dipendenti da inerzie ma che voglia spingersi fino alla sostituzione dell'amministrazione per via giudiziaria.

Il punto è questo: possono considerarsi, ove non siano state fatte le indispensabili scelte politiche sulle modalità del perseguimento degli obiettivi di riduzione delle emissioni, esistenti i presupposti di un'azione amministrativa legalmente autorizzata?

Se per aversi tale azione legalmente autorizzata e definita occorre una norma che stabilisca un potere e se tale norma non si ravvisa nei Trattati che pongono meri obiettivi da implementare attraverso un mix di politiche nazionali che devono essere decise e finanziate dai Parlamenti nazionali è ammissibile una tutela in forma specifica dei diritti fondamentali connessi all'ambiente?

Questo sembra il ragionamento di merito finora mancato sulla giustizia climatica che può superare l'arroccamento della Corte Ue sulla questione di legittimazione (in sé e per sé la legittimazione ci sembra non decisiva quasi una linea Maginot destinata prima o poi ad essere scavalcata).

Va rilevato che anche nel merito l'atto politico è insindacabile (ove se ne ammetta pure l'impugnabilità) per mancanza di un parametro normativo di controllo della di-

screzionalità politica, discrezionalità che si pone come discrezionalità assoluta, per il fatto che la politica è attività libera nei fini, non normata.

Ecco perché l'art.4 T.U.P.I. – norma che stabilisce parametri quali ad esempio la necessità di un budget sufficiente per svolgere le funzioni dirigenziali – diviene l'innesco della sindacabilità dell'atto politico piuttosto che della sua distinzione dall'attività dirigenziale (certo essendo differenti i regimi di responsabilità).

Ma vanno registrati anche nuovi campi di rilevanza della politicità dell'atto per effetto di guerre e pandemie: stato di urgenza, staro di crisi, poteri di emergenza, sono nuovi terreni di politicità inedita, di ritorno del politico a fronte dei processi di depoliticizzazione e desoggettivazione pure tenacemente ancora in corso (si pensi ai poteri nuovi dei mercati e delle autorità legittimate dalla scienza e dalla tecnica).

L'atto di governo tuttavia può essere regolato dalla legge, ledere concreti interessi ed in tal caso richiede l'intervento della giurisdizione come forma generalizzata ed universale di tutela nello Stato di diritto.

Si tratta del controllo di legittimità e proporzionalità dei c.d. poteri emergenziali (poteri che sono dettagliatamente disciplinati nella costituzione spagnola mentre nella nostra Costituzione sono in fondo interamente consegnati al decreto legge) che avviene spesso su atti amministrativi generali o regolamenti (i famosi D.P.C.M.).

Negli Stati Uniti la *political question doctrine* viene affermata per la prima volta nella notissima pronuncia Marbury v. Madison, ma la dottrina assume più precisi contorni solo nel 1962, nel caso Baker v. Carr (sempre si trovano illustrate le basi di tale dottrina nel saggio di Tropea).

Ci sono sei indici – nella dottrina Backer – di politicità della questione posta al giudice.

«*Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found [I.] a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or [2.] a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or [3.] the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non-judicial discretion; or [4.] the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or [5.] an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or [6.] the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question*».

Quindi va valutata la politicità della questione se: 1) l'aspetto del caso involve questioni politiche che la Costituzione demanda ad entità politicamente ordinate e coordinate; 2) sono mancanti standards per risolvere la questione sul piano giudiziario ossia mancano norme; 3) è impossibile decidere il caso senza un indirizzo politico; 4) è impossibile agire da parte di una Corte senza ledere il principio di separazione dei poteri; 5) vi è un inusuale necessità di aderire concordemente ad una decisione politica già presa; 6) vi è un imbarazzo per la molteplicità dei pronunciamenti a fronte della necessità di mantenere unità di indirizzo politico.

Tutto significa forte *self restraint* del giudice di fronte alla politica: una caratteristica ben nota del mondo giudiziario americano connotato da una sicura preminenza della politica sul giudiziario (che non conosce la separazione delle carriere fra Pm e giudici, fatto che sta determinando una crisi

profonda con l'incriminazione parallela dei due candidati alla Presidenza frutto della politicità dei meccanismi del giure penale americano).

Ma è indubitabile l'esistenza di una vasta area di situazioni non giustiziabili, sicuramente più ampia della nostra.

È saggio averla?

In qualche misura un'area di insindacabilità è necessaria, non tutto è sempre giustiziabile.

Ma su questo argomento non contano i modelli astratti, contano le culture. E conta il ritorno della sovranità in tempi instabili.

Andando oltre l'art. 7 ed andando oltre la casistica giurisprudenziale occorre dire che la decisione su cosa sia un atto politico è una decisione politica a sua volta, decisione politica presa dal giudice (giudice che può usare un più ampio o più ristretto self restraint).

Ma decisione politica non significa decisione arbitraria.

Richiamando una certa politicità della nozione di atto politico certo potrebbe notarsi che il Re è nudo (e che lo Stato di diritto poggia su basi fragili), ma il sistema non cortocircuita necessariamente, vedere oltre il velo non comporta mettere in crisi il sistema ma solo divenire più rigorosi nella impostazione delle possibili soluzioni al problema.

Intanto occorre notare che il legislatore ponendo norme alla politica, come l'art. 4 TUPI, per eterogenesi dei fini, amplia l'ara degli atti politici riconducibili all'alta amministrazione e quindi sindacabili e rafforza lo Stato di diritto.

All'opposto il mondo giudiziario, per leale collaborazione, dovrebbe divenire più consapevole dei pericoli nei quali l'ordinamento può incorrere senza limiti (proporzionati) alla generale giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive.

Si torna qui su quanto sta avvenendo sulla giustizia climatica, con le azioni proposte da singoli cittadini per vedere rispettati dagli Stati i limiti poste dai Trattati internazionali sul cambiamento climatico questione che incrocia in modo paradigmatico la problematica in esame: non è necessario soffermarsi oltre sulla sua decisività per il futuro di tutti ma anche per la "buona salute" (metaforica) della separazione dei poteri.

Spetta alla politica o al giudice attuare le politiche climatiche internazionalmente stabilite?

Vanno anche ricordate la giurisprudenza della Corte Costituzionale sul tema e le riflessioni della più recente dottrina.

Per essa il tenore dell'art. 113 della Costituzione e la circostanza che esso espressamente vieti che la tutela dei diritti e degli interessi legittimi, sempre ammessa, possa essere "esclusa o limitata…per determinate categorie di atti" hanno da subito indotto la dottrina ad interrogarsi sulla sopravvivenza stessa della nozione di "atto politico" come atto amministrativo insindacabile.

Così come la collocazione nel sistema degli "organi costituzionali" politici ha aperto la riflessione alla necessità di distinguere tra loro l'atto di governo in senso proprio come "atto costituzionale", da una parte; e l'atto politico quale categoria appartenente al più ampio genere degli atti formalmente amministrativi, forse distinto (ma forse no) dai c.d. atti di "alta amministrazione", dall'altra.

Il superamento di questa sintesi, di questa confusione di atti un tempo riconducibili ad un unico tipo non è più plausibile nel regime costituzionale contemporaneo, e rende pertanto oggi non più utilizzabile a fini pratici la vecchia categoria di sintesi degli "atti di governo emanati nell'esercizio del potere politico" di cui al citato T.U. del 1924. Mentre appare ormai molto più fun-

zionale alla comprensione dell'attuale regime costituzionale la diversa classificazione di tali atti in tipi distinti, a seconda che si tratti di atti amministrativi veri e propri – i c.d. "atti politici", salvo quanto sopra richiamato con riferimento al problema della loro sindacabilità in sede giurisdizionale – e atti di governo in quanto "atti costituzionali", non assimilabili ai primi in virtù della posizione del Governo, organo costituzionale, nel sistema dei poteri sovrani.

Giova ricordare – a ricordo di un mondo più semplice – la tradizionale e limpida posizione del Guicciardi secondo cui l'atto (amministrativo) politico sarebbe vincolato dalla sola norma sulla competenza e per il resto sarebbe necessariamente legittimo.

La tesi può forse avere ancora uno spazio di validità a proposito della questione dell'art. 4 tupi.

In tale chiave l'art. 4 tupi sarebbe solo una norma sulla competenza e tutti gli atti ivi menzionati non sarebbero da ritenersi mai illegittimi per ragioni di merito.

Ma ciò andrebbe bene – la legittimità presunta in modo assoluto – per atti di esercizio del potere politico come esercizio di attività libera nei fini, come libertà politica dei supremi organi dello Stato.

L'atto politico in questa chiave è l'atto di competenza di un organo costituzionale (supremo dello Stato) mentre l'atto di alta amministrazione è l'atto di prima attuazione successivo all'indirizzo politico (atto dirigenziale o atto di indirizzo politico).

E gli atti di indirizzo politico amministrativo? In quale categoria collocarli?

Possono ritenersi atti amministrativi perché primi atti di attuazione delle norme demandati al livello politico nella sua qualità di vertice dell'amministrazione?

Ecco che la tesi di Guicciardi non regge più nel diritto amministrativo contemporaneo.

Il regime di atto politico come atto che si deve presumere legittimo in modo assoluto non è il regime costituzionale conseguente all'introduzione degli artt. 24 e 113 Cost.

La Costituzione ha eroso lo spazio dell'atto politico, ha determinato la qualificazione di molti atti prima riportabili alla sfera politica come atti di alta amministrazione.

Si pensi all'individuazione delle risorse per gli uffici dirigenziali generali, può dirsi assolutamente insindacabile quando le risorse conferite ad un'attività necessaria (ad es. bonifiche) siano insufficienti ed altre per attività facoltative (ad es. finanziamenti per associazionismo) siano più abbondanti?

Ne deriva un'ipertrofia del giudiziario, si estende l'alta amministrazione con la sua ampia ma sindacabile discrezionalità e si riduce l'atto politico.

Corte Cost. n. 81 del 2012 in un caso riguardante le nomine di assessori regionali ritiene che l'atto – pur soggettivamente o oggettivamente politico - sia sindacabile «nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio…».

Si è così esclusa la politicità della nomina ad avvocato generale dello Stato di persona estranea all'amministrazione; delle deliberazioni della Cassa per il Mezzogiorno di diniego di concessione di contributi sugli interessi per finanziamenti industriali; dello scioglimento di associazioni politiche e la confisca dei loro beni; degli atti della Commissione statale di controllo sulle Regioni; della nomina dei membri del CNEL; del provvedimento col quale un ufficiale dei carabinieri in servizio presso il Sismi è stato restituito all'amministrazione di appartenenza; lo scioglimento dei consigli comunali e la rimozione del sindaco (per la casi-

stica sempre cfr. Tropea ma anche V. Giomi, L'atto politico nella prospettiva del giudice amministrativo : riflessioni sui vecchi limiti ed auspici di nuove aperture al sindacato sul pubblico potere in Dir. amm. 2022 , 21 e ss. e C. Cudia, Considerazioni sull'atto politico Dir. amm. 2021, 621).

Più di recente, ritenendo che si tratti di atti di "alta amministrazione", si è escluso il carattere politico del decreto col quale il Ministro della giustizia concede l'estradizione; del decreto del Ministro dell'interno col quale si dispone "per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato" l'espulsione dello straniero ai sensi dell'art. 13 d.lgs. n. 286/1998; del decreto di scioglimento dei Consigli comunali e provinciali per "collegamenti diretti o indiretti degli amministratori con la criminalità organizzata" ex art. 143 t.u.e.l.; della determinazione con la quale il Ministero delle comunicazioni ha negato l'autorizzazione alla cessione, da parte della Rai, di azioni di una società controllata (Raiway); della revoca di assessori comunali, degli atti delle amministrazioni indipendenti; della nomina degli assessori in difetto dell'equilibrio di genere.

Ovunque vi sia una fattispecie legalmente predeterminata l'atto è sindacabile dal giudice, ove non vi sia tale predeterminazione ritorna – in qualche modo – ma residuamene la questione della natura dell'atto.

Come ha notato C. Cudia in sintonia con gli orientamenti dottrinali tesi a valorizzare lo Stato di diritto, il punto di partenza non può essere la natura dell'atto astrattamente intesa, ma la sua effettiva sostanza verificata in relazione alla presenza di una base legale o costituzionale, in relazione alla esistenza di una disciplina giuridica e in relazione agli effetti che è capace di produrre sulle situazioni individuali.

Atti politici sono la nomina dei senatori a vita, l'elenco delle grandi opere, la richiesta di autorizzazione di un aiuto di Stato alla Commissione europea, la decisione di non negoziare con un gruppo sociale o una confessione religiosa una intesa.

Pochi atti sono quindi ormai politici per volontà della stessa politica che ha abdicato al suo ruolo, in un mondo che chiede al giudiziario di sopportare il peso di ogni conflitto di dare una risposta ad ogni bisogno.

La giustizia climatica incombe con le sue domande, inevase dalla politica, punta a mettere la politica sotto accusa scaricando sul giudiziario conflitti politici che determineranno inedite tensioni.

2. Considerazioni conclusive sulla necessità dell'atto politico in tempi di crisi della politica

La tematica dell'atto politico e del suo ridimensionamento è sintomatica non solo della crescita della cultura costituzionale ma può anche essere letta come un effetto non voluto della crisi della politica, della crisi del costituzionalismo, della crisi di istituzioni liberali come la giustizia amministrativa a fronte dell'emersione delle tematiche ambientali e dell'azione dei grandi soggetti imprenditoriali.

La separatezza liberale fra politica ed economia è venuta meno ed il liberalismo come arte di separare le sfere non è più effettivo.

L'economico domina sul politico.

Gli effetti sono molteplici a molti livelli.

Scomparsa del lavoro per effetto dei grandi mutamenti del capitalismo, dall'algoritmo al capitalismo della massima sorveglianza; la crisi del sistema dei partiti del Novecento e delle visioni del mondo e della loro funzione osmotica con la società ci-

vile (la mancata attuazione dell'art. 49 Cost. è al centro di tale declino della politica); la crisi dei sindacati che si radicano fra pochi tutelati a fronte di molti senza tutele; l'esistenza di divari intergenerazionali divenuti rilevanti ex art, 9 Cost. nuovo testo; la crisi dei gruppi sociali (meno tragica di quella della politica per effetto della rinascita della solidarietà).

Le categorie giuridiche tradizionali del Novecento sono imperniate su una certa idea della soggettività che ha il "politico" al centro.

Cenni di Law and Literature illuminano il tema.

La letteratura dell'800 narra della pienezza del soggetto moderno nei grandi romanzi europei, la letteratura del '900 (Proust Joyce) narra dell'indebolimento del soggetto, ridotto a flusso di coscienza.

La letteratura contemporanea è figlia delle visioni distopiche di Kafka, Orwell e Dick.

Il soggetto è perso in un mondo oggettivato ed impolitico o dominato da una politica assoluta ed inesplicabile.

Nel cinema Blade Runner dipinge un mondo figlio di 1984 di Orwell. Che può fare il giurista in particolare il giuspubblicista?

Rileggere Santi Romano. Difendere la soggettività.

La voce Autonomia dei Frammenti di un dizionario giuridico risolve l'autonomia nel soggetto che si dà un ordinamento. E se si danno più ordinamenti li coordina in un mondo ordinato.

La politica è ancora oggi idealmente lo spazio di questa soggettività autonoma.

Pur nella crescita della complessità, nella presenza di una crisi del soggetto moderno, di una crisi del pensiero causalistico, della emersione nel paradigma della contemporanea filosofia della scienza di una epistemologia della complessità, occorre pensare che possa svolgere un ruolo direttivo, ma non basta più il riferimento a Weber o ad Habermas.

Non è sufficiente più l'appello – irrelato – ai valori.

Ci vuole una critica culturale più profonda che non ignori la distanza che si è andata stabilendo fra costituzione formale e materiale (per cambiare quest'ultima dove va cambiata).

Una critica all'altezza dei tempi potrebbe ripartire trovando le sue radici in Adorno e nella analisi sulla razionalità strumentale e sul suo lato oscuramente totalitario.

Occorrerebbe rileggere Todorov e sua moglie N. Houston (*Contro i maestri dello sconforto*) e metabolizzare il loro umanesimo positivo ed equilibrato ma preoccupato della deriva tecnocratica e totalitaria del liberismo.

I giuspubblicisti devono promuovere un lavoro collettivo sulla nozione di *limes*, sulla necessità degli sconfinamenti, sull'empatia, sul principio solidaristico, persino sull'eros come forza politica (non tanto presente solo in Marcuse ma anche nella gioia creativa intravista nel futuro del lavoro da De Masi (De Masi, *Il lavoro nel XXI secolo,* Torino 2018); occorre pensare mondi nuovi).

C'è il pericolo di una servitù volontaria generalizzata (pericolo antico come risalente è il pensiero di E. De la Boétie nel *Discorso sulla servitù volontaria*).

Ma il futuro è sempre aperto, lo disegnerà la politica – come vuole la costituzione – o la tecnocrazia delle nuove forze dominanti il mondo economico?

Anche quelle sono forze politiche, gli ingegneri informatici plasmando l'IA svolgono un ruolo politico; saprà l'aspirazione umana alla soggettività dominare tali tendenze?

Tuttavia della travolgente evoluzione dell'informatica devono cogliersi i tanti significati e segnali positivi.

Ma per chiamare la politica ad occuparsene: come in fondo sta facendo nel quadro della regolamentazione europea sullo Stato digitale (Torchia, *Lo Stato digitale. Una introduzione,* Bologna 2023).

Occorre regolare un mercato deregolato ed occorre farlo bene ed in modo proporzionato. I problemi poi sono ancora una volta tematizzabili con approccio *Law and Literature*.

La cittadinanza digitale sfida i limiti tradizionali dell'empatia, la universalizza, pretende che la si provi per sventure lontane (H. Ritter, *Sventura lontana. Saggi sulla compassione,* Milano 2007).

Se in Balzac l'arrampicatore sociale poteva barattare il suo successo con la morte di un mandarino cinese (Balzac era già consapevole dell'effetto farfalla) oggi siamo empatici per effetto dei media con gli oppressi di tanti paesi lontani.

Rousseau era empatico, ma era – inconsapevolmente - anche totalitario (come sostiene Talmon, *Le origini della democrazia totalitaria,* Bologna 2000)?

Troppa empatia possiamo reggerla?

Il comunismo ed il nazionalsocialismo sono stati casi di empatia assoluta? Sono di certo casi di politica assoluta in assenza di contrappeso giudiziario.

Ma all'inverso traslando la domanda sul giudiziario: può il giudiziario reggere il peso di tutto in assenza della politica?

Può essere il luogo del governo della crisi climatica? Lascio queste domande volutamente in sospeso.

La politica è il sogno moderno di emancipazione del soggetto, il giudiziario è solo il limite alla sua (eventuale) prepotenza.

La politica che ci dona libertà è sempre un gioco sul confine; è libera nei fini; gioca sul confine (sul rapporto amico/ nemico e tornano le guerre in caso di crisi della politica).

È una questione di equilibrio, ogni cosa al proprio posto (come dice Massimo Luciani in *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano 2023).

Occorre mantenere le categorie tradizionali (anche l'atto politico) fino a quando non ne avremo di nuove che funzionino meglio.

Non occorre accelerare il caos a fronte di tante ragioni di crisi e si deve auspicare una rinascita dell'autonomia del politico (per quanto problematica e non assoluta essa sia ma su questo chi scrive avrà occasione di tornare commentando il libro di Geminello Preterossi, *Teologia politica e diritto,* Bari 2022, discusso in un seminario fra giuristi e filosofi).

Sul piano giuridico ciò significa essere consapevoli della necessità di limiti alla giustiziabilità di ogni desiderio.

Le situazioni giuridiche soggettive sono normativamente predeterminate. Nel frattempo soccorre anche Derrida.

Altro pensatore della complessità.

Derrida era un uomo buono, amante della singolarità, intento a scavare sempre in ogni concetto, percepiva ogni lingua come gabbia, lavorava sui confini, cercava con gli sconfinamenti gli scarti significativi del linguaggio, svolgeva un lavoro filosofico poetico, fatto di accostamenti inediti, di prospettive trascurate, per scoprire significati ulteriori.

Scopriamo – con Derrida, autore libertario come pochi – nell'atto politico non solo il segno della mentalità autoritaria ma il senso del limite del lavoro del giudice.

Il giudice ha bisogno del limite del politico, come il politico ha bisogno del limite come senso del sacro (consapevolezza che l'uomo è un angelo caduto), come resto del

teologico-politico in senso laico ed immanente.

Rifuggire da ogni assoluto è il messaggio inscritto in una lettura moderna dell'art. 7 cpa come nel pluralismo sociale ed istituzionale della nostra Costituzione.

Scoprire la ricchezza di nuove dimensioni della discrezionalità (come nella teorica degli atti di alta amministrazione).

Rispettare la cornice data dal decisore che pone la regola (anche limitando sé stesso).

Decidere solo sui diritti e gli interessi legittimi violati, all'interno della cornice (da restaurare e rendere più comprensibile riparando i danni determinati dalla crisi del politico).

Concludo con i versi di Juarroz che ci riportano alla necessità di un senso del limite (insito nella caducità / occasionalità dell'esistenza) e nello stesso tempo alla speranza nel futuro (ciò che non esiste):

L'uomo non può sostenere a lungo l'uomo,
e neppure quello che non è umano.
E tuttavia può
sopportare il peso inesorabile
di ciò che non esiste[1].

[1] La poesia per intero è questa :
Così come non possiamo
sostenere a lungo uno sguardo,
neppure possiamo sostenere a lungo l'allegria,
la spirale dell'amore,
la gratuità del pensiero,
la terra sospesa nel canto.
Non possiamo nemmeno sostenere a lungo
le proporzioni del silenzio
quando qualcosa lo visita.
E ancora meno
quando niente lo visita.
L'uomo non può sostenere a lungo l'uomo,
e neppure quello che non è umano.
E tuttavia può
sopportare il peso inesorabile
di ciò che non esiste.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2990 – 21 dicembre 2023

Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice dei contratti pubblici tra logica del risultato e tutela della parità di trattamento

(commento a Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870)

Saul Monzani

Sommario: 1. Doverosità e margini applicativi del soccorso istruttorio. – **2.** L'ampliamento dell'operatività del soccorso istruttorio nelle procedure ad evidenza pubblica: dal d.lgs. 50/2016 al d.lgs. 36/2023. – **3.** Il caso deciso dal Consiglio di Stato: i rischi di un'eccessiva dilatazione dell'istituto.

1. Doverosità e margini applicativi del soccorso istruttorio.

La sentenza in commento offre taluni spunti interessanti in tema di soccorso istruttorio. Tale istituto giuridico, come meglio si dirà *infra*, appare in costante evoluzione, in ragione sia degli interventi legislativi susseguitisi nel tempo, sia dei molteplici spunti offerti dalla giurisprudenza: occorre infatti considerare che, nella prassi, il ricorso (o meno) al soccorso istruttorio rappresenta uno degli aspetti più frequentemente forieri di contenzioso, soprattutto nell'ambito delle procedure competitive.

D'altronde – ed anche su questo si tornerà – il legislatore è spesso intervenuto proprio sulla "spinta" della giurisprudenza più evoluta, nel tentativo di meglio definire l'alveo di operatività dell'istituto.

Ciò nondimeno, tale evoluzione non sembra essere giunta ad un definitivo assestamento: permangono infatti alcune fattispecie connotate da estrema incertezza, come peraltro dimostra, in maniera paradigmatica, proprio la vicenda oggetto del presente approfondimento.

In linea generale, com'è noto, per "soccorso istruttorio" si intende il momento in cui, nel corso del procedimento amministrativo, l'Amministrazione interviene al fine di consentire al privato di colmare talune carenze di tipo informativo o documentale, imputabili al privato stesso. In buona sostanza, l'Amministrazione presta "soccorso"

al privato, nella misura in cui – invece di concludere il procedimento *sic et simpliciter* con l'adozione di un provvedimento negativo – consente di ovviare a difetti, mancanze ed omissioni nell'istanza, in tal modo mantenendo inalterata la *chance* di ottenere un provvedimento positivo.

Sebbene l'istituto abbia radici risalenti, la disposizione di riferimento nel quadro normativo attuale è rappresentata dall'art. 6, lettera b) della l. 241/90 s.m.i., ai sensi della quale: "*Il responsabile del procedimento* […] *può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete*"[1].

Si noti che la formulazione letterale della disposizione ("può chiedere") parrebbe rendere facoltativo (e non obbligatorio) l'esercizio del soccorso istruttorio da parte del responsabile del procedimento, e ciò senza peraltro fornire particolari coordinate che consentano di meglio delineare i confini di tale apparente discrezionalità.

In verità, la dottrina è stata sin da principio sostanzialmente unanime nel proporre una diversa interpretazione della norma, ossia qualificando il soccorso istruttorio come doveroso. In particolare, sebbene siano state individuate possibili frizioni tra il soccorso istruttorio e i principi di buon andamento, non aggravamento ed imparzialità nell'attività amministrativa, nonché con il principio di autoresponsabilità (in base al quale il privato è il solo che può essere chiamato a rispondere dei suoi stessi errori o mancanze nella compilazione dell'istanza ovvero nella formazione del relativo "fascicolo" documentale)[2], più diffusamente si è evidenziata la fallacia di un'impostazione che riconnette il soccorso istruttorio al solo interesse del privato. Secondo quest'ultima impostazione, la "sanatoria" di errori ed omissioni che connota il soccorso istruttorio non si pone affatto in contrasto con il principio del buon andamento, ma anzi, al contrario, consente di meglio orientare l'azione amministrativa proprio rispetto a quel principio, in un quadro di un giusto procedimento "partecipato" condotto secondo i canoni del contraddittorio e della "equità procedurale"[3]. L'assenza di antinomie tra interesse pubblico e privato risulterebbe particolarmente evidente, ad esempio, nelle procedure di evidenza pubblica (e nelle procedure concorsuali), laddove la massima partecipazione alle gare rientra nell'interesse della stessa stazione appaltante, consentendo alla stessa di massimizzare le possibilità di ottenere un'offerta competitiva (o di selezionare il migliore profilo).

Invero, taluna giurisprudenza aveva ricondotto, aderendo in maniera fedele al dato normativo testuale, l'istituto generale ora in considerazione ad una mera facoltà da parte dell'Amministrazione[4], mentre, più di recente, la posizione prevalente propende per la considerazione dell'iniziativa di attivazione del soccorso istruttorio in termini di doverosità, nonostante il tenore testuale della norma di riferimento, sul presupposto che si tratta di un istituto volto a superare

[1] In tema cfr., tra gli altri, F. Aperio Bella, S. Caldarelli, E.M. Santoro, S. Tranquilli, *Verifica dei requisiti e soccorso istruttorio*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. II, Milano, 2019, 1468 ss.; E. Frediani, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016.

[2] In tema P. Lazzara, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/90) alla direttiva "servizi" (2006/123/CE)*, Napoli, 2008, 97 ss.

[3] Sul punto cfr. A. Bonaiti, S. Vaccari, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, in *Dir. amm.*, 2023, 193.

[4] Paradigmatica, nel senso indicato, la sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in *Foro Amm.*, 2014, 387, spec. par. 7.4.1.

inutili formalismi in nome dei principi di lealtà e semplificazione[5]. In altre parole, si tratta di un meccanismo funzionale a favorire la massima collaborazione possibile tra privato e la pubblica amministrazione, nel rispetto del generale principio di proporzionalità, oltre che della tutela della buona fede e dell'affidamento dei soggetti coinvolti dall' esercizio del potere[6]. Siffatta impostazione risulta confermata e consacrata anche a livello normativo, con l'inserimento al comma 2-*bis* dell'art. 1 della l. n. 241/1990, operato dall'art. 12, comma 1, della l. n. 120/2020, della norma per cui "i rapporti tra cittadini e la pubblica amministrazione sono improntati i principi della collaborazione e della buona fede"[7].

Invero, nella giurisprudenza più recente la questione continua ad essere attuale, sebbene vista da una diversa prospettiva: una volta acclarato che il soccorso istruttorio effettivamente risponde ad un'esigenza della stessa Amministrazione (al di là della riferita ambiguità del dato normativo), il problema è comprendere quando lo stesso possa (e debba) essere attivato.

L'attenzione si sposta quindi sulla non semplice ricerca di un punto di equilibrio e, in contemporanea, sull'individuazione di un criterio di discrimine quanto più possibile oggettivo tra difetti sanabili (attraverso il soccorso istruttorio) e difetti insanabili.

Il tema è problematico e si presta, com'è intuibile, ad un approccio marcatamente casistico che non aiuta a cristallizzare dei principi generali sufficientemente stabili.

In giurisprudenza non paiono quindi ravvisarsi orientamenti univoci, potendosi invece rilevare approcci ermeneutici abbastanza variegati, specialmente per ciò che concerne il ruolo del principio della *par condicio* tra i concorrenti quale contrappeso al soccorso istruttorio nell'ottica della massima partecipazione alla procedura.

Pertanto, accanto a pronunce che espressamente sottolineano il ruolo centrale del soccorso istruttorio proprio al fine di perseguire l'interesse pubblico al miglior risultato amministrativo, in una logica di buon andamento[8], altri arresti rimarcano il rischio che un'eccessiva estensione dell'ambito applicativo del soccorso possa determinare un *vulnus* alla necessaria equidistanza tra l'Amministrazione ed i singoli candidati o concorrenti, sulla base del principio di "auto-responsabilità" nonché nel prisma della *par condicio*, ovvero anche una compromissione delle esigenze di celerità e certezza che connotano, ad esempio, le procedure con un elevato numero di partecipanti[9].

[5] Così Cons. Stato, sez. IV, 21 ottobre 2022, n. 5055, in *Guida al diritto*, 2022, 44.

[6] Così, di recente, T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 24 dicembre 2022, n. 17536, in *Foro amm.*, 2022, 1642. Nello stesso senso, sempre di recente, cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 8 febbraio 2022, n. 289, *ivi*, 204.

[7] Sul punto, A. Bonaiti, S. Vaccari, *op. cit.*, 197.

[8] Nel senso indicato si v., ad esempio, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 2 novembre 2022, n. 14301, in *www.giustizia- amministrativa.it*, ove si sottolinea: "specialmente nell'ambito dei concorsi pubblici l'attivazione del c.d. soccorso istruttorio è tanto più necessaria per le finalità proprie di detta procedura che, in quanto diretta alla selezione dei migliori candidati a posti pubblici, non può essere alterata nei suoi esiti da meri errori formali, come accadrebbe se un candidato meritevole non risultasse vincitore per una mancanza facilmente emendabile con la collaborazione dell'Amministrazione. Il danno, prima ancora che all'interesse privato, sarebbe all'interesse pubblico, considerata la cruciale rilevanza della corretta selezione dei dipendenti pubblici per il buon andamento dell'attività della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.)". Nello stesso senso, tra le tante: T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 6 aprile 2022, n. 778, in *Foro amm.*, 2022, 534; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 10 novembre 2020, n. 709, in *Foro amm.*, 2020, 2160; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 3 marzo 2020, n. 1000, in www.giustizia-amministrativa.it.

[9] Dal punto di vista ora assunto si segnala, in particolare, l'orientamento della Terza Sezione del Consiglio di Stato, in base al quale "L'obbligo di ammissione al soccorso istruttorio deve essere coerente con il principio di equa distribuzione, tra le parti della procedura concorsuale, dell'onere di diligenza normalmente esigibile (nei confronti dell'amministrazione

Nel contesto appena succintamente descritto, un primo approccio interpretativo ha proposto il criterio che distingue tra "integrazione" documentale, sempre preclusa, e la mera "regolarizzazione", che invece sarebbe ammessa[10]. Altra parte della giurisprudenza ha invece ritenuto che debba essere comunque consentita la sanatoria della domanda che presenti un "nucleo" minimo di certezza e determinatezza, ossia "*qualora dalla documentazione presentata dal candidato residuino margini di incertezza facilmente superabili*"[11]. Si tratta peraltro di soluzioni sottoposte a critica dalla dottrina, non solo in ragione delle incertezze applicative (legate all'indeterminatezza dei singoli parametri di riferimento), ma anche, e soprattutto, in forza di un'ineludibile riflessione sul portato delle macro-categorie dei vizi "formali" e "sostanziali" dell'istanza, nel prisma del procedimento amministrativo considerato quale strumento per il perseguimento di obiettivi "reali" e non autoreferenziali[12].

Va da sé che il dibattito cui si è testé accennato si sviluppa con minor vigore in riferimento ai procedimenti amministrativi non competitivi, per i quali il problema della *par condicio* si pone con meno evidenza, e talvolta non si pone affatto (ad esempio nei procedimenti ove non vi siano controinteressati). Tanto è vero che, proprio per tali procedimenti, l'applicazione del soccorso istruttorio è assai meno controversa e, usualmente, non è foriera di contenzioso, anche perché, nella maggior parte dei casi, l'istanza rigettata può essere riproposta[13].

---

procedente e dell'impresa partecipante alla gara, cui è corretto richiedere non una diligenza comune, ma la diligenza professionale di cui all'art. 1176, secondo comma, cod. civ.)": così, di recente, Cons. Stato, sez. III, 13 giugno 2023, n. 5783, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sempre nel senso che "il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione" si v., tra le altre, Cons. Stato, sez. III, 28 novembre 2018, n. 6752, in *L'amministrativista*, 29 novembre 2018; Id., 25 maggio 2016, n. 2219, in *Rass. dir. farm.*, 2016, 602; Id., 12 luglio 2018, n. 4266, in *www.giustizia-amministrativa.it*; la medesima massima è ripresa anche dalla Quarta Sezione nella pronuncia del 19 febbraio 2019, n. 1148, in *Foro amm.*, 2019, 217; ancora nel medesimo senso cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2022, n.10325, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sulla falsariga, si rimanda anche a T.A.R. Veneto, sez. III, 3 aprile 2019, n. 414, in *Foro amm.*, 2019, 673 (in tema di procedure comparative di massa); T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 9 marzo 2017, n. 3262, in *Rass. dir. farm.*, 2017, 2, 370; T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 28 marzo 2019, n. 94, in *www.giustizia- amministrativa.it* (con riferimento alle procedure comparative per l'ottenimento di finanziamenti).

[10] Come evidenziato dall'Adunanza Plenaria nella già citata sentenza n. 9/2014: "*per meglio definire il perimetro del "soccorso istruttorio" è necessario distinguere tra i concetti di "regolarizzazione documentale" ed "integrazione documentale": la linea di demarcazione discende* naturaliter *dalle qualificazioni stabilite* ex ante *nel bando, nel senso che il principio del "soccorso istruttorio" è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedimentali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara* […] *conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo* vulnus *del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi*".

[11] Si veda, ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 2019, n. 7975, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[12] Sul tema cfr. a A. Bonaiti, S. Vaccari, *Soccorso istruttorio e procedure comparative. Un'analisi critica del principio di* par condicio *tra formalismo e logica di risultato*, in *Dir. amm.*, 2023, 373 ss.

[13] Ciò non significa, tuttavia, che non possano proporsi casi problematici anche per la tipologia di procedimenti in questione. Ad esempio, in un caso di mancata attivazione del soccorso istruttorio in tema di SCIA, è stato statuito che "*quanto al potere-dovere di soccorso istruttorio, occorre sempre che sia rispettato un ragionevole equilibrio tra l'errore o la lacuna in cui è incorsa la parte privata e l'onere di assistenza e consulenza che per effetto del soccorso istruttorio viene trasferito a carico dell'amministrazione. A un errore sproporzionatamente grave della parte privata non può corrispondere un obbligo sproporzionatamente gravoso per l'amministrazione. Se dunque il progetto non fornisce le coordinate essenziali per descrivere l'edificazione, compresa la proposta di accordo per l'arretramento dell'edificio ricostruito, gli uffici comunali hanno il solo obbligo di motivare l'archiviazione, senza essere tenuti a mantenere aperto un canale di interlocuzione con la parte privata*" (così T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, ord. 22 maggio 2023, n. 193).

2. L'ampliamento dell'operatività del soccorso istruttorio nelle procedure ad evidenza pubblica: dal d.lgs. 50/2016 al d.lgs. 36/2023.

Il soccorso istruttorio nell'ambito delle c.d. procedure ad evidenza pubblica merita un discorso a sé: ciò innanzitutto perché, in tale ambito, l'istituto è disciplinato da disposizioni specifiche, diverse cioè dall'art. 6 della l. 241/90.

L'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016 (ossia il previgente Codice dei contratti pubblici) sanciva, per sommi capi, tre principi fondamentali: la sanabilità di qualsiasi elemento formale della domanda di partecipazione alla gara; la sanabilità, più nello specifico, di ogni mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo[14], con espressa esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica; la non sanabilità delle irregolarità e carenze della documentazione tali da non consentire l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa[15].

Si noti che il limite fondamentale all'operatività del soccorso istruttorio – al di là dei casi "estremi" di impossibilità nell'individuazione del soggetto partecipante ovvero dell'oggetto dell'offerta – era costituito dall'impossibilità di ricorrervi per ovviare a difetti dell'offerta tecnica ed economica, sulla scorta del fatto che una simile integrazione avrebbe determinato un *vulnus* alla *par condicio* tra i partecipanti.

Quindi, in base a tale disposizione, il soccorso istruttorio risultava riferibile soltanto a una parte della documentazione costituente l'offerta, ossia alla c.d. "busta amministrativa".

In disparte la formulazione testuale della disposizione, la giurisprudenza ha presto manifestato vistose aperture determinate dalla valorizzazione della *ratio* della norma, agevolmente riconducibile alla necessità di evitare che il partecipante alla gara possa modificare la propria offerta dopo la scadenza del termine di presentazione. In base a tale orientamento, allora, non risulterebbe giustificato negare il soccorso nei casi di mancanze o incompletezze dell'offerta tecnica ed economica alle quali si possa ovviare mediante meri chiarimenti, ovvero correggendo palesi errori materiali, attraverso un'attività che mantenga inalterato il contenuto dell'offerta.

La suddetta evoluzione giurisprudenziale ha così condotto all'estensione dell'alveo applicativo del soccorso, sino ad allora limitato alle classiche (e codificate) forme del soccorso c.d. "integrativo" (con il quale è consentito integrare la sola documentazione amministrativa, mediante l'acquisizione *ex post* di documenti originariamente non allegati alla c.d. busta amministrativa) e del soccorso "sanante" (che si esplica invece nella correzione di errori ed inesattezze della documentazione amministrativa, emendando vizi dichiarativi all'interno di

[14] La possibilità di regolarizzare i vizi essenziali della documentazione amministrativa era contemplata anche dalla normativa antecedente al Codice del 2016, e segnatamente dal comma 2-*bis* dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006 (comma introdotto dall'articolo 39, comma 1, del d.l. 90/2014), e dall'art. 46 della medesima legge. Come correttamente osservato dalla giurisprudenza, la novella del 2014 costituiva "espressione della volontà del legislatore di dequotare i vizi formali inerenti gli elementi e le dichiarazioni di cui all'art. 38 comma 2, Codice degli appalti e, quindi, laddove la dichiarazione risulti insufficiente incompleta o addirittura mancante, la stazione non può procedere all'esclusione del concorrente ma deve esercitare il soccorso istruttorio" (così T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 28 gennaio 2016, n. 1242, in *Foro amm.*, 2016, 154).

[15] Per un commento all'art. 83, comma 9, si rinvia a F. Aperio Bella, S. Caldarelli, E.M. Santoro, S. Tranquilli, *op. cit.*

documenti che pure sono stati correttamente allegati).

La giurisprudenza ha definito il soccorso vertente sull'offerta tecnica ed economica come soccorso "procedimentale", proprio al fine di marcarne la distanza dal soccorso "istruttorio"; si tratta di un "*escamotage*" non solo linguistico, dal momento che, come già detto, la possibilità di colmare carenze nella parte tecnica ed economica dell'offerta non aveva una chiara copertura normativa ed anzi sembrava esclusa dall'unica disposizione codicistica sul tema.

La stazione appaltante, secondo tale lettura, è tenuta a richiedere i necessari chiarimenti al concorrente laddove ravvisi ambiguità in elementi essenziali dell'offerta tecnica o economica; tali chiarimenti però non potranno condurre a un'integrazione postuma dell'offerta, ossia all'aggiunta di elementi ulteriori rispetto a quelli contenuti (seppur in maniera, per l'appunto, contraddittoria o ambigua) nell'offerta originaria[16].

In altre parole, il soccorso procedimentale serve a ricercare l'effettiva volontà del concorrente, ma non potrà mai consentire al medesimo di esprimere una volontà negoziale diversa e ulteriore rispetto a quella cristallizzata nell'offerta già in atti[17].

Il progressivo consolidamento del soccorso procedimentale nell'esperienza pretoria ha condotto il legislatore, da ultimo, a fornirne una puntuale disciplina accanto alle altre e più consolidate forme di soccorso istruttorio. Così, il terzo comma dell'art. 101 del "nuovo" Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) dispone che "La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica"[18]. Per conseguenza, come osservato dalla sentenza qui in commento, la disciplina attuale vede la coesistenza di ben

[16] Tra le tante, nel senso indicato, cfr.: Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2023, n. 324, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 25 ottobre 2022, n. 1020, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.R.G.A. Trento, sez. I, 4 aprile 2022, n. 75, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Veneto, sez. III, 6 ottobre 2021, n. 1175, in *Foro amm.*, 2021, 1519; Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2022, n. 8481, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 4 aprile 2019, n. 2219, in *Foro amm.*, 2019, 636; Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2018, n. 7039, in *Foro amm.*, 2018, 2151; Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2015, n. 2082, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2014, n. 5196, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sulla non sanabilità dell'offerta che indica prodotti con caratteristiche tecniche diverse da quelle richieste dal capitolato speciale, si veda Cons. Stato, sez. III, 3 agosto 2018, n. 4809, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Invece, sulla possibilità di integrare l'offerta tecnica con una dichiarazione totalmente mancante e prevista a pena di esclusione dal bando (ma comunque non incidente sul contenuto sostanziale dell'offerta stessa), si veda T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 4 giugno 2018, n. 1137, in *L'Amministrativista*, 5 giugno 2018.

[17] Nel senso che "è escluso il soccorso istruttorio volto a sanare carenze strutturali dell'offerta tecnica presentata, in quanto esse riflettono una carenza essenziale dell'offerta" si v., di recente, Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2023, n. 290, in *www.giustizia-amministrativa.it*; negli stessi termini, Cons. Stato, sez. VII, 9 gennaio 2023, n. 234, *ivi*; T.A.R. Lazio Roma, sez. IV, 3 gennaio 2023, n. 121, *ivi*.

[18] Invero il citato art. 101, pur recependo e disciplinando espressamente il soccorso procedimentale, lascia aperte alcune contraddizioni: in particolare, il terzo comma abilita la stazione appaltante a "*richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato*", mentre la lettera B del primo comma consente di "*sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara*", ma con espressa "*esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica*". Senonché, non appare di immediata percezione la differenza tra la consentita (e, si direbbe, doverosa) "richiesta di chiarimenti" e la vietata "sanatoria di omissioni e inesattezze", dal momento che la richiesta di chiarimenti sembrerebbe pur sempre presupporre una qualche omissione o inesattezza.

quattro forme di soccorso istruttorio: il soccorso "integrativo", il soccorso "sanante", il soccorso procedimentale (che la suddetta sentenza denomina "soccorso istruttorio in senso stretto"), nonché la nuova fattispecie del soccorso "correttivo", vale a dire quello in base al quale l'offerente può *sua sponte* rettificare gli errori materiali dell'offerta tecnica ed economica nel periodo intercorrente tra il termine di presentazione delle offerte e l'apertura delle stesse.

Tale rinnovato assetto delle varie forme di soccorso istruttorio appare peraltro funzionale alla realizzazione dei principi generali introdotti dal nuovo Codice dei contratti pubblici, quali quello del risultato e della fiducia, venendo a consolidare la sua funzione di meccanismo attraverso il quale la pubblica amministrazione persegue la massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e, con essa, il buon andamento, così che interessi privati e pubblici trovino convergenza, fatte salve le pur meritevoli esigenze di parità di trattamento in relazione alle quali occorre comunque individuare un ambito, magari circoscritto, di inoperatività dell'istituto ora in commento.

3. Il caso deciso dal Consiglio di Stato: i rischi di un'eccessiva dilatazione dell'istituto.

Così sinteticamente ricostruito il quadro normativo, connotato dal recente avvicendamento tra il "vecchio" ed il "nuovo" Codice dei contratti pubblici, occorre volgere l'attenzione alla pronuncia in commento.

Il caso concerne l'esclusione di un'impresa da una procedura di gara bandita dal Ministero della Giustizia per l'attività di digitalizzazione dei fascicoli giudiziari in vari tribunali italiani.

Si noti che l'appalto risultava suddiviso in 15 lotti, di cui 14 aventi natura territoriale (perché concernenti attività di svolgersi in un preciso ambito geografico). L'impresa ricorrente veniva esclusa da due diversi lotti per lo stesso motivo, ossia l'aver indicato, per la figura di responsabile del servizio, un soggetto che risultava in possesso di una laurea conseguita in Romania, mentre la *lex specialis* di gara richiedeva, a pena di esclusione, una laurea italiana.

L'esclusione era stata sancita dopo l'attivazione del soccorso istruttorio, mediante il quale la stazione appaltante aveva richiesto all'impresa di produrre la certificazione di equipollenza della laurea straniera ai sensi della l. n. 148/2002. L'impresa aveva replicato di non essere in possesso di tale attestazione (ma di averla già richiesta), dichiarando al contempo di poter indicare un'altra risorsa munita di laurea italiana. La stazione appaltante riteneva che tanto la produzione dell'attestato ottenuto *ex post*, quanto la sostituzione dell'originario responsabile con un altro, avrebbero determinato un travalicamento dei limiti posti al soccorso istruttorio, e quindi provvedeva ad escludere definitivamente l'impresa per carenza insanabile di un requisito tecnico.

A quel punto, l'impresa impugnava entrambi i provvedimenti di esclusione davanti a due T.A.R. diversi – Roma e Palermo – in virtù della già citata autonomia e territorialità di ciascun lotto d'appalto.

Entrambi i Tribunali respingevano il ricorso, ma l'impresa insisteva interponendo appello avverso le due sentenze, rispettivamente davanti al Consiglio di Stato e al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia (CGARS).

Sennonché, mentre il Consiglio di Stato rigettava l'appello, il CGARS perveniva all'esito diametralmente opposto, accogliendo il gravame e quindi sancendo la possibilità di

colmare la lacuna dell'offerta sia mediante la produzione della (postuma) attestazione di equipollenza, sia soprattutto "sostituendo" il responsabile originariamente indicato (ossia quello con laurea rumena priva di equipollenza) con un altro responsabile munito di laurea italiana, già facente parte dell'organico dell'impresa[19].

L'aspetto davvero singolare della suddetta vicenda contenziosa consiste quindi nel fronteggiarsi di due pronunce opposte sulla medesima questione.

Il CGARS, nel ravvisare la fondatezza del ricorso, ha fatto perno su un'interpretazione radicalmente anti-formalistica del soccorso istruttorio. Secondo il Consiglio di Giustizia, in particolare, le carenze nella documentazione dell'impresa ricorrente non sarebbero indicative della mancanza dei relativi requisiti di partecipazione. In altre parole, sempre seguendo il ragionamento del tribunale siciliano, affermare che l'impresa non abbia compiutamente e correttamente comprovato il possesso del requisito tecnico di partecipazione non equivale a dire che tale requisito manchi; anzi, afferma il CGARS, l'impresa ha comprovato l'esatto opposto, ossia di poter soddisfare quel requisito, seppur con un dipendente diverso da quello originariamente (ed erroneamente) indicato nella documentazione a corredo dell'offerta.

Considerato dunque che il soccorso istruttorio è posto a tutela dell'interesse sostanziale della pubblica amministrazione a garantire la più ampia partecipazione e, per conseguenza, la più efficace competizione, allora non risulterebbe legittimo precludere al concorrente di comprovare, seppure *ex post*, il possesso di un requisito speciale.

Il CGARS osserva anche, correttamente, che il possesso del requisito in questione andava comprovato all'interno della busta amministrativa, non afferendo quindi né all'offerta tecnica né all'offerta economica. Pertanto, la comprova "tardiva" di quel requisito non si sarebbe tradotta in alcuna (non consentita) modificazione dell'offerta.

A conclusioni diametralmente opposte è giunto, invece, il Consiglio di Stato.

Si noti che la pronuncia del Consiglio di Stato è successiva a quella del CGARS; la sentenza ne dà atto, spiegando le ragioni per cui ritiene non corretta la soluzione adottata dal tribunale siciliano.

Innanzitutto, il Consiglio di Stato, pur riconoscendo (come è ormai pacifico) che il soccorso istruttorio risponde "ad una fondamentale direttiva antiformalistica", rilevante in special modo proprio nelle procedure di evidenza pubblica, esprime talune perplessità in ordine alle prospettive di eccessiva dilatazione dell'istituto, recepite anche nel Codice del 2023 (peraltro non applicabile, per ragioni cronologiche, al caso in oggetto). In tal senso, la sentenza sembra riagganciarsi alla dottrina più prudente, in precedenza segnalata, laddove sottolinea il rischio che "il programmatico ampliamento dell'ambito del soccorso [possa determinare] un possibile conflitto con il canone di autoresponsabilità (che in generale sollecita gli operatori economici, in virtù della postulata qualificazione professionale e del correlativo dovere di diligenza, al pieno e puntuale rispetto delle formalità procedimentali, evitando gli aggravi imposti dalla rimessione in termini: per i quali ben potrebbe prospettarsi, anche alla luce del criterio di buona fede, un forma di immeritevole abuso)".

Nel prosieguo della motivazione, i giudici di Palazzo Spada ribadiscono il principio per cui "deve tenersi per ferma la non

[19] Cfr. C.G.A.R.S., sez. giurisd., 2 gennaio 2023, n. 4, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica) […] Restano, per contro, ampiamente sanabili le carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione c.d. amministrativa".

Subito dopo, si legge che "In altri termini, si possono emendare le carenze o le irregolarità che attengano alla (allegazione) dei requisiti di ordine generale (in quanto soggettivamente all'operatore economico in quanto tale), non quelle inerenti ai requisiti di ordine speciale (in quanto atte a strutturare i termini dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara)".

Quello appena riportato appare il passaggio fondamentale della sentenza, seppure espresso in maniera sintetica e non pienamente sviluppato nelle sue implicazioni sistematiche.

In sostanza, il Consiglio di Stato sembra affermare che: (1) è soccorribile/sanabile la documentazione amministrativa; (2) non è soccorribile/sanabile la documentazione che integra l'offerta tecnica ed economica; (3) sono emendabili le carenze nell'allegazione dei requisiti di ordine generale, ma non quelle nell'allegazione dei requisiti di ordine speciale, "*in quanto atte a strutturare i termini dell'offerta*".

Orbene, tra i primi due punti testé elencati ed il terzo, pare esservi un "salto" logico che, forse, avrebbe meritato una più compiuta spiegazione.

Non si comprende, infatti, in che modo i requisiti di ordine speciale, ossia quelli attinenti alla capacità economica e tecnica del concorrente, possano essere considerati "parte" dell'offerta tecnica ed economica e, come tali, fuoriuscire dall'alveo applicativo del soccorso istruttorio (che, come più volte evidenziato, non è applicabile all'offerta tecnica ed economica se non nella ristretta forma del soccorso c.d. procedimentale, dal quale comunque rimane esclusa, almeno tendenzialmente, la possibilità di produrre ulteriore e diversa documentazione).

In altre parole, affermare la non soccorribilità della documentazione a comprova dei requisiti di partecipazione tecnici ed economici quale corollario della non soccorribilità dell'offerta tecnica ed economica rappresenta un passaggio che, di per sé, suscita talune perplessità. Infatti, i requisiti di partecipazione (tanto generali, quanto speciali) sono cosa ben diversa dall'offerta. Gli stessi vanno dichiarati all'interno della c.d. busta amministrativa, quindi con una distinzione finanche "fisica" dal nucleo tecnico/economico dell'offerta. D'altro canto, è ben ipotizzabile il caso di un operatore che venga dapprima ammesso alla procedura – poiché in possesso di tutti i requisiti generali e speciali, debitamente dichiarati nella busta amministrativa – e poi escluso all'esito dell'apertura delle altre due buste che, per assurdo, potrebbero anche essere vuote.

Il nodo non sembra risolto neppure nell'ulteriore passaggio della sentenza in cui si si legge: "il capitolato tecnico era chiaro nel richiedere, in capo al personale designato per l'esecuzione del contratto, il prescritto titolo di studio (integrante, all'evidenza, un requisito di ordine tecnico-professionale). Ammettendo, perciò, come pretenderebbe l'appellante (non tanto la formale sostituzione del curriculum, quanto) la indicazione di un diverso titolo di studio, riferito a diversa figura professionale, significherebbe legittimare la modifica (sotto il profilo soggettivo, relativamente alla manodopera impegnata) dei termini dell'offerta. Sicché appare, in definitiva, specioso, ma non persuasivo, l'assunto che

la mancanza della certificazione di equipollenza del titolo di studio si risolverebbe in un fatto meramente formale (essendo, in tesi, incontestato il possesso del requisito sostanziale): ciò sarebbe quando si fosse (a tutto concedere) chiesto di integrare il curriculum con la (postuma) produzione di una (già conseguita) attestazione di equipollenza; non quando – come nella specie – si vorrebbe supplire alla (acclarata) inidoneità (per insufficienza del titolo, in quanto privo di riconoscimento del valore legale) del personale con l'indicazione di personale alternativo, per quanto (asseritamente) nella disponibilità dell'impresa".

Si concorda con il Consiglio di Stato laddove rileva che l'indicazione di una diversa figura professionale determini una modifica *latu sensu* dell'offerta, nella misura in cui le modalità di assolvimento del servizio originariamente offerte vengono effettivamente mutate.

Ciò nondimeno, poiché tale elemento non è comunque parte dell'offerta tecnica, la suddetta modificazione non sembra automaticamente determinare alcuna lesione del principio della *par condicio* tra i concorrenti.

Peraltro, nel caso di specie, è difficile ravvisare nell'identità personale del responsabile offerto un elemento essenziale dell'offerta, non foss'altro perché i *curricula* dovevano essere indicati in forma anonima: ciò a conferma del fatto che quel che interessava alla stazione appaltante non era tanto l'identità del dipendente, quanto l'esistenza, nell'organico dell'impresa, di un qualsiasi dipendente con determinate caratteristiche (possesso di laurea italiana o equipollente).

Occorre tuttavia sottolineare che l'orientamento manifestato dal Consiglio di Stato nella sentenza qui in commento non è affatto isolato e, anzi, appare corroborato da vari precedenti, seppur resi su fattispecie non del tutto sovrapponibili alla presente. Si è quindi affermata, ad esempio, l'inammissibilità della produzione postuma di documentazione a comprova del possesso del requisito esperienziale rappresentato dall'aver realizzato un determinato fatturato su prestazioni analoghe a quelle oggetto dell'appalto[20].

Pur non potendo, in questa sede, analizzare puntualmente tutte le suddette sentenze, si può affermare che nessuna di esse fornisca coordinate sufficientemente solide per giustificare la non sanabilità delle carenze nella documentazione a comprova dei requisiti speciali, o comunque a comprendere quali carenze siano sanabili, e come.

Il concreto rischio è quello di ancorarsi a distinzioni di fatto impalpabili, ad esempio tra documentazione "integrativa e specificativa" (ammessa) e documentazione "aggiuntiva ed ulteriore" (esclusa), senza fornire alcun concreto supporto all'Amministrazione nella complessa gestione delle ammissioni e delle esclusioni.

In conclusione, non appare quindi del tutto sorprendente che, come si è illustrato, CGARS e Consiglio di Stato siano giunti a soluzioni opposte in relazione alla medesima questione.

Sebbene la soluzione del CGARS appaia, forse, più lineare e consenta di tracciare una linea di demarcazione più netta sull'applicabilità dell'istituto, è innegabile che la

[20] Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2023, n. 3819, in *Foro amm.*, 2023, 580; Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8148, *ivi*, 2021, 1839; Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2021, n. 1540, in *L'Amministrativista*, 23 febbraio 2021. *Contra*, ossia in senso analogo alla sentenza del CGARS, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 febbraio 2022, n. 1308, in *Gior. dir. amm.*, 2022, 623, con nota di M. Filice, *Dalla "caccia all'errore" alla verifica sostanziale: la parabola del soccorso istruttorio*.

stessa possa condurre ad un "appiattimento" tra le posizioni dei concorrenti alla gara, ponendo sullo stesso piano sostanziale gli operatori che hanno compilato la documentazione di gara in maniera completa e corretta e quelli che, invece, hanno commesso errori anche non banali; appiattimento che, oltre a contraddire il principio di *par condicio* e auto-responsabilità, risulterebbe oggi particolarmente marcato, in virtù dell'assenza di sanzioni pecuniarie a carico di chi usufruisce del soccorso istruttorio[21].

Appare, dunque, come già accennato, comprensibile l'estensione della portata applicativa del soccorso istruttorio, propugnata prima dalla giurisprudenza e poi recepita dal legislatore, soprattutto se tale estensione viene proiettata nel prisma dei principi generali introdotti nel nuovo Codice dei contratti pubblici, non dovendosi però farne derivare un utilizzo eccessivamente disinvolto di tale istituto, il quale, comunque, presenta inevitabili profili di frizione con principi parimenti meritevoli di tutela, quale quello della parità di trattamento tra soggetti sottoposti all'esercizio di un potere amministrativo.

[21] Sul c.d. soccorso istruttorio oneroso, e sulla sua espunzione dall'ordinamento, si rinvia a F. Aperio Bella, S. Caldarelli, E.M. Santoro, S. Tranquilli, *op. cit*.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2848 – 19 luglio 2023

Lo sharing dei monopattini sul territorio comunale non è una concessione di servizio pubblico (nota a Cons. Stato, V, 2 maggio 2023, n. 4368)

Clara Napolitano

Sommario: 1. Il processo e la statuizione del Consiglio di Stato circa il servizio di noleggio di monopattini sul territorio comunale. – **2.** Il noleggio dei monopattini in *free-floating* e la disciplina di riferimento sostanziale. – **3.** Il servizio pubblico e quello erogato in regime di libero mercato: l'applicazione della Dir. 2006/123/CE. – **4.** La procedura selettiva dell'operatore: l'esclusione dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici. – **5.** La pubblicizzazione del servizio a seguito dell'"assunzione" da parte della p.A.: un criterio da verificare caso per caso.

1. Il processo e la statuizione del Consiglio di Stato circa il servizio di noleggio di monopattini sul territorio comunale.

Nella sentenza in commento, il Consiglio di Stato statuisce un principio destinato a guidare le prossime procedure selettive comunali di operatori che offrono un servizio di micromobilità – *hoverboard*; *segway*; monopattini; *monowheel*, *etc.* – nei Comuni italiani: procedure in costante crescita, stante la spinta – complici la transizione ecologica ed energetica – alla ricerca di forme di mobilità sostenibile nei centri abitati.

Invero, l'utilizzo di monopattini – o mezzi leggeri a essi assimilabili – a propulsione elettrica ha subìto nell'ultimo lustro un significativo incremento d'incidenza sugli ambienti urbani: ciò è dovuto anzitutto a un *branding* costante della sostenibilità[1], mira-

[1] L'operazione di *branding* attribuisce al valore metagiuridico della «sostenibilità» un rilievo patrimoniale sul mercato, modificando l'*asset* dei marchi: in altre parole, oggi, il segno celebre, il marchio, ha un valore evocativo e suggestivo, sì da orientare acquisti e comportamenti attratti maggiormente da quel determinato valore in un certo momento storico. Si assiste così al proliferare di società e imprese che si attribuiscono una produzione di beni e/o servizi "sostenibili" e al graduale mutamento del comportamento dei consumatori e utenti, i quali preferiscono acquistare un bene – o usufruire di un servizio – più in linea con quel valore. V. in proposito, sotto l'aspetto civilistico-commerciale, C. Mignone, *I segni celebri. Proprietà,*

to a diminuire le emissioni di CO2 nell'aria e a raggiungere obiettivi di neutralità climatica entro il 2050[2], nonché – di poi – a una spinta verso la sostituzione dei carburanti fossili con energia proveniente da fonti rinnovabili o comunque ecosostenibili[3]. Le città, così, si stima possano essere più vivibili, meno inquinate, maggiormente orientate alla c.d. mobilità dolce: la elevata qualità della vita che sul loro territorio si radica, diventa essa stessa un bene *immateriale* meritevole di tutela[4]. Nondimeno, perché questo valore possa diffondersi sul territorio, e dunque permeare la cultura, esso non può esser lasciato alla singola iniziativa del privato che acquisti un monopattino elettrico: sempre più enti territoriali comunali, dunque, scelgono di farsi essi stessi vettori di questo valore, mettendo a disposizione mezzi in *sharing*sul loro territorio tramite operatori economici a ciò deputati.

Il vantaggio, dal punto di vista dell'utente, è indubbio: lo spostamento da un punto all'altro della città può esser effettuato agevolmente, senza restar bloccato nel traffico e con una fatica tutto sommato limitata, con pagamento digitale tramite app – pagando solo "lo sblocco" del mezzo e la corsa – e percorrendo un tragitto a sua libera scelta, fuori da una rete predeterminata di tratti, in modalità c.d. *free-floating*.

La diffusione del mezzo genera, altrettanto indubbiamente, qualche effetto collaterale: primo fra tutti, la compromissione della sicurezza del traffico veicolare. Come si vedrà tra poco, infatti, non esiste ancora una disciplina legislativa organica sull'utilizzo e sulla circolazione dei mezzi di micromobilità a propulsione elettrica – né, per il vero, si attestano sul punto richieste unanimi, poiché la normativizzazione del fenomeno potrebbe tradursi in un appesantimento dello strumento e potrebbe indurre a non utilizzarlo con frequenza – né spesso

funzione, usi civili, Napoli, 2022, spec. 20 ss.

[2] Vedi il sito ufficiale del Parlamento europeo, recante la normativa finora adottata e gli obiettivi declinati della neutralità climatica: *https://www.europarl.europa.eu/news/it/headlines/society/20190926STO62270/neutralita-carbonica-cos-e-e-come- raggiungerla?&at_campaign=20234-Green&at_medium=Google_Ads&at_platform=Search&at_creation=RSA&at_goal=TR_G&at_audience=neutralità%20climatica& at_topic=Carbon_Neutral&at_location=IT&gclid=EAIaIQobChMInePsud_t_wIVmPuyCh0QtwfzEAAYASAAEgIbpfD_BwE*.

[3] La ricerca di autonomia energetica rispetto all'acquisto di carburanti fossili ha in sé ragioni ecologiche e geopolitiche. Sia consentito il rinvio a C. Napolitano, A. Gorgoni, *Energy As A Common: New Paths Of Production. The Key-Role Of Energy Communities In The Italian Context*, in *Ius Publicum*, n. 1/2023, 1-38.

[4] Si v. in proposito P.L. Portaluri, *Spunti su diritto di ricorso e interessi superindividuali: "quid noctis, custos"?*, in *Riv. giur. ed.*, n. 5/2019, 401 ss., il quale – nell'enfatizzare la perdita del paradigma bipolare tra bene e interesse, nell'ambito del processo amministrativo, ed esaminando la proliferazione di interessi diffusi che prescindono dalla materialità dei beni a essi sottesi, i quali sfuggono alla dominicalità tradizionale – così afferma: «La considerazione del territorio quale "punto di ricaduta" degli interessi espressi da una comunità a vario titolo insediata ne individua una peculiarità di sostrato materiale: quegli interessi non sono sempre sostanziati da singoli beni, individuati e determinati, ma non di rado da un *bonum* (comune) materiale tale perché riferibile a un novero più o meno indistinto di soggetti, i quali possono goderne con modalità assai diverse fra loro. […] È infatti necessario vedere anzitutto quel bene (comune) materiale nella sua accezione complessiva e organica, esito e risultante di una molteplicità complessa di fattori causali fra loro interagenti verso quell'assetto finale, meritevole di tutela […]. Questo bene – ripeto: indubbiamente *materiale*, eppure al contempo evanescente nella sua stessa pensabilità in termini di stringente ed esclusiva fisicità – può essere sottoposto (più facilmente nel primo dei tre esempi appena fatti) a una sorta di trasmutazione: indossando occhiali distorcenti, può essere confuso con *altri* beni, che invece ne ricevono beneficio. Il primo può essere costituito da uno o più beni (immobili, ma anche mobili o semimobili, come impianti di c.d. mobilità dolce, *bike sharing*, aree a verde pubblico, assetti viari con abbondanza di *woonerf*: il catalogo è vasto ed eterogeneo) che generano *nel loro complesso* gli effetti positivi meritevoli di tutela. I secondi sono beni – si pensi ad abitazioni, uffici, etc. – che quella sommatoria di qualità trasferiscono ai loro fruitori. Il bene materiale protetto è quello *complessivo* più sopra descritto per primo, o uno di quelli – specifici e puntuali – di cui alla seconda esemplificazione? Dalla risposta dipende – ovvio – l'ampiezza dell'accesso all'azione e dunque la possibilità che il bene (comune) materiale riesca a ricevere o meno tutela».

le sedi viarie sono dotate di adeguate piste ciclabili destinate *anche* a questi mezzi, i quali circolano dunque liberamente in carreggiata e sui marciapiedi.

È anche questa la ragione per la quale sempre più spesso i Comuni scelgono di regolamentare tramite il rilascio di licenze il servizio di noleggio dei monopattini elettrici sui territori di loro competenza: se per un verso essi diffondono la cultura della mobilità dolce, per altro verso proteggono la pubblica incolumità, il decoro urbano e la fluidità del traffico viario.

La tendenza, tuttavia, si presta a un equivoco di fondo, che si ritrova spesso nei contenziosi tra i Comuni e le società produttrici di monopattini elettrici[5]: e cioè che gli enti territoriali, nel momento in cui selezionano gli operatori economici atti a erogare il servizio di micromobilità, lo devono fare applicando il Codice dei contratti pubblici[6], ricadendo la selezione – e il successivo contratto – nello schema della concessione di servizio pubblico.

È quanto accaduto anche nella sentenza in commento, nella quale la società Helbiz Italia S.r.l., pretermessa nella selezione pubblica per l'offerta di monopattini, ha contestato all'Amministrazione comunale di Verona di non aver applicato le disposizioni del Codice dei contratti, così agendo in violazione di legge ed eccesso di potere.

Il Giudice di primo grado[7] e quello d'appello sono stati, però, concordi nello statuire il contrario, così rigettando le doglianze della società ricorrente (e poi appellante): «Alla procedura per l'individuazione di operatori interessati a svolgere il servizio di noleggio di monopattini elettrici con sistema di *free floating* sul territorio comunale si applicano le sole disposizioni del codice dei contratti pubblici, espressive di principi generali e aventi portata applicativa generalizzata. Nel caso in cui – per il contingentamento del numero di titoli disponibili – il rilascio delle autorizzazioni avvenga all'esito di una procedura comparativa tra gli interessati, non oggetto di specifica disciplina normativa, le regole proprie di un ordinario procedimento di autorizzazione devono essere declinate in rigoroso rispetto dei criteri di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità cui ogni procedura selettiva deve conformarsi».

Ciò in quanto il servizio di noleggio dei monopattini non è riconducibile allo schema né dell'appalto né della concessione di servizio pubblico e non rientra nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 50/2016, sicché l'Amministrazione non è tenuta all'ossequio a tutte le sue disposizioni, a meno di un suo volontario e dichiarato *autovincolo*. Né può ritenersi che il Codice abbia una *vis expansiva* in tutte le sue disposizioni: il legislatore, definendo puntualmente l'ambito di applicazione del Codice, ha inteso escludere che l'articolato complesso normativo di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 si applichi alla generalità delle procedure a evidenza pubblica.

[5] Si v. per esempio, oltre alla sentenza in commento, anche Tar Lombardia, III, 03 luglio 2020, n. 1274; Id., 10 giugno 2021, n. 1416.

[6] Ancora il riferimento è al d.lgs. n. 50/2016. Il nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36/2023, non è ancora pienamente efficace, alcune sue disposizioni entrando in vigore il 1 luglio 2023, altre il 1 gennaio 2024. Su di esso, però, si è già espressa autorevole dottrina, per esempio circa gli aspetti della tutela giurisdizionale: cfr. M.A. Sandulli, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice*, in *Federalismi.it*, n. 8/2023. Tra le trattazioni organiche sul Codice già pubblicate, cfr. C. Contessa, P. Del Vecchio, *Codice dei Contratti Pubblici. Annotato articolo per articolo. D.lgs. 31 marzo 2023 n. 36*, vol. I, Napoli, 2023.

[7] Tar Veneto, I, 18 marzo 2022, n. 476.

Solo le disposizioni del Codice espressive di principi generali hanno portata applicativa generalizzata, sicché, al di fuori dell'ambito di applicazione del Codice e delle Direttive appalti trovano applicazione, non le singole disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016, ma solo i principi generali – nazionali e unionali – di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità, principi tutti che richiedono la predeterminazione dei criteri e delle modalità di selezione dei candidati.

La sentenza in commento è ricca di statuizioni rilevanti anche sotto alcuni profili specifici delle procedure selettive[8]: ai nostri fini, tuttavia, richiede un esame puntuale la concezione del servizio di noleggio dei monopattini come attività economica privata e non come servizio pubblico.

2. Il noleggio dei monopattini in *free-floating* e la disciplina di riferimento sostanziale.

Anzitutto, il quadro normativo di riferimento. Come detto nel paragrafo precedente, non v'è ancora una disciplina organica che regoli la circolazione di questi mezzi[9],

[8]] Si riportano qui di seguito gli altri principi enucleabili dalla pronuncia, pubblicati in *www.giustizia-amministrativa.it*: «La valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione rientrano nell'ampia discrezionalità di cui essa gode, con la conseguenza che, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica, sono inammissibili le censure che impingono nel merito di valutazioni per loro natura opinabili, e sollecitano il giudice amministrativo a esercitare un sindacato sostitutivo, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a.». «Per ciò che concerne la competenza dei commissari, il requisito dell'esperienza nello specifico settore non riguarda indistintamente tutti i componenti della commissione. Lo stesso va, infatti, interpretato non secondo un approccio formale e atomistico, che tenga conto delle sole professionalità tecnico-settoriali implicate dagli specifici criteri di valutazione la cui applicazione sia prevista dalla *lex specialis*, ma secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, che valorizzi le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze della pubblica amministrazione, alle quali quei criteri siano funzionalmente ordinati, sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali vanno ad incidere. Non è imposta, in sostanza, una rigida corrispondenza tra competenza dei membri della commissione e ambiti materiali che concorrono all'integrazione del complessivo oggetto del contratto. La presenza, pertanto, di componenti portatori di diverse esperienze professionali, sia di natura gestionale ed amministrativa, sia di natura tecnica, risponde, in un rapporto di complementarietà, alle esigenze valutative imposte dall'espletamento della procedura evidenziale (Nella fattispecie in esame, il comune aveva correttamente individuato professionalità adeguate per l'esame delle proposte rispetto all'oggetto della procedura ovvero il noleggio di monopattini elettrici in *sharing* nei dirigenti degli uffici che si occupano di viabilità, sicurezza, mobilità e traffico e di attività produttive, atteso che gli aspetti di maggior rilevanza pubblica del servizio riguardano l'impatto dei dispositivi di micro-mobilità sulla circolazione stradale, sul decoro cittadino e sull'ambiente)». «Se è vietato per il seggio di gara enucleare criteri o sub criteri non previsti e avulsi da quelli stabiliti nella *lex specialis* o che comportino l'alterazione del peso di quelli ivi contemplati, è invece consentito alla commissione effettuare una declinazione ed una specificazione dei criteri e dei sub criteri. Tale *modus operandi* è legittimo in quanto la commissione non ha in alcun modo modificato i criteri di valutazione, cui aveva autovincolato la propria discrezionalità, ma, a ulteriore garanzia della trasparenza del percorso motivazionale che presiede all'attribuzione dei punteggi per le offerte, ha solo specificato le modalità applicative di tale operazione, senza apportare una modifica sostanziale ai criteri di valutazione e ai fattori di ponderazione fissati nell'avviso nonché senza alcuna modifica postuma». «Nelle procedure di evidenza pubblica, l'incompatibilità del presidente non è automatica, ma va valutata sempre in concreto sulla base di comprovate ragioni di interferenza e condizionamento. Il ruolo di responsabile unico del procedimento può coincidere con le funzioni di commissario di gara o di presidente della commissione giudicatrice, a meno che non sussista la concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi (Nella fattispecie in esame, la sezione concludeva che l'appellante non aveva allegato e provato alcun elemento oggettivo da cui potesse evincersi, anche solo a livello indiziario, una situazione di interferenza o condizionamento tale da alterare il confronto competitivo tra i partecipanti alla manifestazione di interesse, limitandosi invece ad insistere sull'applicazione incondizionata della causa di incompatibilità di cui all'art. 77, comma 4, del codice dei contratti pubblici)».

[9] È di questi giorni la notizia dell'approvazione da parte del Consiglio dei Ministri di un disegno di legge sulla sicurezza stradale che introduce novità circa i monopattini elettrici – per esempio obbligo di indossare il casco, obbligo di targa e assicurazione (art. 7, d.d.l. del 28 giugno 2023) – e delega

ma il legislatore ha di recente introdotto disposizioni che si riferiscono al procedimento per la loro diffusione sui territori comunali e alle loro dotazioni di sicurezza.

La disciplina primaria è contenuta in un atto ministeriale, il d.m. 4 giugno 2019 del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti[10], e nell'art. 1, commi 75 ss., l. 27 dicembre 2019, n. 160 (c.d. Finanziaria per il 2020), e si sviluppa in un'articolata e complessa interrelazione di disposizioni che hanno carattere procedimentale e sostanziale, in particolare per la convivenza tra l'utilizzo dei monopattini e la circolazione stradale del traffico veicolare.

Anzitutto, il d.m., rubricato «Sperimentazione della circolazione su strada di dispositivi per la micromobilità elettrica», il quale si propone l'obiettivo di «individuare specifici criteri per l'autorizzazione della sperimentazione della circolazione su strada, di dispositivi per la mobilità personale a propulsione prevalentemente elettrica»; obiettivo che interseca anche necessità ambientali di abbassamento delle soglie d'inquinamento atmosferico[11].

Il decreto definisce «le modalità di attuazione e gli strumenti operativi della sperimentazione della circolazione su strada di dispositivi per la mobilità personale a propulsione prevalentemente elettrica»[12], prevedendo che questi dispositivi debbano avere precise caratteristiche costruttive che ne garantiscano la sicurezza – anche in termini di velocità e potenza massima – e la visibilità anche su sedi viarie buie[13]. In secondo luogo, il d.m. attribuisce ai Comuni compiti di delicata vigilanza sui dispositivi dei quali autorizzano la circolazione: anzitutto essi sono gli unici enti che – con provvedimento adottato nelle forme di cui all'art. 7, Codice della strada, ovvero con ordinanza del sindaco o con delibera della giunta comunale – possono autorizzare la circolazione dei dispositivi «esclusivamente in ambito urbano» e limitatamente alle strade che hanno determinate caratteristiche costruttive e realizzative[14]. La medesi-

il Governo alla riforma del Codice della Strada, la cui prima approvazione risale al 1992.

[10] In *https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2019-07- 12&atto.codiceRedazionale=19A04569&elenco30giorni=false*.

[11] Si legge nell'epigrafe del d.m.: «Considerato che presso diverse zone ed agglomerati del territorio nazionale si registrano superamenti dei valori limite di qualità dell'aria per il materiale particolato PM10 ed il biossido di azoto; Ritenuto che sussista pertanto la necessità di adottare interventi addizionali rispetto a quelli fino ad oggi previsti al fine di prevenire e fronteggiare i superamenti dei valori limite di concentrazione atmosferica del materiale particolato PM10 registrati a partire dal 2005 sul territorio nazionale; Considerato che tale necessità è stata espressa anche nel protocollo d'intesa per l'adozione coordinata e congiunta di misure per il miglioramento della qualità dell'aria del 4 giugno 2019, che individua tra le attività da porre in essere, l'adozione del presente decreto; Ritenuto quindi che le presenti disposizioni possano ritenersi utili ai fini del contrasto all'inquinamento atmosferico, in virtù dei benefici derivanti dalla variazione della quota modale degli spostamenti per la mobilità personale con dispositivi a propulsione prevalentemente elettrica».

[12] Art. 1, d.m. 4 giugno 2019.

[13] Per esempio, art. 2, d.m. cit.: «I dispositivi non auto-bilanciati sono dotati di motore elettrico avente potenza nominale massima non superiore a 500W e di segnalatore acustico. 4. Il dispositivo auto-bilanciato del tipo *segway* deve essere dotato di segnalatore acustico. 5. Da mezz'ora dopo il tramonto, durante tutto il periodo dell'oscurità e di giorno, qualora le condizioni atmosferiche richiedano l'illuminazione, tutti i dispositivi di cui al comma 1 sprovvisti o mancanti di luce anteriore bianca o gialla fissa e posteriormente di catadiottri rossi e di luce rossa fissa, utili alla segnalazione visiva, non possono essere utilizzati, ma solamente condotti o trasportati a mano. 6. I dispositivi non possono essere dotati di posto a sedere per l'utilizzatore e sono destinati ad essere utilizzati da quest'ultimo con postura in piedi. 7. I dispositivi in grado di sviluppare velocità superiori a 20 km/h, al fine di poter essere utilizzati nell'ambito della sperimentazione di cui all'art. 1, devono essere dotati di regolatore di velocità, configurabile in funzione di detto limite. In ogni caso, per poter essere utilizzati su aree pedonali, tutti i dispositivi devono essere dotati di regolatore di velocità, configurabile altresì in funzione di una velocità non superiore a 6 km/h».

[14] Art. 5, d.m. cit.: «i comuni valutano che le stesse *[le infrastrutture stradali e/o parti di strada, n.d.r.]* abbiano caratteristiche

ma delibera della giunta comunale determina anche le modalità di sosta dei veicoli consentite e provvede a istituire forme di informazione della cittadinanza[15]. Il d.m. introduce anche norme di comportamento per gli utenti: solo maggiorenni, o almeno titolari di patente AM, da soli e senza passeggeri, a velocità moderata e ad andatura costante[16].

Il d.m. è stato poi integrato, e in parte superato, come detto, dalla Finanziaria per il 2020, il cui art. 1, commi 75 ss. regola ulteriormente l'utilizzo e la circolazione dei monopattini – anzi, è dedicato esclusivamente ai monopattini – tramite disposizioni che, equiparando espressamente questi mezzi ai velocipedi, ne disciplinano le caratteristiche costruttive[17], dettano prescrizioni di utilizzo e circolazione per gli utenti[18], per gli operatori di noleggio[19], e obblighi di vigilanza per i Comuni, specie in merito alla sosta dei dispositivi[20]. La Finanziaria rinvia anche a un adeguato apparato sanzionatorio nel caso di violazione delle disposizioni[21].

Quanto, invece, alla disciplina del servizio, e quindi alla relazione che s'instaura tra il Comune e l'operatore economico, vale solo l'art. 1, co. 75-*ter*, l. Finanziaria per il 2020, in base al quale «Fermo restando quanto previsto dai commi da 75 a 75-*vicies bis*, i servizi di noleggio dei monopattini elettrici a propulsione prevalentemente elettrica, anche in modalità *free-floating*, possono essere attivati esclusivamente con apposita deliberazione della Giunta comunale, nella quale devono essere previsti, oltre al numero delle licenze attivabili e al

geometriche, funzionali e di circolazione adeguate in relazione alla tipologia dei dispositivi per la micromobilità elettrica ammessi a circolare sulle stesse ed agli altri utenti della strada».

[15] Artt. 3 e 4, d.m. cit. In particolare, art. 4, co. 3: «I comuni provvedono nella delibera della giunta comunale relativa alla sperimentazione di cui all'art. 4 comma 1 e ai successivi atti applicativi, ad esplicitare che per la sosta i conduttori dei dispositivi si attengano a quanto previsto nella regolamentazione di cui al comma 1. Nella medesima delibera i comuni, qualora istituiscano o affidino servizi di noleggio dei dispositivi in condivisione, anche in modalità *free-floating*, prevedano di rendere obbligatoria l'attivazione di una adeguata azione di informazione nei confronti degli utilizzatori da parte delle società responsabili del servizio circa le regole di utilizzo, fra le quali quelle relative alla sicurezza stradale, alla velocità, alle modalità consentite di sosta. I comuni prevedono, nella istituzione o nell'affidamento del servizio di noleggio, l'obbligo di coperture assicurative per l'espletamento del servizio stesso».

[16] Art. 6, d.m. cit.

[17] Art. 1, co. 75 e 75-*bis*, l. n. 160/2019: «I monopattini a propulsione prevalentemente elettrica possiedono i seguenti requisiti:

[le] caratteristiche costruttive di cui all'allegato 1 annesso al decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 4 giugno 2019, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 162 del 12 luglio 2019;

[assenza] di posti a sedere;

[motore] elettrico di potenza nominale continua non superiore a 0,50 kW;

[segnalatore] acustico;

[regolatore] di velocità configurabile in funzione dei limiti di cui al comma 75-*quaterdecies*;

[la] marcatura 'CE' prevista dalla direttiva 2006/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2006.

[75-bis.] A decorrere dal 30 settembre 2022, i monopattini a propulsione prevalentemente elettrica commercializzati in Italia devono essere dotati di indicatori luminosi di svolta e di freno su entrambe le ruote. I monopattini a propulsione prevalentemente elettrica già in circolazione prima di tale data devono essere adeguati alle prescrizioni del primo periodo entro il 1° gennaio 2024».

[18] Cfr. per esempio art. 1, co. da 75-*octies* a 75-*quinquiesdecies*.

[19] Per esempio, art. 1, co. 75-*sexiesdecies*: «Gli operatori di noleggio di monopattini elettrici, al fine di prevenire la pratica diffusa del parcheggio irregolare dei loro mezzi, devono altresì prevedere l'obbligo di acquisizione della fotografia, al termine di ogni noleggio, dalla quale si desuma chiaramente la posizione dello stesso nella pubblica via». Art. 1, co. 75-*septiesdecies*: «Gli operatori di noleggio di monopattini elettrici sono tenuti ad organizzare, in accordo con i comuni nei quali operano, adeguate campagne informative sull'uso corretto del monopattino elettrico e ad inserire nelle applicazioni digitali per il noleggio le regole fondamentali, impiegando tutti gli strumenti tecnologici utili a favorire il rispetto delle regole».

[20] Art. 1, co. 75-*quinquiesdecies*: i Comuni possono individuare le aree di sosta, garantendo adeguata capillarità, privilegiando la scelta di localizzazioni alternative ai marciapiedi. Tali aree possono essere prive di segnaletica orizzontale e verticale, purché le coordinate GPS della loro localizzazione siano consultabili pubblicamente nel sito internet istituzionale del comune. Ai monopattini a propulsione prevalentemente elettrica è comunque consentita la sosta negli stalli riservati a velocipedi, ciclomotori e motoveicoli.

[21] Art. 1, co. da 75-*duodevicies* a 75-*vicies ter*.

numero massimo dei dispositivi in circolazione: a) l'obbligo di copertura assicurativa per lo svolgimento del servizio stesso; b) le modalità di sosta consentite per i dispositivi interessati; c) le eventuali limitazioni alla circolazione in determinate aree della città».

Dalla disposizione, per il Giudice amministrativo, si ricavano due elementi, sui quali ruota la decisione in commento: *a)* per lo svolgimento del servizio di noleggio dei monopattini elettrici è necessario il rilascio di un titolo autorizzativo (indicato dal legislatore nella "licenza") e *b)* il numero degli atti che possono essere rilasciati è contingentato.

3. Il servizio pubblico e quello erogato in regime di libero mercato: l'applicazione della Dir. 2006/123/CE.

Quindi, secondo la norma, la Giunta comunale è l'organo competente ad attivare il servizio di noleggio di monopattini elettrici; la sua deliberazione prevede per legge:

- il numero delle licenze attivabili;
- il numero massimo di dispositivi da far circolare;
- l'obbligo della copertura assicurativa;
- le modalità di sosta dei dispositivi consentite;
- le eventuali aree della città a percorrenza limitata.

Il servizio di noleggio dei monopattini è, in altre parole, un servizio soggetto ad autorizzazione: in altre parole, esso è offerto dal libero mercato, per il quale valgono le regole della concorrenza, non quelle della regolazione pubblica.

Questo è uno snodo delicato del ragionamento del Giudice, sviluppato anche in decisioni su controversie analoghe, cui pure in questa sede si farà riferimento: il percorso argomentativo merita attenzione perché funge da presupposto per l'esclusione dell'applicabilità del Codice dei contratti pubblici alle procedure selettive.

Ora, qui abbiamo un ente territoriale comunale che sceglie di selezionare operatori economici privati per l'offerta di un servizio sul proprio territorio: il servizio è remunerato all'operatore da parte dell'utenza, dunque l'operatore si assume un rischio tipicamente imprenditoriale. Le modalità di erogazione sono anche regolate nei loro elementi essenziali dalla normativa – il d.m. 4 giugno 2019 e soprattutto la l. n. 160/2019 – nonché dalla delibera della Giunta comunale. Sembrerebbero dunque esservi tutti i requisiti della concessione di pubblico servizio: la regolazione, l'ente pubblico, la gestione, l'operatore economico, l'utenza pagante, il rischio imprenditoriale[22]. È questo che, d'altra parte, spinge gli operatori che rispondono alle manifestazioni d'interesse emanate dalle Amministrazioni comunali a impugnare gli esiti selettivi, quando non satisfattivi della loro pretesa, per mancata applicazione del Codice dei contratti pubblici.

In realtà, la visione è piuttosto miope, poiché quello erogato dagli operatori economici non è, in effetti, un servizio pubblico: bensì, come detto, un servizio economico in libero mercato. Il quale, per ragioni di tutela della pubblica incolumità, necessita

[22] Lo spiega Tar Lombardia, n. 1274/2020, cit.: «il "servizio pubblico" presuppone la decisione della pubblica amministrazione di farsi carico del soddisfacimento di un bisogno proprio della collettività da essa amministrata che il mercato non è in grado di soddisfare adeguatamente, e consiste nell'espletamento del servizio a tal fine necessario il quale può essere svolto secondo modalità differenti che si possono però raggruppare in due grossi insiemi: a) gestione diretta da parte della stessa amministrazione; b) gestione affidata a soggetti estranei all'amministrazione».

di una previa autorizzazione pubblica allo svolgimento (appunto, la "licenza").

A ben vedere, come sottolineato dalla giurisprudenza, manca, nelle fattispecie di noleggio dei monopattini elettrici, un requisito fondamentale del servizio pubblico: ovvero la sua «assunzione» da parte dell'ente territoriale, il quale poi lo «affida» a un soggetto esterno per la sua gestione.

L'assunzione del servizio da parte dell'ente sancisce, in altre parole, il riconoscimento politico del bisogno della collettività che non può essere soddisfatto dal mercato – non solo i residenti, ma più in generale la platea di utenti[23] – e trasforma l'attività che ne costituisce oggetto in attività di interesse pubblico[24], che la stessa A.c. deve provvedere a regolare in modo da assicurare che essa sia effettivamente funzionale allo scopo cui è destinata. Entrano, dunque, in vigore in quel momento tutti i principi, di fonte costituzionale (artt. 2 e 97 Cost.), ma anche europea, che regolano i servizi pubblici: legalità; doverosità del servizio (i pubblici poteri devono garantire direttamente o indirettamente alla collettività l'erogazione del servizio secondo criteri quantitativi e qualitativi predeterminati); il principio della continuità della gestione ed erogazione dei servizi; il principio di imparzialità; il principio di universalità (le imprese che gestiscono servizi pubblici devono offrire prestazioni anche a fasce di clienti e in aree territoriali non convenienti); il principio dell'accessibilità dei prezzi per tutti; il principio dell'economicità (nel senso che il gestore del servizio deve poter conseguire un margine ragionevole di utile); il principio di trasparenza; il principio di proporzionalità[25].

Quando, poi, la gestione del servizio non è assunta dalla stessa Amministrazione, ma affidata a un operatore economico –

[23] È questo che contraddistingue d'altra parte il "servizio pubblico locale": «la dinamicità delle città moderne (quantomeno di alcune di esse) ha chiaramente posto in crisi l'equivalenza collettività locale-utenza, avendo mostrato che gli utenti dei servizi sono in significativa proporzione diversi dai residenti ed anzi sono portatori di interessi in profondo conflitto con quelli di questi ultimi. […] Della qualità dei servizi, del modello di loro gestione, del loro costo si risponde al momento del voto, così che l'ente locale virtuosamente opera per l'efficienza perché è sul piano dell'efficienza che sarà giudicato. Il dato su cui si fonda il sistema è però ormai, se non falso, assai smorzato. Vi sono realtà urbane in cui i residenti (i votanti, dunque) non rappresentano che una piccola parte degli utenti, eppure restano gli unici a poter condizionare le scelte. È così, ad esempio, per i servizi di trasporto e di gestione dei rifiuti in città come Venezia, in cui i proprietari di seconde case sono forse più numerose dei residenti, o come Bologna, in cui l'utenza è rappresentata in parte assai rilevante da studenti fuori sede e da stabili pendolari. Si tratta di utenti che, pur assumendo su di sé buona parte dei costi dei servizi e pur beneficiando per primi di buone gestioni o risentendo di inefficienze, sono tenuti in secondaria considerazione dai decisori, immuni dal loro giudizio sul piano politico. Posizione, la loro, ovviamente resa delicata anche dal sistema sostanzialmente monopolistico che l'ordinamento legittima in alcuni settori nevralgici dei servizi»; e ancora «il concetto di servizio pubblico locale è ancora centrale se non ai fini dell'analisi sistematica dei principi e delle norme, almeno nella prospettiva dello studio di una relazione complessa e trilaterale, unica nel panorama giuridico, tra l'interesse di cui l'amministrazione è portatrice, l'interesse delle collettività di riferimento (quella dei residenti e quella, ben distinta dalla prima, degli utenti) e l'interesse individuale dell'esercente il servizio» (M. Dugato, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, in *Dir. amm.*, n. 3/2020, 510 ss.).

[24] Sui servizi pubblici la dottrina è sterminata. Sia qui sufficiente il rimando a R. Cavallo Perin, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Padova, 2002; R. Villata, *Pubblici servizi*, Milano, 2003; L.R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici locali*, Padova, 2005; G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano 2005; M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in E. Bruti Liberati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, 127 ss.; D. Sorace, *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, n. 1/2010, 1 ss.; T. Bonetti, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall"instabilità" nazionale alla deriva europea*, in *Munus*, 2012, 417 ss.; A. Romano Tassone, *I servizi pubblici locali: aspetti problematici*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 855 ss.

[25] *Ex multis*, Cons. Stato, I, 7 maggio 2019, n. 1389.

laddove la gestione sia in grado di produrre un utile e sia, dunque, d'interesse economico – la scelta della p.A. può ricadere o su uno o più affidatari definiti "concessionari", selezionati mediante procedure di evidenza pubblica, che opereranno in regime di monopolio o di oligopolio (c.d. concorrenza per il mercato), oppure su un numero indeterminato di soggetti autorizzati a erogare il servizio in concorrenza fra loro, nel rispetto però degli obblighi di servizio pubblico stabiliti dal regolatore (c.d. concorrenza nel mercato).

È così assicurata la gestione del servizio in modalità imprenditoriale, con degli aggiustamenti necessari derivanti dal fatto che il concessionario – dovendo assolvere a obblighi di servizio[26] che valgono in ogni condizione, proprio per garantirne la fruibilità all'utenza – potrebbe anche non produrre utili e dunque ricevere una compensazione economica dall'Amministrazione: è la tipica deroga al c.d. divieto di aiuti di Stato, sancito dalla giurisprudenza unionale[27].

Ma tutto questo, nella fattispecie del noleggio dei monopattini, è assente.

Manca, cioè, come detto, l'assunzione politica del bisogno della collettività, la cui soddisfazione è pienamente incontrata da un mercato florido e concorrenziale di produttori di monopattini elettrici. Si tratta, come già detto, di un'attività imprenditoriale di servizio al pubblico ma erogata da privati e regolata dal libero mercato: a essa, insomma, non si applicano le Direttive appalti né il Codice dei contratti pubblici, bensì la Direttiva 2006/123/CE, Bolkestein, sui servizi liberalizzati nel mercato europeo. Ovvero la Direttiva che sottrae le attività di servizio[28] a qualunque controllo amministrativo *ex ante*, dunque al potere amministrativo concessorio o autorizzatorio[29], attuando i principi unionali della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi nell'Unione.

Poiché allora il servizio è liberalizzato[30], trova applicazione l'art. 9, Dir. 2006/123/CE,

[26] CGCE, 20 febbraio 2001, in C-205/99, *Analir*, spiega che l'obbligo di pubblico servizio s'impone al gestore laddove possa essere dimostrata un'effettiva esigenza di servizio pubblico e nella misura in cui tale imposizione sia effettuata in base a criteri non discriminatori e sia giustificata rispetto all'obiettivo di interesse pubblico perseguito.

[27] Hanno fatto ormai storia i cc.dd. criteri Altmark – da CGCE, 14 luglio 2003, in C-280/00, *Altmark* – per i quali eventuali sovvenzioni pubbliche vòlte a consentire l'esercizio di servizi pubblici sono escluse dal divieto di aiuti di Stato laddove possano esser considerate una compensazione che rappresenta la contropartita delle prestazioni fornite dalle imprese beneficiarie per adempiere obblighi di servizio pubblico. Ciò accade al verificarsi di quattro condizioni concomitanti: «in primo luogo, l'impresa beneficiaria sia stata effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi siano stati definiti in modo chiaro; in secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione siano stati previamente definiti in modo obiettivo e trasparente; in terzo luogo, la compensazione non ecceda quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento; in quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico, il livello della necessaria compensazione sia stato determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto degli introiti ad essi attinenti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento».

[28] La nozione di «servizio» rilevante ai fini dell'applicazione della Direttiva Bolkestein è quella per cui si intende tale qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 57 TFUE fornita normalmente dietro retribuzione. Cfr. CGUE, Grande Sezione, 22 settembre 2020, n. 724.

[29] La distinzione non rileva ai fini del diritto europeo, intendendosi per «autorizzazione» qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio (art. 4, par. 6, Dir.).

[30] La liberalizzazione è cosa diversa dalla semplificazione e presuppone che non sia necessario neanche il formarsi di un titolo abilitativo (anche implicito) e che l'attività possa essere liberamente esercitata senza una previa autorizzazione o presa d'atto dell'amministrazione: R. Chieppa, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir.*

in base al quale queste attività – facendo parte del libero mercato – possono essere soggette alla previa autorizzazione soltanto qualora lo richiedano ragioni imperative d'interesse generale. L'autorizzazione è, dunque, una eccezione che va intesa in senso molto restrittivo, i cui presupposti vanno applicati e rinvenuti rigidamente.

La ragione imperativa d'interesse generale è, in questa fattispecie[31], la tutela della pubblica incolumità sulle strade: la necessità di regolazione dell'attività di noleggio dei dispositivi sorge cioè in ragione del proliferare dei soggetti che ha spontaneamente iniziato a erogare il servizio in modalità *free-floating* (che consente la restituzione dei beni in luoghi non determinati) e per evitare che questa attività sia svolta in maniera pericolosa e disordinata, in modo da scongiurare impatti negativi sul sistema di circolazione stradale, sull'ordine e la sicurezza urbana nonché sull'uso del suolo pubblico. È escluso che la regolazione abbia la specifica finalità di garantire a tutti gli amministrati la possibilità di usufruire del servizio secondo i principi di imparzialità, universalità, continuità, trasparenza, più sopra illustrati[32].

Le restrizioni sono dunque introdotte a esclusiva tutela dell'interesse pubblico volto a scongiurare la circolazione "selvaggia" dei dispositivi, e non anche (come avviene nell'ambito del servizio pubblico) al fine di assicurare un minimo di redditività per il privato[33]: il ricorso all'evidenza pubblica deriva, infatti, dal numero limitato di monopattini introducibili nel territorio comunale e, quindi, dalla natura ristretta del mercato di riferimento ai sensi dell'art. 1, comma 75-*bis* e ss., l. n. 160 del 2019[34].

La limitatezza del mercato di riferimento induce, allora, a una selezione degli operatori da ammettere all'erogazione del servizio, in attuazione dell'art. 12, Dir. 2006/123/CE – recepito in Italia dall'art. 16, d.lgs. n. 59/2010[35]. Una selezione che, a ben vedere, non è regolata interamente dal Codice dei contratti pubblici – trovandosi in diverso ambito disciplinare – bensì puramente i principi di non discriminazione, trasparenza, proporzionalità[36].

4. La procedura selettiva dell'operatore: l'esclusione dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici.

Per il Giudice amministrativo, logica conseguenza della configurazione del servizio come liberalizzato e della mancata assun-

pubbl. com., n. 6/2009, 1319 ss.

[31] In altra fattispecie, relativa alla locazione d'immobili a uso turistico per brevi periodi, la Corte di giustizia ha rilevato che la ragione d'imporre la previa autorizzazione risiedeva nella lotta contro la scarsità di alloggi cittadini (a Parigi) destinati alla locazione (CGUE, Grande Sezione, n. 724/2020, cit.).

[32] Tar Lombardia, n. 1274/2020, cit.

[33] Tar Lombardia, n. 1416/2021, cit.

[34] Cons. Stato, n. 4368/2023 in commento.

[35] In base al quale «Nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi».

[36] Art. 10, parr. 1 e 2, Dir. 2006/123/CE, Condizioni di rilascio dell'autorizzazione: «1. I regimi di autorizzazione devono basarsi su criteri che inquadrino l'esercizio del potere di valutazione da parte delle autorità competenti affinché tale potere non sia utilizzato in modo arbitrario. 2. I criteri di cui al paragrafo 1 devono essere: a) non discriminatori; b) giustificati da un motivo imperativo di interesse generale; c) commisurati all'obiettivo di interesse generale; d) chiari e inequivocabili; e) oggettivi; f) resi pubblici preventivamente; g) trasparenti e accessibili».

zione del medesimo da parte dell'Amministrazione comunale è che il provvedimento col quale il Comune ha avviato la procedura selettiva non poteva essere soggetto all'applicazione del Codice dei contratti pubblici, bensì solo ai suoi principi generali: quelli sì, gli unici dotati di *vis expansiva* e, d'altra parte, richiamati dalla stessa Direttiva 2006/123/CE.

Ciò, beninteso, non vietava all'Amministrazione di fare applicazione delle disposizioni del Codice: tanto che il Comune – nella fattispecie decisa dalla sentenza in commento – aveva richiamato l'art. 80 sui requisiti generali del prestatore. Ma, al contempo, in difetto di espressa previsione negli atti di procedura, deve escludersi che il Comune si fosse in generale autovincolato all'applicazione del Codice.

Né il Codice, di per sé, è estensibile in via analogica a tutte le procedure evidenziali: l'ambito oggettivo e soggettivo del testo normativo sui contratti pubblici è ben definito, trattandosi di norma speciale, sicché ne è esclusa l'*analogia legis*[37]. Solo le norme che costituiscano espressione di principi generali hanno, come detto, portata applicativa generalizzata.

5. La pubblicizzazione del servizio a seguito dell'"assunzione" da parte della p.A.: un criterio da verificare caso per caso.

Le ricostruzioni giurisprudenziali – da ultimo, quella in commento – profilano l'attività di noleggio e condivisione dei monopattini a propulsione elettrica come servizio offerto dal libero mercato: sicché il Comune, quando decide di rilasciare licenze agli operatori economici, lo fa solo per ragioni d'interesse pubblico, ovvero per disciplinare un'attività che, altrimenti, rischierebbe d'esser dannosa per l'incolumità e il decoro urbano.

Il costrutto normativo – risultante dal combinato disposto del d.m. 4 giugno 2019 e della l. n. 160/2019 – si presta a questa lettura: la quale, in effetti, dev'essere fatta con estrema attenzione. Invero, non è così facile distinguere tra la fattispecie del pubblico servizio – ricadente nella disciplina degli appalti pubblici – e quella del servizio liberalizzato su autorizzazione pubblica – ricadente nella Direttiva Bolkestein.

In entrambi i casi figura un ente territoriale che sceglie, in qualche misura, di rivolgersi a imprese – o comunque a soggetti a esso esterni – perché costoro eroghino il servizio all'utenza secondo un quadro regolamentare eterodeterminato.

Quel che fa la differenza tra l'uno e l'altro, però, è l'atto politico di "assunzione" del servizio da parte dell'ente territoriale: il riconoscimento, cioè, del rilievo pubblicistico dell'attività da prestare all'utenza, la quale – così – avrà un diritto soggettivo a usufruirne secondo i principi europei più sopra citati, l'universalità e l'accessibilità anzitutto.

[37] Tar Lazio, I, 14 luglio 2020, n. 8066: «Va esclusa l'applicabilità, in via analogica, ai contratti attivi della p.A. di norme o istituti del Codice degli appalti, atteso che la disciplina contenuta nel Codice non è una disciplina generale ma speciale e ha pertanto un ambito di applicazione particolare».

Manca, invece, nel servizio privato liberalizzato, questa componente di doverosità dell'Amministrazione: sicché il rapporto tra utente e operatore economico resta sul piano della libera contrattazione, esulando dalla garanzia dell'erogazione secondo condizioni calmierate.

Nondimeno, c'è qualche nota stonata: la restrizione all'ingresso degli operatori, tramite il rilascio della licenza, è indubbiamente una limitazione della concorrenza. Concorrenza che, peraltro, in alcune città, spesso non esiste: in diversi Comuni la licenza è rilasciata a un solo operatore che offre i propri mezzi in numero bastevole per coprire il territorio in condizioni di sicurezza. Sicché, all'utente non è davvero offerta la scelta concorrenziale (gli operatori hanno anche tariffe diverse), ma semplicemente sta a lui scegliere se aderire o meno all'unica tipologia di erogazione presente sul territorio.

D'altra parte, se lo *sharing* non è servizio pubblico, allora l'utente non ha un diritto nei confronti dell'Amministrazione che lo regola: perché non è lei, ad esserselo "assunto" in riconoscimento di qualche interesse pubblico da tutelare.

Di fatto, il sistema oggi non è diverso da quello dei taxi, tale per cui spesso il rilascio di licenze è fortemente condizionato, con una sicura barriera all'ingresso di operatori sul mercato, non graditi a chi già vi opera: restano memorabili le sentenze della Corte di giustizia circa il servizio *Uber Pop* in Francia e Spagna[38].

La giurisprudenza – come anche la sentenza in commento – non pare escludere, tuttavia, che in astratto il noleggio possa qualificarsi come servizio pubblico: perché emerge dalle pronunce che v'è una verifica sulla concreta assunzione di quel servizio da parte dell'Amministrazione. Ove essa non vi sia, allora il servizio è offerto dal libero mercato e ricade nello schema della Direttiva 2006/123/CE.

Ma non pare vietato dal diritto UE che lo Stato possa riconoscere che un certo servizio sia escluso dall'applicazione di quella Direttiva: «possono essere considerati servizi d'interesse economico generale soltanto i servizi la cui fornitura costituisca adempimento di una specifica missione d'interesse pubblico affidata al prestatore dallo Stato membro interessato. Tale affidamento dovrebbe essere effettuato mediante uno o più atti, la cui forma è stabilita da ciascuno Stato membro, e precisare la natura di tale specifica missione» (considerando n. 70 della Direttiva 2006/123/CE).

Sicché, nelle città cambiano molto rapidamente, nelle quali la digitalizzazione diventa quotidianità e la cultura della mobilità sostenibile, rapida e dolce, fa parte della vita degli utenti, è probabile che sia opportuno iniziare a qualificare anche il noleggio dei monopattini come servizio pubblico: l'"assunzione" da parte dei Comuni si fa auspicabile, perché riuscirebbe a regolare meglio le condizioni di erogazione del servizio e controllerebbe meglio la circolazione dei mezzi, ma soprattutto ne garantirebbe l'omogenea e universale prestazione sul territorio.

Tornerebbe, in veste nuova, il tema dei servizi pubblici di trasporto locale, che ingloberebbe nella sua "missione" in senso unionale – oltre ai mezzi che già conosciamo ampiamente e che provengono dal secolo scorso, quali bus, tram, metropolitane, mezzi che siano su gomma o su rotaia – anche i nuovi mezzi, elettrici, sostenibili, ma garantiti dall'Amministrazione locale. Appli-

[38] CGUE, Grande Sezione, 20 dicembre 2017, in causa C-434/15, *Uber Spain*; e CGUE, 10 aprile 2018, in causa C- 320/16, *Uber France SAS*.

care lo schema della concessione di servizio pubblico potrebbe così garantire uno standard di mezzi numerico ma anche qualitativo, assicurarne l'universalità nell'accesso, consentire di sanzionare più prontamente le condotte scorrette di utenti e operatori, nonché – ovviamente – applicare procedure selettive che siano più puntualmente disciplinate.

Ma soprattutto, consentirebbe alle Amministrazioni locali di constatare che le proprie collettività di riferimento stanno cambiando: ne evolvono i valori, le esigenze, gli interessi. Ai quali bisogna far fronte. Una "buona Amministrazione" dovrebbe prenderne atto.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2989 – 20 dicembre 2023

Quando *tempus non regit actum*. Ancora sulla c.d. "autotutela" in materia di s.c.i.a.: dichiarazioni non veritiere, interesse pubblico *in re ipsa* e termine ragionevole per l'esercizio del potere inibitorio postumo

(nota a Cons. Stato, sez. IV, 30 giugno 2023, n. 6387)

Piergiuseppe Otranto

Sommario: 1. I fatti di causa. – **2.** Il potere inibitorio postumo sugli interventi soggetti a s.c.i.a. (c.d. "annullamento della s.c.i.a.") nella riforma Madia. Cenni. – **3.** S.c.i.a. ed esercizio del potere inibitorio postumo in alcuni orientamenti giurisprudenziali. Ovvero quando *tempus non regit actum*. – **3.1.** *segue*:oscillazioni giurisprudenziali tra "termine ragionevole" e "termine di diciotto mesi". – **3.2.** Incertezze lessicali e temporali: il c.d. "annullamento della s.c.i.a." e l'irrilevanza delle riforme sulla ragionevolezza del termine in taluni approdi giurisprudenziali. – **3.3.** Spostando *dies a quo* e *dies ad quem*: quando il solo avvio del procedimento rende "ragionevole" il termine di esercizio del potere. – **4.** Falsa rappresentazione dei fatti ed esercizio del potere inibitorio postumo. – **4.1.** Non veritiera rappresentazione dei fatti, falsità ed onere della prova. – **5.** Linee ricostruttive.

1. I fatti di causa.

Nel 2010 la proprietaria di un immobile presentava al Comune di Noci una d.i.a. per la realizzazione di un intervento straordinario di demolizione e ricostruzione di un immobile e di un piccolo locale deposito costruito in aderenza al primo.

Il procedimento era promosso in ossequio alla disciplina pugliese del c.d. "piano

casa"[1] che ammetteva la demolizione e ricostruzione con la realizzazione di un aumento di volumetria superiore massimo del 35% rispetto all'esistente.

La d.i.a. era stata integrata nel 2012 e successivamente nel luglio 2013, in relazione a profili che, tuttavia, non riguardavano il locale deposito[2].

Nel settembre 2013 il Comune comunicava l'avvio del procedimento di "annullamento in autotutela" della d.i.a., prospettando – sulla base della segnalazione di alcuni vicini pervenuta pochi giorni prima – la "non pre-esistenza del locale deposito di dimensioni di mt. 7 x 3,40 in aderenza all'immobile oggetto di d.i.a.".

Erano seguite due memorie partecipative mediante le quali l'interessata intendeva provare l'esistenza del deposito in epoca antecedente alla d.i.a.

Solo sul finire del 2014 il Comune, contestualmente ad un secondo avviso di avvio del procedimento di "autotutela", ordinava all'interessata la sospensione dei lavori sino alla conclusione del procedimento stesso.

L'ente, tuttavia, restava inerte pur innanzi alla diffida con la quale l'interessata chiedeva la conclusione del procedimento con provvedimento espresso. Avverso il silenzio serbato dal Comune, la denunciante proponeva ricorso *ex* art. 117 c.p.a. innanzi al T.a.r. Puglia. Solo a quel punto l'Amministrazione, il 3 novembre 2015, adottava il provvedimento di "annullamento" della d.i.a., impugnato dalla ricorrente con motivi aggiunti.

Il giudice di prime cure, dichiarata l'improcedibilità del ricorso principale avverso il silenzio, accoglieva il ricorso per motivi aggiunti ritenendo che il provvedimento impugnato, espressione del "potere di autotutela decisoria", fosse illegittimo siccome intempestivo in relazione ai limiti temporali previsti dall'art. 21 *nonies*, l. n. 241/1990, e dunque, sia rispetto al termine di diciotto mesi – introdotto dall'art. 6 della l. n. 124/2015 – sia rispetto al "termine ragionevole" previsto dall'art. 21 *nonies* sin dalla sua formulazione *ante* riforma[3]. Il Tribunale

[1] Art. 4 della legge della Regione Puglia 30 luglio 2009, n. 14, "Misure straordinarie e urgenti a sostegno dell'attività edilizia e per il miglioramento della qualità del patrimonio edilizio residenziale".

[2] In proposito, nella sentenza di primo grado (T.a.r. Puglia – Bari, sez. III, 28 dicembre 2017, n. 1372), si legge: "nel caso di specie, l'annullamento travolge una d.i.a risalente al febbraio 2010, successivamente integrata (con eliminazione del sottotetto adibito a volume tecnico) nel luglio 2013. Rispetto alla presentazione della prima d.i.a. (ai cui grafici e relazione si fa riferimento per sostenere la falsa rappresentazione della volumetria pre-esistente), il potere di "autotutela" è intervenuto ad oltre 5 anni di distanza, in epoca in cui l'immobile risultava praticamente già ultimato a rustico (circostanza non contestata da parte del Comune e risultante dalle fotografie all. 14 al ricorso per motivi aggiunti) ed all'esito di un confronto partecipativo con la ricorrente instaurato dal Comune (attivatosi su sollecitazione di terzi) ben due anni prima (cfr. prima comunicazione di avvio del procedimento del 10/9/13 prontamente riscontrata dalla ricorrente)".

[3] Nella sentenza di primo grado si legge: "Parte ricorrente contesta la tempestività dell'auto-annullamento emesso il 3/11/15 alla luce del dettato di cui all'art. 21 *nonies* cit. Sul punto va precisato che un problema di tempestività rispetto al termine di diciotto mesi non si pone - *in radice* - ove si aderisca alla tesi secondo cui l'art. 21 *nonies* come modificato dall'art. 6, comma 1, lett. d), n. 1, l. n. 124/2015 (da qualificare come norma in esame di sicuro carattere innovativo e non meramente interpretativo) si applica solo ai provvedimenti di autotutela di provvedimenti di primo grado emanati dopo l'entrata in vigore di tale norma, cioè emanati dopo il 28.8.2015 (T.a.r. Basilicata, sez. I, sent. 16/3/17 n. 199). L'atto impugnato è, altresì, tempestivo (rispetto al predetto termine legale) ove si segua l'impostazione secondo cui - rispetto ai provvedimenti illegittimi (di primo grado) adottati anteriormente all'attuale versione dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990 - il termine di diciotto mesi non può che cominciare a decorrere dalla data di entrata in vigore della nuova disposizione (Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 13/7/17 n. 3462). Tanto premesso, si osserva che tutte le opzioni ermeneutiche fanno salva l'operatività del "termine ragionevole" già previsto dall'originaria versione dell'art. 21 *nonies*. Anche ove trovi applicazione la novella legislativa, il termine di diciotto mesi non è "necessariamente un termine legittimante l'inibitoria sempre e comunque, perché è comunque un termine massimo" (T.a.r.

riteneva inoltre che attraverso la d.i.a. la ricorrente non avesse operato una falsa rappresentazione della realtà e che, piuttosto, il provvedimento impugnato fosse (oltre che tardivo) affetto da gravi carenze istruttorie e motivazionali.

Il Consiglio di Stato, tuttavia, ha affermato la legittimità del provvedimento del Comune riformando la decisione del T.a.r. con una sentenza che induce qualche osservazione poiché, muovendo dal caso particolare, finisce per lambire temi, di ordine generale, come quelli del ruolo stesso del giudice amministrativo nell'ordinamento[4] e della tecnica del richiamo al precedente giurisprudenziale, adoperata talvolta in modo improprio.

2. Il potere inibitorio postumo sugli interventi soggetti a s.c.i.a. (c.d. "annullamento della s.c.i.a.") nella riforma Madia. Cenni.

Una prima considerazione riguarda la scelta del diritto applicabile al caso concreto *ratione temporis*.

La controversia, infatti, ha ad oggetto la legittimità del provvedimento adottato dalla p.A. in applicazione degli artt. 19, comma 3, e 21 *nonies*, l. n. 241/1990.

Si tratta, come è noto, di disposizioni oggetto di non trascurabili riforme per effetto della legge c.d. Madia, n. 124/2015, entrata in vigore il 28 agosto del 2015.

Nel testo vigente prima della riforma Madia, ad esempio, l'art. 19, comma 3, prevedeva che, decorso il termine ordinario di sessanta giorni (trenta per la d.i.a. edilizia) per l'esercizio dei poteri inibitori e ripristinatori previsti in via ordinaria, fosse comunque salvo il potere dell'Amministrazione competente "di assumere *determinazioni in via di autotutela*, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*": i) in caso di pregiudizio per un interesse a protezione rafforzata (comma 4)[5]; ii) "in ogni tempo" in ipotesi di "dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci". Per altra via, il potere di annullamento d'ufficio *ex* art. 21 *nonies* doveva essere esercitato comunque non oltre un "termine ragionevole". Gli art. 19 e 21 *nonies* andavano letti in combinato con l'art. 21, comma 1,

Campania, Napoli, sez. IV, sent. 5/4/16 n. 1658). Rispetto alla previgente formulazione dell'art. 21 *nonies*, infatti, non mutano gli altri presupposti per l'annullamento del provvedimento da parte dell'Amministrazione emanante o all'uopo legalmente autorizzata e quindi: (i) la sussistenza di ragioni di interesse pubblico, (ii) l'esistenza di un termine comunque "ragionevole", (iii) la necessaria considerazione degli interessi dei destinatari e dei contro interessati, (iv) le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo".

[4] Una difesa motivata del ruolo del giudice amministrativo nella costruzione delle regole dell'ordinamento amministrativo e quale baluardo della garanzia di diritti ed interessi del cittadino e dell'interesse generale, si ritrova nelle considerazioni svolte da V. Caputi Jambrenghi durante la relazione al Convegno su "L'attuazione dei principi del risultato e della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici. Il modello del collegio consultivo tecnico", indetto a Roma il 3 ottobre 2023 nella biblioteca della Camera dei deputati a Palazzo San Macuto.

[5] Si tratta degli interessi relativi alla tutela del patrimonio artistico e culturale, dell'ambiente, della salute, alla sicurezza pubblica o alla difesa nazionale.

a mente del quale, "in caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge (…) ed il dichiarante è punito con la sanzione prevista dall'articolo 483 del codice penale, salvo che il fatto costituisca più grave reato"; inoltre le sanzioni previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso si sarebbero dovute applicare anche a coloro che avessero dato inizio all'attività *ex* art. 19 "in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente" (art. 21, comma 2).

Con la riforma Madia le norme su richiamate sono state interessate da non trascurabili modifiche[6].

Anzitutto all'art. 21 *nonies*, comma 1, si prevede che il "termine ragionevole" per l'esercizio dell'autotutela in riferimento a provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici non possa essere superiore a diciotto mesi (oggi dodici). Ed è sempre la l. n. 124/2015 ad aver introdotto il comma 2 *bis* dell'art. 21 *nonies*, l. n. 241/1990, a mente del quale il termine di diciotto mesi non opera in relazione all'annullamento dei "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". Per effetto della riforma del 2015, inoltre, nell'art. 19 scompare il riferimento esplicito all'autotutela amministrativa e si ammette la possibilità che l'Amministrazione, "in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-*nonies*" adotti i provvedimenti inibitori e ripristinatori anche decorso il termine ordinario[7]; viene abrogato, infine, il comma 2 dell'art. 21, lasciando tuttavia in vigore la disposizione di cui al comma 1.

3. S.c.i.a. ed esercizio del potere inibitorio postumo in alcuni orientamenti giurisprudenziali. Ovvero quando *tempus non regit actum*.

Proprio perché si tratta di modifiche non marginali della disciplina, è importante stabilire quali siano le norme di diritto positivo applicabili e quali i principi giurisprudenziali da considerare nel caso di un provvedimento con il quale l'Amministrazione, dopo il decorso del termine ordinario per l'esercizio dei propri poteri inibitori e ripristinatori, privi di effetto una s.c.i.a., ed eserciti, così, poteri inibitori, repressivi o conformativi *ex post* che solo in via semplificativa (ed im-

[6] Tra i primi commenti, 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 *Federalsimi.it*, n. 17/2015, 1 ss. Della stessa A., cfr., inoltre, *S.c.i.a.*, in *Libro dell'anno del diritto 2017*, Roma, 2017; Id., *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) (artt. 19 e 21 l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023, 363 ss. Cfr. inoltre, senza pretesa di esaustività, W. Giulietti – N. Paolantonio, La segnalazione certificata di inizio attività, in M.A. Sandulli (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, Milano, 2017, 902 ss.; F. Liguori, I modelli settoriali: s.c.i.a. delizia e procedure semplificate in tema di rifiuti, ivi, 937 ss.; G. Strazza, La s.c.i.a. nei decreti attuativi della "riforma Madia", in M.A. Sandulli (a cura di), Le nuove regole della semplificazione amministrativa. La legge n. 241/1990 nei decreti attuativi della "riforma Madia", Milano, 2016, 74 ss.; Id., La s.c.i.a. tra semplificazione, liberalizzazione e complicazione, Napoli, 2020.

[7] L'art. 19, comma 4, come introdotto dall' art. 6, comma 1, lett. a), l. n. 124/2015 dispone: "decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6 *bis*, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21 *nonies*".

propriamente) possono definirsi di "annullamento d'ufficio della s.c.i.a."[8].

È noto che il procedimento amministrativo è regolato dal principio *tempus regit actum*, con la conseguenza che la legittimità degli atti del procedimento deve essere valutata con riferimento alle norme vigenti al tempo in cui è stato adottato l'atto che conclude una autonoma fase dello stesso[9].

Come ha precisato anche di recente il Consiglio di Stato[10], nei procedimenti amministrativi la corretta applicazione di tale principio comporta che la pubblica Amministrazione tenga conto delle modifiche normative intervenute durante il procedimento "non potendo considerare l'assetto normativo cristallizzato in via definitiva alla data dell'atto che vi ha dato avvio".

Ne consegue che la legittimità del provvedimento deve essere valutata con riferimento alla disciplina vigente al tempo in cui esso è stato adottato e non al tempo in cui è stato avviato il relativo procedimento e questo perché "lo *ius superveniens* reca sempre una diversa valutazione degli interessi pubblici" operata dal legislatore e dalla quale l'Amministrazione non può autonomamente discostarsi.

Questo principio di carattere generale stenta, tuttavia, a trovare concreta applicazione in materia di autotutela decisoria dal momento che le Amministrazioni, con l'avallo di una parte della giurisprudenza, sovente esercitano il proprio potere di annullamento d'ufficio come se a partire dal 2015 il legislatore non ne avesse modificato in maniera profonda la struttura ed i limiti.

Non è certamente questa la sede per ripercorrere l'evoluzione del diritto positivo e del dibattito giurisprudenziale e dottrinario sull'autotutela decisoria: basterà qui ricordare che in piena coerenza con gli orientamenti giurisprudenziali maturati sin da epoca risalente, l'art. 21 *nonies*, l. n. 241/1990 – introdotto con la l. n. 15/2005 – non ancorava l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio a casi e modalità stabiliti dalla legge. Esso continuava ad apparire, di contro, "espressione di un privilegio generale dell'amministrazione di tornare unilateralmente sulle decisioni (…) che enfatizza la flessibilità dell'atto amministrativo, nel presupposto che esso debba essere sempre adattato alle mutevoli esigenze dell'interesse pubblico ed aderente al principio di le-

---

[8] Cons. Stato, commissione speciale, parere 30 marzo 2016, n. 839, reso sullo schema di decreto s.c.i.a., § 8.2: "Considerata la natura dichiaratamente non provvedimentale della SCIA, occorre comprendere come possa innestarsi ad essa un meccanismo (quello dell'autotutela) originariamente sorto per disciplinare l'annullamento d'ufficio di un precedente provvedimento. Ad avviso della Commissione Speciale, il nuovo sistema introdotto dalla legge n. 124 prevede un «ruolo espansivo» dei princìpi contenuti nel riformato art. 21 *nonies* della legge n. 241. Tale norma viene infatti richiamata nel meccanismo della SCIA di cui all'art. 19 con una funzione innovativa, che non può più definirsi di 'autotutela' in senso tecnico, poiché l'autotutela costituisce un provvedimento di secondo grado ed esso appare impossibile nel caso di specie, dove il provvedimento iniziale manca del tutto. L'art. 21 *nonies* detta piuttosto, per la SCIA, la «disciplina di riferimento» per l'esercizio del potere ex post dell'amministrazione: un potere inibitorio, repressivo o conformativo da esercitarsi solo «in presenza delle condizioni previste dall'art. 21 *nonies*» (…). Ciò sembra trovare riscontro anche nella lettera del comma 4 dell'art. 19, che nella nuova versione non fa più riferimento a «provvedimenti di autotutela», bensì ai «provvedimenti previsti dal comma 3» (ovvero agli interventi inibitori, repressivi o confermativi): il richiamo al 21 *nonies* è operato per rimandare a «le condizioni previste» in quella sede, a conferma che si tratta di una disciplina generale di riferimento, non della combinazione di due modelli tra loro incompatibili".

[9] Cons. St., sez. III, 6 dicembre 2019, n. 8348 che richiama Cons. St., sez. IV, 21 agosto 2012 n. 4583. Cfr. anche Cons. St., sez. III, 17 febbraio 2020, n. 1199.

[10] Sez. IV, 24 ottobre 2022, n. 9045, con espresso richiamo a id., sez. IV, 16 novembre 2020, n. 7052; id., sez. III, 29 aprile 2019, n. 2768; id., sez. V, 18 marzo 2019, n. 1733; id., sez. V, 10 aprile 2018, n. 2171; id., sez. IV, 21 agosto 2012, n. 4583. Cfr., inoltre, Cons. St., sez. III, 29 aprile 2019, n. 2768; sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1450; 22 settembre 2014, n. 4727.

galità dell'azione amministrativa"[11]. Tuttavia, la disposizione aveva l'innegabile merito di precisare che l'annullamento si sarebbe potuto pronunciare solo in presenza di ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

È con le modifiche introdotte dalla l. n. 124/2015 che l'autotutela decisoria appare ancorata al principio di legalità e non più un'implicita espressione dell'immanenza ed inesauribilità del potere di amministrazione attiva derivanti dalla necessità di garantire la continua corrispondenza dell'attività amministrativa al pubblico interesse[12].

L'introduzione del termine di diciotto mesi (oggi dodici) per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio era stata salutata come "un nuovo paradigma nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni: nel quadro di una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e della certezza giuridica, il legislatore del 2015 ha 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, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati"[13].

Per scongiurare il rischio che a seguito della limitazione del potere di annullamento d'ufficio potessero consolidarsi posizioni di vantaggio ottenute in maniera fraudolenta, fu introdotto il già richiamato comma 2 *bis* dell'art. 21 *nonies*, che esclude l'applicabilità del termine decadenziale per l'esercizio del potere rispetto a "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".

Anche il potere di intervento tardivo sulla s.c.i.a. appare mutato per effetto della l. n. 124/2015. L'art. 19, comma 4, infatti nel rinviare alle "condizioni" previste dall'art. 21 *nonies*, supera la contraddittorietà delle preesistenti ricostruzioni dell'istituto quale forma di annullamento amministrativo di un atto privato[14]. Siamo cioè innanzi ad un provvedimento attraverso il quale, ricorrendo i presupposti per l'applicazione dell'art. 21 *nonies*, l'Amministrazione non interviene ad annullare d'ufficio la segnalazione, ma esercita un potere inibitorio "supplementare" che consente di rimuove gli effetti prodotti dalla s.c.i.a. e dal mancato esercizio del potere inibitorio in via ordinaria.

Dopo la legge Madia, dunque, il limite dei diciotto (poi dodici) mesi finisce per applicarsi anche al provvedimento di rimozione degli effetti della s.c.i.a., entro i limiti

[11] F. Francario, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, n. 8/2017, 15-16. Sul punto, cfr. inoltre, Id., *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *Federalismi.it*, n. 20/2015.

[12] Cfr. F. Francario, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, cit., 30, per il quale le diverse norme in materia di autotutela decisoria, oggi contenute nella legge n. 241/1990, non sono "meramente dichiarative di un principio generale immanente nell'ordinamento, ma costitutive di un potere eccezionalmente attribuito alla pubblica Amministrazione e che dipende, pertanto, nella sua concreta configurazione, dai modi e termini in cui è plasmato dalla legge".

[13] Cons. Stato, parere 30 marzo 2016, n. 839 cit. Per la tesi secondo la quale l'art. 21 *nonies*, l. n. 241/1990, nella parte in cui prevede il termine di dodici mesi dall'emanazione del provvedimento come limite massimo per l'esercizio dell'autotutela (in riferimento ai soli provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici), avrebbe introdotto non già una norma d'azione con la quale disciplina l'esercizio del potere, ma una norma di relazione, idonea a tracciare quella linea di demarcazione che il potere pubblico non può oltrepassare senza ledere la sfera dei diritti del cittadino, sia consentito il rinvio a P. Otranto, *Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in *Federalismi.it*, n. 14/2020, 235 ss.

[14] M.A. Sandulli, *Edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 206.

delineati con riferimento ai "provvedimenti" conseguiti sulla base di condotte fraudolente "accertate con sentenza passata in giudicato".

Come si è già ricordato, di contro, *ante* riforma non solo mancava un termine inderogabile per l'esercizio dell'autotutela – valendo unicamente il limite del "termine ragionevole" –, ma l'Amministrazione poteva intervenire "in ogni tempo" in ipotesi di "dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci", e ciò senza che assumesse alcun rilievo l'accertamento di tale presupposto per effetto di un giudicato penale.

L'entrata in vigore della l. n. 124/2015 avrebbe dunque dovuto segnare uno spartiacque tra due regimi giuridici.

In particolare, proprio in virtù del ricordato principio generale del *tempus regit actum* (ed in assenza di una norma transitoria), ai provvedimenti adottati dopo il 28 agosto 2015 si sarebbe dovuta applicare la nuova disciplina, più attenta ad offrire tutela alle esigenze di certezza giuridica ed all'affidamento dei soggetti beneficiati dal provvedimento di primo grado asseritamente illegittimo[15].

3.1. Segue: oscillazioni giurisprudenziali tra "termine ragionevole" e "termine di diciotto mesi".

L'interpretazione della giurisprudenza, specie con riguardo all'operatività del termine di diciotto mesi, tuttavia, non è stata univoca.

Secondo un indirizzo rimasto minoritario, il termine perentorio avrebbe trovato applicazione per i provvedimenti di secondo grado adottati dopo l'entrata in vigore della riforma e decorsi diciotto mesi dal provvedimento ritenuto illegittimo[16].

Altri orientamenti hanno cercato di attenuare – ove non di *neutralizzare* – l'impatto innovativo della riforma.

Si è così affermato che la nuova disciplina dell'art. 21 *nonies* sarebbe applicabile solo ai provvedimenti di annullamento di atti (di "primo grado") emanati dopo l'entrata in vigore della riforma[17]. Secondo un altro indirizzo giurisprudenziale in riferimento ai provvedimenti di annullamento adottati dopo il 28 agosto 2015 – ma con riguardo ad atti di primo grado adottati *ante riforma* – il termine di diciotto mesi decorrerebbe non dalla data di adozione del provvedimento originario, ma dal 28 agosto 2015[18] (e spirerebbe, dunque, in ogni caso il 28 febbraio 2017)[19]; in tale ipotesi, tuttavia, sarebbe comunque salva l'operatività del *termine ragionevole* già previsto dall'originaria versione dell'articolo 21 *nonies*del-

[15] Sul problema del diritto applicabile a seguito della riforma e sui primi orientamenti giurisprudenziali, cfr. G. Strazza, *La* s.c.i.a. nei decreti attuativi della *"*riforma Madia*"*, 82.

[16] Cfr., ad esempio, T.a.r. Puglia, Bari, sez. III, 17 marzo 2016, n. 351.

[17] T.a.r. Campania, Napoli, sez. II, 8 settembre 2016, n. 4193; id., 30 gennaio 2017, n. 614; T.a.r. Basilicata, sez. I, 16 marzo 2017, n. 199.

[18] *Ex multis*, Cons. St., *sez. V, 19 gennaio 2017, n. 250; sez. VI, 13 luglio 2017, n. 3462;* sez. VI, 14 ottobre 2019, n. 6975; id.

[20] marzo 2020, n. 1987; sez. VI, 15 giugno 2020, n. 3787.

[19] "Se per un verso il termine dei diciotto mesi previsto dal nuovo art. 21 *nonies* non può applicarsi in via retroattiva, nel senso di computare anche il tempo decorso anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 124 del 2015 – atteso che tale esegesi, oltre a porsi in contrasto con il generale principio di irretroattività della legge (art. 11 preleggi), finirebbe per limitare in maniera eccessiva ed irragionevole l'esercizio del potere di autotutela amministrativa – per un altro verso, rispetto a un titolo anteriore all'attuale versione dell'art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990, il termine dei diciotto mesi non può che cominciare a decorrere dalla data di entrata in vigore della nuova disposizione". In tal senso, tra le tante, Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2020, n. 3787.

la legge n. 241/1990 sicché – allorquando i diciotto mesi non possano considerarsi ancora decorsi – "la novella non può non valere come prezioso indice ermeneutico ai fini dello scrutinio dell'osservanza della regola di condotta in questione"[20].

D'altro canto, finanche con riferimento alla legittimità di provvedimenti di annullamento d'ufficio adottati prima della riforma del 2015, la giurisprudenza aveva osservato che la disposizione novellata – pur non applicabile *ratione temporis* – nella parte in cui fissava il termine dei diciotto mesi dovesse comunque valere come indice ermeneutico ai fini della valutazione sulla ragionevolezza del termine[21].

Ciò significa che per i provvedimenti di annullamento d'ufficio adottati dopo il 28 agosto 2015 – dunque assoggettati ad uno *ius superveniens* che è comunque espressione di una diversa valutazione degli interessi pubblici operata dal legislatore – ed anche prendendo atto degli orientamenti giurisprudenziali su richiamati, il potere di annullamento d'ufficio si consumerebbe solo dopo diciotto (oggi dodici) mesi che decorrono: a) dal 28 agosto 2015 se il provvedimento di primo grado è anteriore a tale data; b) dalla data di adozione del provvedimento di primo grado (se successiva al 28 agosto 2015).

Nell'ipotesi appena richiamata *sub* a), il provvedimento di annullamento d'ufficio ancorché adottato prima dello spirare dei diciotto (o dodici) mesi potrebbe comunque risultare illegittimo qualora, per le circostanze concrete, il termine complessivamente decorso dal provvedimento annullato appaia non "ragionevole"[22].

3.2. Incertezze lessicali e temporali: il c.d. "annullamento della s.c.i.a." e la irrilevanza delle riforme sulla ragionevolezza del termine in taluni approdi giurisprudenziali.

In materia di s.c.i.a. la giurisprudenza continua a considerare impropriamente l'atto adottato ai sensi dell'art. 19, comma 4, (e dunque "in presenza delle condizioni previste dall'art. 21 *nonies*"), quale espressione del potere di autotutela e non, come ormai dovrebbe risultare definitivamente chiaro, quale manifestazione di un potere inibito-

[20] Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2020, n. 1987.

[21] *Ex multis*, Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2020, n. 1987, con ulteriori riferimenti giurisprudenziali. Sulla ragionevolezza del termine, da valutare anche alla luce della norma che individua in talune ipotesi il temine fisso di diciotto mesi, cfr. Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5625 ove si osserva che "pur se tale norma non è applicabile *ratione temporis*, in ogni caso, rileva ai fini interpretativi e ricostruttivi del sistema degli interessi rilevanti". Secondo Cons. St., sez. VI, 18 novembre 2022, n. 10186, "anche in relazione alla ragionevolezza del termine trascorso dal rilascio del titolo, se il termine di diciotto mesi è applicabile solo per i provvedimenti adottati successivamente alla entrata in vigore della l. 124/2015 (avutasi in data 28 agosto 2015) in considerazione della natura innovativa (e non interpretativa) della disposizione, con conseguente inapplicabilità ratione temporis nel caso di specie, resta salva l'operatività del «termine ragionevole», secondo la formulazione del testo previsto dall'originaria versione del citato art. 21-nonies, con la conseguenza che la novella non può non valere come prezioso indice ermeneutico ai fini dello scrutinio dell'osservanza della regola di condotta in questione (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI , 08/09/2020, n. 5410); ragionevolezza assente nel caso di specie, laddove l'atto di ritiro risulta adottato dieci anni dopo il titolo annullato".

[22] Ad esempio, in Cons. St., sez. VI, 13 luglio 2017, n. 3462, il giudice era chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di un provvedimento di annullamento d'ufficio adottato dopo l'entrata in vigore della l. n. 124/2014 ma comunque prima del 28 febbraio 2017 (diciotto mesi dall'entrata in vigore della riforma). Il provvedimento impugnato disponeva l'annullamento di atti di primo grado adottati alcuni anni prima ed il collegio ne ha dichiarato l'illegittimità non già per violazione del termine decadenziale di diciotto mesi (che non risultava ancora decorso), ma perché era stato emanato dopo oltre tre anni, termine ritenuto non ragionevole.

rio, repressivo o conformativo postumo o "supplementare".

È evidente che il richiamo alla nozione di "autotutela" (ovviamente inammissibile, da un punto di vista logico rispetto ad un atto del privato) risponde probabilmente ad esigenze di celerità nella redazione delle decisioni. Tuttavia, questa semplificazione lessicale finisce per confondere le categorie dommatiche e per creare ulteriore incertezza che non dovrebbe essere ancora alimentata a distanza di otto anni dall'entrata in vigore della l. n. 124/2015 e dopo che già nel 2016 il Consiglio di Stato si era soffermato sulla "inconfigurabilità di un'autotutela in senso tecnico" in materia di s.c.i.a.[23].

Con riguardo al perdurare di orientamenti giurisprudenziali che neutralizzano la riforma Madia è significativo, ad esempio, come i principi enunciati dalla sentenza 17 ottobre 2017, n. 8 dell'Adunanza plenaria[24], pur se dichiaratamente elaborati con riferimento al regime precedente alla l. n. 124/2015, continuino ad essere richiamati anche con riguardo a fattispecie che dovrebbero essere disciplinate dagli artt. 19, 21, 21 *nonies*, l. n. 241/1990 *post* riforma.

Balza agli occhi, tuttavia, come il richiamo ai principi enunciati in quella sede dal Consiglio di Stato valga, in una parte della giurisprudenza, quasi a sterilizzare ogni possibile "tentazione" di proporre interpretazioni differenti.

La sentenza n. 6387/2023 che qui si annota è emblematica sia quanto al reiterato riferimento alla nozione di autotutela applicata alla s.c.i.a., sia con riguardo al richiamo ad orientamenti giurisprudenziali tralatizi che – sebbene riferibili a fattispecie differenti da quelle sottoposte alla cognizione del giudice – fondano (*recte* si ritiene possano fondare) la decisione.

A tale ultimo proposito il Collegio espressamente richiama tre principi enunciati dall'Adunanza plenaria n. 8/2017:

i) il termine ragionevole per l'annullamento d'ufficio decorre solo dalla scoperta da parte dell'Amministrazione di fatti e circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro;
ii) in caso di interessi pubblici "autoevidenti" l'onere motivazionale risulta attenuato;
iii) la non veritiera prospettazione di circostanze in fatto ed in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo non fa sorgere alcun affidamento in capo al privato sicché l'annullamento potrà dirsi adeguatamente motivato richiamando la non veritiera prospettazione di parte.

Di tali principi il Consiglio di Stato afferma "la perdurante validità", anche in ossequio a taluni precedenti (sez. IV, n. 2839/2023 e n. 4374/2018).

Tuttavia, la vicenda oggetto della sentenza in commento è relativa ad un provvedimento inibitorio *ex* art. 19, comma 4, adottato il 3 novembre 2015 la cui legittimità, dunque, si sarebbe dovuta scrutinare alla luce della disciplina *post* riforma Madia.

---

[23] Cons. Stato, parere 30 marzo 2016, n. 839, cit., § 8.2.

[24] La sentenza è stata criticamente commentata, tra gli altri, da N. Posteraro, *Annullamento d'ufficio e motivazione* in re ipsa*: osservazioni a primissima lettura dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2017*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 1103 ss.; L. Bertonazzi, *Annullamento d'ufficio di titoli edilizi: note a margine della sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2017*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 730 ss.; G. Manfredi, *La Plenaria sull'annullamento d'ufficio del permesso di costruire: fine dell'interesse pubblico* in re ipsa?, in *Urb. e app.*, 2018, 52 ss.; C. Pagliaroli, *La "storia infinita" dell'annullamento d'ufficio dei titoli edilizi: nessun* revirement *da parte dell'Adunanza plenaria*, *Riv. giur. ed.*, 2018, 92 ss.; 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.; 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.

Sia l'Adunanza plenaria nella sentenza n. 8/2017, sia la richiamata sentenza n. 2839/2023, di contro, si riferiscono a fattispecie che – in ossequio al principio *tempus regit actum* – rientravano nella disciplina *pre* riforma[25]. Quanto poi alla sentenza n. 4374/2018, anch'essa richiamata nella decisione in commento, in quell'occasione il Consiglio di Stato, in ossequio all'orientamento già ricordato innanzi[26] ha ritenuto che la disciplina dell'art. 21 *nonies*, nella sua versione novellata dalla l. n. 124/2015[27], non fosse applicabile ad un provvedimento di annullamento d'ufficio del 2016, in quanto relativo ad un atto di primo grado adottato prima dell'entrata in vigore della legge Madia.

Nella sentenza che qui si annota, il richiamo da parte del Giudice a precedenti riferiti a fattispecie che, sotto il profilo del diritto applicabile *ratione temporis*, sono del tutto differenti rispetto a quella oggetto del ricorso, rende la decisione assolutamente non prevedibile in quanto fondata, tra l'altro, su un quadro normativo niente affatto chiaro.

Un contributo di chiarezza deriverebbe anzitutto dall'espressa individuazione del diritto applicabile al caso di specie.

Sul punto il Consiglio di Stato nella sentenza in commento ritiene che al provvedimento (di c.d. "autotutela") si applicherebbe la disciplina vigente nel momento dell'avvio del relativo procedimento.

Si legge infatti: "in ogni caso, non si ravvisa la violazione del termine ragionevole per l'esercizio dei poteri di autotutela – l'art. 21 *nonies*, comma 1, della l. n. 241/1990, nel testo vigente al momento dell'avvio del procedimento di annullamento in autotutela della d.i.a. [10 settembre 2013, n.d.a.], disponeva: «il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies* può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge» – in

[25] Sul punto, cfr. Cons. St., Ad. plen., n. 8/2017 ove si precisa: "Va in primo luogo osservato che la vicenda per cui è causa resta pacificamente governata dalle disposizioni in tema di annullamento d'ufficio di cui all'articolo 21-*nonies* della l. 241 del 1990 nell'originario testo introdotto dall'articolo 14 della l. 15 del 2005. Non rilevano, quindi, ai fini della presente decisione, le modifiche apportate al medesimo art. 21-*nonies* dall'articolo 6 della l. n. 124 del 2015. Tale disposizione non provvede che per il futuro, sicché dalla stessa non possono essere tratti elementi o spunti interpretativi ai fini della soluzione di questioni ricadenti sotto la disciplina del previgente quadro normativo". Cons. St., sez. IV, 21 marzo 2023, n. 2839, è relativa alla legittimità dell'annullamento d'ufficio intervenuto nel 2009, rispetto ad un titolo edilizio del 2006: "con riferimento alla parametrazione temporale in termini di ragionevolezza in relazione alla disposizione dell'art. 21-*nonies*, comma 1, nel testo applicabile *ratione temporis*, è evidente che il termine ragionevole può decorrere soltanto dal momento in cui l'amministrazione abbia effettiva contezza del vizio invalidante, come puntualizzato dalla nota sentenza dell'Adunanza plenaria n. 8 del 17 ottobre 2017".

[26] V. *supra*, nota 17.

[27] Cons. St., sez. IV, 18 luglio 2018, n. 4374/2018, ove si legge "nel caso di specie, deve recisamente negarsi l'applicabilità della disposizione come novellata: in tal senso è ormai consolidato l'orientamento secondo cui, in ossequio al principio generale di ordinaria irretroattività di cui all'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile, la *novella* può trovare applicazione soltanto in relazione all'esercizio dei poteri di autotutela relativi a provvedimenti emanati dopo la sua entrata in vigore, ossia al 28 agosto 2015: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 luglio 2017, n. 3462 e Sez. III, 28 luglio 2017 n. 3780, nonché Ad Plen., 17 ottobre 2017, n. 8, specie §§ 4.9.6. e 10.5)". Si tratta di un'interpretazione seguita da una parte della giurisprudenza subito dopo l'entrata in vigore della novella, ma successivamente superata dal Consiglio di Stato proprio nelle pronunce richiamate dalla sentenza n. 4374/2018. Ed invero, in quelle sentenze il Consiglio di Stato non ha mai messo in discussione l'applicabilità della novella ai provvedimenti di secondo grado adottati dopo il 28 agosto 2015 (anche se relativi a provvedimenti di primo grado adottati *ante* riforma) ed ha affermato soltanto che "rispetto ai provvedimenti illegittimi (di primo grado) adottati anteriormente all'attuale versione dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990, il termine dei diciotto mesi non può che cominciare a decorrere dalla data di entrata in vigore della nuova disposizione"(cfr. n. 3462/2017 e n. 3780/2017).

quanto il procedimento di autotutela è stato avviato dopo pochi giorni dall'esposto dei proprietari dei fondi limitrofi [datato 8 agosto 2013, n.d.a.], che hanno denunciato una non veritiera rappresentazione nella denuncia di inizio attività dello stato di fatto effettivamente esistente"[28].

La deviazione dal principio *tempus regit actum* non potrebbe essere più evidente: il provvedimento impugnato è del 3 novembre 2015, ma il Collegio ritiene applicabile la disciplina vigente al momento dell'avvio del procedimento (2013), nonostante le significative innovazioni introdotte dapprima con d.l. n. 133/2014 e poi con la l. n. 124/2015.

Tale soluzione interpretativa è proposta (*recte* affermata e seguita) senza il supporto di alcuna argomentazione, quasi alla stregua di un'opzione volitiva del giudicante che liberamente sceglie quale diritto applicare alla fattispecie sottoposta alla sua cognizione.

Una possibile spiegazione di tale scelta, tuttavia, si rinviene proseguendo nella lettura della sentenza: secondo il Consiglio di Stato il provvedimento *ex* art. 19, comma 4, l. n. 241/1990 sarebbe comunque tempestivo nonostante sia stato adottato a distanza di oltre due anni dall'esposto dei proprietari dei fondi limitrofi; e ciò perché, alla luce dei "principi enunciati dalla Adunanza plenaria sopra richiamati, il termine ragionevole per l'adozione dell'annullamento d'ufficio decorre soltanto dalla scoperta dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro".

Discostandosi dal principio *temupus regit actum* il Collegio può così richiamare direttamente quei principi che l'Adunanza plenaria aveva enunciato facendo esplicito riferimento alla disciplina *ante* riforma.

Ma anche di tali principi offre una lettura in parte innovativa.

3.3. Spostando *dies a quo* e *dies ad quem*: quando il solo avvio del procedimento rende "ragionevole" il termine per l'esercizio del potere.

Con la sentenza n. 8/2017, l'Adunanza plenaria aveva chiarito che "la nozione di *ragionevolezza* del termine è strettamente connessa a quella di *esigibilità* in capo all'amministrazione, ragione per cui è del tutto congruo che il termine in questione (nella sua dimensione 'ragionevole') decorra soltanto dal momento in cui l'amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto".

Nel caso di specie, quindi, il *dies a quo* per il computo del termine ragionevole si sarebbe potuto individuare nella data in cui il Comune, a seguito dell'esposto dei vicini, aveva avuto notizie del presunto abuso (3 agosto 2013).

Certamente a partire da tale data diviene "esigibile" una condotta attiva dell'Amministrazione volta all'esercizio del potere (inibitorio postumo) entro un termine ragionevole. L'Adunanza plenaria, tra l'altro, aveva precisato che "in particolare, in caso di titoli abilitativi rilasciati sulla base di dichiarazioni oggettivamente non veritiere (e a prescindere dagli eventuali risvolti di ordine penale), laddove la fallace prospettazione abbia sortito un effetto rilevante ai fini del rilascio del titolo, è *parimenti congruo che il termine ragionevole decorra solo dal momento in cui l'amministrazione ha appreso della richiamata non veridicità*".

Se nell'interpretazione "creativa" dell'Adunanza plenaria il *dies a quo*, ai fini del

[28] Cfr. il § 7.5 della sentenza in commento.

calcolo del termine ragionevole è quello in cui diviene esigibile la condotta attiva dell'Amministrazione, per lo meno quanto al *dies ad quem* non sembrava potersi dubitare della necessità di guardare alla data di adozione del provvedimento di annullamento.

Nel caso di specie tra la denuncia dei vicini (8 agosto 2013) e il provvedimento espressione del potere inibitorio *ex post* (3 novembre 2015) era decorso un termine di quasi ventisette mesi ed è rispetto a questo che, a tutto voler concedere, si sarebbe dovuta valutare la ragionevolezza[29].

È indubbio che il Consiglio di Stato avrebbe dovuto scrutinare la legittimità del provvedimento del 3 novembre 2015 applicando la disciplina successiva alla riforma Madia. Dunque, ai sensi dell'art. 19, comma 4, l. n. 241/1990 (vigente *ratione temporis*) il Comune avrebbe dovuto provvedere entro diciotto mesi decorrenti dalla presentazione della s.c.i.a. o, secondo altra interpretazione, dalla scadenza del termine per l'esercizio in via ordinaria dei poteri inibitori[30].

Nel caso di specie la prima d.i.a. era stata presentata nel febbraio 2010 ed era stata successivamente integrata nel 2012 e nel luglio 2013, pur se con riferimento a profili diversi da quelli poi contestati.

Pertanto, a stretto rigore, è dal febbraio 2010 (o, al più, dal luglio 2013) che si sarebbe dovuta valutare la decorrenza del termine di diciotto mesi. Ed in effetti il giudice di primo grado aveva ritenuto illegittimo il provvedimento osservando come rispetto alla prima d.i.a. "ai cui grafici e relazione si fa riferimento per sostenere la falsa rappresentazione della volumetria pre-esistente, il potere di 'autotutela' è intervenuto ad oltre cinque anni" e che "l'asserita difformità tra la consistenza planovolumetrica del deposito come dichiarata e come esistente prima della demolizione avrebbe dovuto e potuto essere verificata dal Comune prima dello spirare dei trenta giorni dalla presentazione della d.i.a., essendo in suo possesso la relazione del tecnico di parte (corredata da allegati grafici e planimetria catastale) ed essendo all'epoca ancora esistente il deposito, poi demolito per effetto dell'intervento. Il decorso di un sì considerevole lasso temporale non trova dunque alcuna giustificazione".

Ma anche accedendo alla già ricordata interpretazione "creativa" che fissa il *dies a quo* nella data di entrata in vigore della riforma Madia[31], non può trascurarsi come quella stessa giurisprudenza ritenga che la ragionevolezza del termine debba essere scrutinata anche avendo riguardo al decorso dei diciotto mesi.

In ogni caso, quindi, l'esercizio nel novembre 2015 del potere inibitorio postumo sarebbe risultato irragionevole sia rispetto alla data di presentazione della d.i.a. (2010), sia rispetto alla data della denuncia delle presunte irregolarità da parte dei vicini (8 agosto 2013).

[29] Sulla ragionevolezza del termine, da valutare anche alla luce della norma che individua in talune ipotesi il temine fisso di diciotto mesi, cfr. Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5625 ove si osserva che "pur se tale norma non è applicabile *ratione temporis*, in ogni caso, rileva ai fini interpretativi e ricostruttivi del sistema degli interessi rilevanti".

[30] Cfr. l'art. 2, comma 4, d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222, che, nel chiarire una questione interpretativa affrontata dalla giurisprudenza e dalla dottrina, ha precisato che "nei casi del regime amministrativo della Scia, il termine di diciotto mesi di cui all'articolo 21 *nonies*, comma 1, della legge n. 241 del 1990, decorre dalla data di scadenza del termine previsto dalla legge per l'esercizio del potere ordinario di verifica da parte dell'amministrazione competente".

[31] Cfr. *supra* nota 18.

Ciò anche in considerazione della condotta serbata dalla segnalante che: aveva partecipato al procedimento con proprie memorie e documenti fornendo un principio di prova sulla insussistenza della irregolarità contestata; prima dell'avvio del procedimento *ex* art. 19, comma 4, l. n. 241/1990 aveva demolito il piccolo manufatto oggetto di contestazione ed aveva già ultimato il rustico della nuova costruzione[32]; aveva addirittura sollecitato la conclusione del procedimento con provvedimento espresso.

Il Consiglio di Stato, invece, nella sentenza in commento non solo fa riferimento alla disciplina *ante* riforma, ma valuta la ragionevolezza del termine con riguardo al tempo intercorso tra ricezione della denuncia e avvio del procedimento di "autotutela", così palesemente discostandosi dalla lettera (e dallo spirito) della legge.

Non può che destare perplessità, dunque, il passaggio in cui si afferma che "secondo i principi enunciati dalla Adunanza plenaria sopra richiamati, il termine ragionevole per l'adozione dell'annullamento d'ufficio decorre soltanto dalla scoperta dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro. Nel caso di specie, dopo pochi giorni dalla presentazione dell'esposto da parte dei proprietari dei terreni confinanti, *la amministrazione comunale ha dato avvio al procedimento di annullamento in autotutela della d.i.a.*".

È evidente a questo punto che se non si compie uno sforzo almeno per individuare in modo puntuale le questioni di fatto volta a volta affrontate (ed il diritto applicabile *ratione temporis*) e si ammette che il *dies ad quem* sia quello dell'avvio del procedimento inibitorio postumo, il parametro della ragionevolezza del termine – già di per sé indeterminato ed elastico – finisce per essere privo di qualsiasi capacità ordinante del sistema.

Così facendo, tuttavia, si schiude (ancora una volta) lo spazio ad interpretazioni creative che in nome di una concezione del potere di autotutela che le più recenti riforme intendevano superare, continuano a sacrificare l'interesse del privato alla tutela dell'affidamento e l'interesse generale alla certezza giuridica.

4. Falsa rappresentazione dei fatti ed esercizio del potere inibitorio postumo.

Nel caso che ci occupa il Comune aveva esercitato il proprio potere inibitorio postumo (art. 19, comma 4, l. n. 241/1990) rispetto ai lavori oggetto di s.c.i.a., sulla base del rilievo per il quale la dichiarata consistenza plano-volumetrica del piccolo locale deposito non sarebbe stata conforme all'esistente[33].

Come abbiamo ricordato, nella sentenza in commento il Consiglio di Stato ha espressamente richiamato il principio enunciato dall'Adunanza plenaria n. 8/2017 ed in forza del quale "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

[32] Si veda il §7.3 della sentenza di primo grado.

[33] Secondo il provvedimento impugnato, infatti, "la precedente struttura del locale deposito risultava in pietra a secco e il successivo ampliamento (di cui non consta un titolo edilizio, neppure richiamati dalla parte) risulta eseguito con parametri murari recenti" sicché costituiva "legittimo motivo di annullamento della d.i.a. di che trattasi *la non veritiera rappresentazione delle consistenze plano-volumetriche del locale deposito*".

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".

Nell'argomentare del Consiglio di Stato, il richiamo al precedente dell'Adunanza plenaria vale a fondare la decisione anche nel caso di specie, come se al provvedimento in questione non si applicasse la (diversa) disciplina introdotta con la riforma Madia.

Come se, in particolare, la legittimità del provvedimento andasse scrutinata alla luce della disciplina vigente prima della l. n. 124/2015 ed in forza della quale in caso di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci il potere inibitorio postumo sulla s.c.i.a. poteva essere esercitato anche oltre il "termine ragionevole" ed indipendentemente dal giudicato penale[34].

Ma, come si è già avuto modo di osservare, nella sua attuale formulazione l'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*, prevede che "i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di 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"[35].

Tuttavia, per il Consiglio di Stato in presenza di una non veritiera rappresentazione della realtà, il "potere di annullamento in autotutela (…) non può essere paralizzato dalla mancanza di un giudicato penale, rilevante per il solo caso (non ricorrente nella fattispecie in esame) di dichiarazioni sostitutive o atti di notorietà mendaci o falsi".

Tale affermazione riecheggia gli insegnamenti di quella giurisprudenza che attraverso un'articolata esegesi dell'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*, ha affermato che l'inciso "per effetto di condotte costituenti reato accertate con sentenza passata in giudicato" debba riferirsi esclusivamente al mendacio nelle dichiarazioni sostitutive e non anche alle "false rappresentazioni dei fatti"[36]. Secondo tale impostazione, oggetto di severa critica da parte della dottrina, finanche presunte inesattezze commesse dal privato nella descrizione o nella qualificazione tecnico-giuridica della fattispecie (pur se chiaramente riconducibili a meri errori di valutazione)

[34] Cfr., in particolare, l'art. 19, comma 3, l. n. 241/1990 nel testo introdotto dall'art. 49, comma 4 *bis*, d.l. 31 maggio 2010, n. 78 s.m.i.

[35] Sulle difficoltà di coordinamento della disciplina del 21 *nonies* comma 2 *bis* con la disciplina dell'art. 21, comma 1, per non impegnare vanamente il lettore si rinvia a M.A. Sandulli, *Edilizia*, cit., 2022, 212-213.

[36] Secondo un orientamento consolidato a partire da Cons. St., sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940 il superamento del termine decadenziale è consentito "a) sia nel caso in cui la falsa attestazione, inerente ai 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 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 dell'iniziativa rimotiva – si dovrà esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco". Sulla sentenza si vedano le considerazioni di M.A. Sandulli, *Autoannullamento dei provvedimenti ampliativi e falsa rappresentazione dei fatti: è superabile il termine di 18 mesi a prescindere dal giudicato penale?*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 687 ss.

giustificherebbero l'esercizio del potere *ex* art. 21 *nonies* oltre il termine decadenziale.

Ma perfino questa giurisprudenza – attenta più alla legalità del titolo che alla tutela dell'affidamento del cittadino ed alle esigenze di certezza giuridica – aveva individuato alcuni limiti all'annullamento "tardivo" del provvedimento frutto di false rappresentazioni dei fatti. Infatti, il necessario dolo (cui è equiparata la colpa grave) dell'agente e la sussistenza di uno "specifico e pregnante" nesso causale (tra condotta della parte e conseguimento del beneficio) avrebbero dovuto connotare la fattispecie concreta, sicché attraverso il limite della ragionevolezza del termine, si rimetteva all'Amministrazione il compito di "apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco"[37].

Occorre infatti certamente garantire che gli istituti di (presunta) semplificazione o liberalizzazione dei titoli abilitativi non divengano un pericoloso strumento a disposizione di privati che *consapevolmente*forniscano una rappresentazione dei fatti *oggettivamente* falsa dando luogo così ad una situazione nella quale non può invocarsi alcuna tutela dell'affidamento; e ciò perché, semplicemente, non vi è alcun affidamento. Al contempo, tuttavia, si deve prendere atto della scelta del legislatore, chiaramente orientata verso l'intento di accrescere la fiducia degli operatori economici e la certezza giuridica, sicché la nozione di "falsa rappresentazione dei fatti" non può estendersi sino a ricomprendervi l'errore incolpevole o una certa interpretazione delle norme giuridiche e tecniche di riferimento che la p.A. (ovviamente *ex post*!) ritenesse non condivisibile[38].

Di contro, si assiste sovente ad interpretazioni che tendono ad allargare i confini della "falsa rappresentazione dei fatti" (e, dunque, dell'esercizio del potere caducatorio *ex post* oltre il termine ragionevole) sino a ricomprendervi – sotto il profilo oggettivo – anche l'ipotesi dell'errata ricostruzione delle norme giuridiche e tecniche di riferimento[39] e, sotto il profilo soggettivo,

[37] Di recente Cons. St., sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415, riferendosi alla nozione di "autotutela doverosa parziale", ha affermato che l'accertamento irrevocabile operato in sede penale in ordine al falso fa sorgere in capo all'Amministrazione l'obbligo di avviare il procedimento di annullamento d'ufficio, ma non anche l'obbligo di provvedere sempre e comunque all'annullamento.

[38] M.A. Sandulli, *Edilizia*, cit., 211, osserva: "appare dunque evidentemente più coerente e corretto, in via principale, leggere la falsa rappresentazione della realtà come un'endiadi della dichiarazione falsa o mendace, richiedendo quindi per entrambe la copertura del giudicato penale e, in via subordinata, delimitarne la portata alle rappresentazioni di dati strettamente fattuali (es. dimensioni del manufatto, distanze, ecc.) non legati ad alcun elemento valutativo e comunque diversi da quelli attestati nella dichiarazione, che, per il tipo di responsabilità che implica, deve essere sempre presunta come veritiera fino ad accertamento definitivo del giudice penale". L'A. ricorda, peraltro, che il Consiglio di Stato, nei propri pareri sui decreti s.c.i.a. 1 (Cons. St., Comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839, § 8.3) e s.c.i.a. 2 (Cons. St., Comm. spec., parere 4 agosto 2016, n. 1784, § 1.3.1) aveva suggerito una riscrittura della norma che prevedesse "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".

[39] Secondo Cons. St., sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2207, la lettura costituzionalmente orientata (artt. 3 e 97 Cost.) dell'art. 21 *nonies*, comma 1, l. 241/1990, conduce a ritenere "il limite temporale dei 18 mesi, introdotto nel 2015, in ossequio al principio del legittimo affidamento con riguardo alla posizione di colui che ha ottenuto un provvedimento autorizzatorio o di attribuzione di vantaggi economici, è dedicato dal legislatore e, quindi, trova applicazione, solo se il comportamento della parte interessata, nel corso del procedimento o successivamente all'adozione dell'atto, non abbia indotto in errore l'amministrazione distorcendo la realtà fattuale oppure determinando una non veritiera percezione della realtà o della sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge e se grazie a tale comportamento l'amministrazione si sia erroneamente determinata (a suo tempo) a rilasciare il provvedimento favorevole. Nel caso contrario, non potendo l'ordinamento tollerare lo sviamento del pubblico interesse imputabile alla prospettazione della parte interessata, non può trovare applicazione il limite temporale di 18 mesi oltre il quale è impedita la rimozione dell'atto ampliativo della sfera giuridica del destinatario". Su questa pronunzia si vedano le annotazioni

qualsiasi condotta del dichiarante, indipendentemente dall'elemento psicologico[40].

Particolarmente delicato è l'accertamento dell'elemento psicologico affidato in prima battuta all'Amministrazione e, in un secondo momento, (eventualmente) al giudice[41].

Infatti, se si prescinde dal dolo – che pare dover connotare intrinsecamente la *falsa* dichiarazione – si legittima l'esercizio dell'autotutela in qualsiasi caso di errore attribuibile al segnalante nella ricostruzione del quadro normativo (e tecnico), anche con riguardo a circostanze che presentano un certo grado di opinabilità.

L'Adunanza plenaria, tuttavia, a proposito della nozione di "dichiarazione non veritiera" rilevante ai fini espulsivi nell'ambito dei contratti pubblici (art. 80, comma 5, lett. f *bis*, d.lgs. n. 50/2016) ha affermato che la falsità di una dichiarazione è "predicabile rispetto ad un «*dato di realtà*», ovvero ad una «*situazione fattuale per la quale possa alternativamente porsi l'alternativa logica vero/falso*», rispetto alla quale valutare la dichiarazione resa dall'operatore economico", ma non in riferimento a profili suscettibili di interpretazione e, dunque, opinabili[42].

I profili oggettivi e soggettivi relativi alla nozione di falso, a ben vedere, non paiono facilmente scindibili ove si rammenti che, secondo una parte della giurisprudenza "il concetto di «falso», nell'ordinamento vigente, si desume dal codice penale, nel senso di attività o dichiarazione consapevolmente rivolta a fornire una rappresentazione non veritiera. Dunque, il falso non può

di V. Sordi, *La concessione della Certosa di Trisulti al Dignitatis Humanae Institute. Autotutela e "anestetizzazione" del termine per provvedere*, in *Giustiziainsieme.it*, 21 maggio 2021.

[40] Sul tema si rinvia, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, allo studio di M.A. Sandulli, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio (art. 18 l. n. 241 del 1990 s.m.i. e d.P.R. n. 445 del 2000 s.m.i.)*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., 253 ss. In senso critico, cfr. anche E. Zampetti, *Osservazioni a margine della Plenaria n. 8 del 2017 in materia di motivazione nell'annullamento d'ufficio*, cit., 411-412, il quale osserva: "se infatti ci sono casi in cui l'erronea rappresentazione è certamente imputabile a negligenza e malafede del privato, ve ne sono altri in cui essa può dipendere da un'incertezza interpretativa della normativa o da fattori che rendono oggettivamente difficile rappresentare la situazione di fatto. Si pensi all'ipotesi in cui la vetustà dell'immobile e l'assenza di precedenti misurazioni renda oggettivamente incerta l'esatta quotazione delle altezze (…). In questi casi un'ipotetica erronea rappresentazione non può essere ascritta a malafede o negligenza, proprio in quanto strettamente connessa alla situazione d'incertezza che caratterizza il contenuto della dichiarazione. Sul piano generale se ne deduce che una situazione di affidamento può ritenersi sussistente anche in presenza di rappresentazioni non veritiere, poiché ciò che in ipotesi esclude l'affidamento non è la falsa dichiarazione in sé ma il dolo o la colpa che eventualmente l'assista".

[41] Cfr. M.A. Sandulli, *Autoannullamento dei provvedimenti ampliativi e falsa rappresentazione dei fatti: è superabile il termine di 18 mesi a prescindere dal giudicato penale?*, cit., secondo la quale spetta al g.a. "l'arduo e delicato compito di accertare la ricorrenza dell'elemento soggettivo, per il quale dovrà però fare corretta applicazione dei principi penalistici in tema di onere della prova, chiarezza e univocità della situazione rappresentata, *favor rei*, ecc.".

[42] Cons. St., Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16: "è risalente l'insegnamento filosofico secondo cui vero e falso non sono nelle cose ma nel pensiero e nondimeno dipendono dal rapporto di quest'ultimo con la realtà. In tanto una dichiarazione che esprima tale pensiero può dunque essere ritenuta falsa in quanto la realtà cui essa si riferisce sia *in rerum natura*". Da questa premessa l'Adunanza plenaria fa discendere la non rilevanza ai fini espulsivi (almeno in relazione all'ipotesi delineata *ex* art. 80, comma 5, lett. f *bis*) di una dichiarazione in relazione alla quale la presunta non veridicità sarebbe derivata non già da un contrasto dei fatti ivi esposti rispetto alla realtà materiale, ma dall'interpretazione di una norma giuridica. Si trattava, in particolare, di una dichiarazione concernente il possesso (effettivamente sussistente) di un certo volume d'affari da parte di un soggetto che era stato tuttavia estromesso dal Consorzio stabile indicato quale proprio ausiliario dall'operatore economico escluso dalla gara. La sentenza è stata annotata, tra gli altri, da C. Napolitano, *La dichiarazione falsa, omessa o reticente secondo l'Adunanza plenaria (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16)*, in *Giustiziainsieme.it*, 8 ottobre 2020, nonché da G.A. Giuffrè – 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, 1343 ss.

essere meramente colposo, ma *deve essere doloso*"[43].

4.1. Non veritiera rappresentazione dei fatti, falsità ed onere della prova.

Nel caso di specie il Comune aveva esercitato i poteri inibitori *ex post* osservando che "la consistenza plano volumetrica del locale deposito dichiarato nei relativi grafici come costruita ante 1942 e così nella perizia giurata (…) alla stessa allegata non è quella realmente esistente in quanto la precedente struttura del locale deposito risultava in pietra a secco e il successivo ampliamento (di cui non consta un titolo edilizio, neppure richiamati dalla parte) risulta eseguito con parametri murari recenti".

La rappresentazione dello stato dei luoghi offerta in sede di d.i.a. dal denunciante viene per ciò solo considerata "non veritiera" e, quindi, idonea a fondare la legittimità del provvedimento impugnato indipendentemente dalla ragionevolezza del termine di adozione dello stesso.

Sul punto, tuttavia, il giudice di prime cure aveva correttamente osservato, da un lato, che "rispetto alla presentazione della prima d.i.a. ai cui grafici e relazione si fa riferimento per sostenere la falsa rappresentazione della volumetria pre-esistente), il potere di «autotutela» era intervenuto ad oltre 5 anni di distanza" e, per altro verso, come "l'asserita difformità tra la consistenza planovolumetrica del deposito come dichiarata e come esistente prima della demolizione avrebbe dovuto e potuto essere verificata dal Comune prima dello spirare dei trenta giorni dalla presentazione della d.i.a., essendo in suo possesso la relazione del tecnico di parte (corredata da allegati grafici e planimetria catastale) ed essendo all'epoca ancora esistente il deposito, poi demolito per effetto dell'intervento". In ordine alla presunta non veridicità della consistenza plano-volumetrica denunciata dal proprietario, il T.a.r. aveva criticamente rilevato come nell'atto impugnato mancasse "a monte una puntuale «contestazione» circa la concreta difformità tra l'esistente ed il dichiarato, non comprendendosi se la difformità attenga solo alle dimensioni ovvero alla effettiva consistenza del locale (ad esempio, se fosse chiuso o meno o se sia mutata anche la sua altezza)". Così, rilevata l'assenza nel provvedimento di "una compiuta descrizione delle caratteristiche essenziali del manufatto pre-esistente" il T.a.r. ne aveva disposto l'annullamento ritenendo che il Comune non potesse "fondatamente addurre la falsità della rappresentazione quale unico presupposto legittimante per l'annullamento, considerate le foto dello stato dei luoghi prodotte da parte ricorrente (ma anche dal Comune) che comprovano (quanto meno alla stregua di "principio di prova") l'esistenza di un manufatto in epoca antecedente all'intervento".

In altri termini, secondo il giudice di primo grado, in una situazione nella quale il dichiarante aveva fornito elementi plausibili in ordine all'esistenza ed alla consistenza del manufatto, sarebbe spettato al Comune contestare puntualmente la falsa rappresentazione dei fatti. Ciò tanto più ove si consideri che proprio l'inerzia dell'Amministrazione nell'esercizio degli ordinari poteri repressivi e inibitori – nel termine di trenta giorni dalla presentazione della d.i.a. (art. 19, comma 6 *bis*, l. n. 241/1990) – aveva reso possibile la (legittima) demolizione della porzione del piccolo locale deposito contestato.

[43] Cons. St., sez. V, 12 maggio 2020, n. 2976.

Sembra, in altri termini, che la condotta del denunciante fosse complessivamente ispirata a buona fede in quanto non solo aveva preso parte al procedimento attraverso due memorie scritte, ma si era addirittura attivato – dapprima in sede procedimentale e, successivamente, proponendo un ricorso al T.a.r. *ex* art. 117 c.p.a. – affinché l'Amministrazione definisse il procedimento di c.d. "autotutela" avviato anni addietro.

Il Consiglio di Stato, di contro, non ha preso neanche in considerazione questa condotta, ma ha desunto la falsità delle dichiarazioni dalla mancata prova, da parte del denunciante, della datazione del manufatto e della sua originaria consistenza plano-volumetrica.

A sostegno della propria tesi il collegio afferma che "costituisce *ius receptum* nella giurisprudenza amministrativa il principio secondo il quale la prova delle dimensioni (consistenza) di un manufatto, la prova della esistenza o inesistenza di un rudere, la prova della data di costruzione e così via, grava su colui che attiva il procedimento di rilascio del titolo e poi agisce in giudizio, specie se si tratta di demo ricostruzione (cfr. sez. IV, n. 148 del 2022, sez. IV n. 463 del 2017, sez. VI n. 5106 del 2016)".

Ma, ancora una volta, il principio giurisprudenziale è impropriamente richiamato. Ed infatti – come si desume dalla lettura proprio di quegli stessi precedenti cui la sentenza fa riferimento – esso è enunciato in relazione a fattispecie in cui il privato invocava l'applicazione di una norma a sé favorevole, senza tuttavia riuscire a fornire la prova della sussistenza dei presupposti di fatto e conseguentemente di diritto posti a fondamento della propria pretesa[44] (art. 2967 c.c.).

Nel caso che ci occupa, di contro, è l'Amministrazione che per esercitare dopo oltre cinque anni i propri poteri inibitori e ripristinatori *ex post* avrebbe dovuto provare la sussistenza dei relativi presupposti, tra i quali rientra la non veritiera rappresentazione della realtà[45].

[44] In Cons. St., sez. IV, 10 gennaio 2022, n. 148 il ricorrente, nel contestare la quantificazione degli oneri di urbanizzazione relativi ad un permesso di costruire in un intervento di demolizione e ricostruzione, pretendeva che una parte del manufatto preesistente non fosse qualificato alla stregua di un rudere, come era avvenuto, invece, nel provvedimento impugnato. In quel caso il collegio rilevava che "al momento dell'intervento tale parte dell'edificio risultava fatiscente e i muri perimetrali diroccati coperti posticciamente, con la conseguenza che tale manufatto era sostanzialmente qualificabile come un rudere", ma soprattutto che la parte privata non aveva "fornito alcun contrario elemento concreto che possa smentire l'effettiva consistenza, sotto il profilo quantitativo-dimensionale, delle caratteristiche del preesistente manufatto collocato al piano terreno e delle attività ivi svolte". In Cons. St., sez. IV, 3 febbraio 2017, n. 463, il giudice aveva rilevato che ai fini del rilascio del provvedimento di condono edilizio ricade sul privato l'onere della prova rigorosa in ordine alla ultimazione delle opere entro il termine previsto dalla legge, sicché in assenza della prescritta prova, l'istanza di condono era stata legittimamente rigettata dall'Amministrazione. Infine, Cons. St., sez. VI, 5 dicembre 2016, n. 5106, non affronta specificamente il problema dell'onere della prova, limitandosi ad affermare che "la ristrutturazione edilizia presuppone come elemento indispensabile la preesistenza del fabbricato nella consistenza e con le caratteristiche planivolumetriche ed architettoniche proprie del manufatto che si vuole ricostruire [sicché] non è sufficiente che si dimostri che un immobile in parte poi crollato o demolito è esistente, ma è necessario che si dimostri oltre all'*an* anche il *quantum* e cioè l'esatta consistenza dell'immobile preesistente del quale si chiede la ricostruzione".

[45] In tal senso cfr., ad esempio, Cons. St., sez. VI, 18 novembre 2022, n. 10186. In quel caso l'annullamento d'ufficio era stato pronunciato dopo dieci anni dal rilascio di un permesso di costruire in sanatoria. Nonostante il lungo lasso di tempo intercorso, il provvedimento di secondo grado era stato ritenuto legittimo dal T.a.r. in quanto, anche a seguito di accertamenti della Guardia di Finanza, emergeva "un quadro indiziario comunque grave, preciso e concordante" in ordine alla non veridicità delle dichiarazioni rese dal privato. Il Consiglio di Stato ha annullato tale pronunzia osservando che nel caso di specie non potesse ritenersi "applicabile l'eccezione – presente in giurisprudenza - derivante dalla falsa rappresentazione dello stato dei luoghi intesa come base sufficiente dell'interesse pubblico alla rimozione, in

Applicando un principio giurisprudenziale enunciato in una fattispecie differente, il Consiglio di Stato finisce per sancire un'illegittima inversione dell'onere della prova, quasi che l'esercizio del potere da parte dell'Amministrazione debba considerarsi *ex se* legittimo, spettando al cittadino il compito di provare (e non solo di contestare in giudizio) l'insussistenza dei relativi presupposti.

Alle medesime critiche si presta quel passaggio della sentenza nel quale il Collegio rigetta il motivo di ricorso relativo alla carenza di motivazione richiamando il proprio "consolidato" orientamento giurisprudenziale, secondo il quale, quando un titolo abilitativo sia stato ottenuto dall'interessato in base ad una falsa o "comunque erronea rappresentazione della realtà sia consentito all'amministrazione di esercitare il proprio potere di autotutela, ritirando l'atto stesso, senza necessità di esternare alcuna particolare ragione di pubblico interesse, che, in tale ipotesi, deve ritenersi sussistente *in re ipsa* (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2019, n. 1795)".

Non si intende qui richiamare l'articolato dibattito sull'interesse pubblico *in re ipsa* in materia di autotutela innanzi a dichiarazioni false o mendaci. Piuttosto è interessante notare come nel sostenere la propria tesi il Consiglio di Stato faccia riferimento alla sentenza n. 1795/2019, relativa – questo è il fatto rilevante – ad un provvedimento di annullamento d'ufficio di una concessione edilizia adottato nel lontano 1990, quando era appena entrata in vigore la legge sul procedimento amministrativo. In quel caso i giudici avevano precisato che il provvedimento impugnato era stato adottato "in un'epoca – antecedente alla riforma della legge n. 241 del 1990 ad opera della l. n. 15 del 2005 – in cui non era stato ancora codificato il potere amministrativo di riesaminare i precedenti provvedimenti come annullamento d'ufficio" riconoscendo la sussistenza dell'interesse *in re ipsa* all'annullamento del titolo ottenuto attraverso una falsa rappresentazione della realtà.

Il riferimento ad una sentenza relativa a fattispecie assoggettata ad una disciplina totalmente differente da quella applicabile nel caso deciso dal giudice "richiamante" costituisce l'ulteriore riprova della necessità di un uso accorto e sorvegliato del "richiamo del precedente" da parte della giurisprudenza.

5. Linee ricostruttive.

È noto che il giudice rappresenta sovente l'ultimo baluardo per la tutela effettiva di interessi pubblici la cui cura troppo spesso è colpevolmente trascurata da quelle stesse Amministrazioni cui l'ordinamento affida il potere-dovere di farsene gelose custodi a beneficio della generalità dei consociati.

Tuttavia, l'innegabile rilevanza di questo ruolo di supplenza che è stato assunto dal Giudice – e che è tutt'ora vivo nell'or-

quanto la prospettazione in proposito formulata nell'informativa della Guardia di Finanza, non ha trovato corso in alcuno specifico procedimento penale (avviato per ipotesi diverse dalla dichiarazione mendace). Premesso che di per sé un tale elemento formale è insufficiente a sostenere la motivazione di un atto di tale rilevanza quale il ritiro di un titolo già rilasciato dieci anni prima, le stesse prospettazioni ivi contenute non risultano esser state considerate di alcun rilievo per avviare un processo penale, né risultano adeguatamente sviluppate dal Comune al fine di sostenere l'atto adottato. Peraltro, i meri indizi ivi tratti dal Comune, *non sono all'evidenza sufficienti al fine di sostenere l'onere della prova che, a differenza del procedimento ordinario di rilascio della sanatoria (dove l'onere probatorio incombe sul privato), fa capo unicamente all'amministrazione procedente in autotutela*. Ed a quest'ultimo riguardo l'amministrazione non ha svolto alcun approfondimento istruttorio autonomo né alcuna valutazione delle risultanze, con ciò rendendo evidente la fondatezza delle censure dedotte in termini di difetto di istruttoria e di motivazione" (corsivo aggiunto).

dinamento– non può consentire di avallare indirizzi interpretativi che, come accade in ambito edilizio, finiscono per derogare alle scelte legislative in nome di un interesse pubblico rielaborato e reinterpretato in via pretoria[46].

In particolare, in materia edilizia, il tentativo di ricondurre a sistema una disciplina resa particolarmente complessa (e confusa) dal susseguirsi delle modifiche normative – e dalle aporie generate talvolta da uno scarso coordinamento con la normativa vigente[47] – risulta ancor più arduo per effetto di orientamenti giurisprudenziali che muovono da una non condivisione della *ratio* e degli obiettivi delle riforme introdotte e finiscono per sterilizzarne gli effetti.

Inoltre, la confusione tra categorie giuridiche e una certa tendenza a richiamare orientamenti ermeneutici maturati in un quadro normativo a volte profondamente differente sembrano emergere in talune pronunzie del giudice amministrativo. È il caso, ad esempio, delle decisioni sulla operatività *ratione temporis* della "nuova" autotutela all'indomani dell'entrata in vigore della legge Madia, o di quelle che tendono ad equiparare l'errore di diritto alla falsa dichiarazione di un fatto oggettivamente verificabile[48] e, dunque, indirettamente a scaricare sul cittadino le conseguenze pregiudizievoli derivanti da un ordinamento

[46] M.A. Sandulli, *Edilizia*, cit. 2022, 209.

[47] Si pensi, in via esemplificativa, al difficile coordinamento tra la norma di cui all'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*, l. n. 241/1990 e quella di cui all'art. 75, d.P.R. n. 445/2000, secondo cui "fermo restando quanto previsto dall'articolo 76, qualora dal controllo di cui all'articolo 71 emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera". Sul punto, il Consiglio di Stato ha di recente osservato "come l'art. 21-*novies* e l'art. 75 si sovrappongono solo in parte con riferimento all'oggetto della dichiarazione. Il primo, infatti, distingue chiaramente le «*false rappresentazioni*», dizione ad ampia valenza contenutistica nella quale sicuramente rientra la descrizione dello stato dei luoghi ove si va ad inserire un intervento edilizio, dalle «dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci», ovvero quella specifica e tipica tipologia di dichiarazioni disciplinate dagli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445 del 2000, in relazione alle quali l'art. 75 irroga la decadenza quale conseguenza del mendacio. A tutto concedere, quindi, alla lettura rigorista che vuole far prevalere sempre e comunque la decadenza sull'annullamento d'ufficio, ciò deve essere limitato ai casi in cui il mendacio sia contenuto in una dichiarazione sostitutiva di certificazione (i cui oggetti sono analiticamente elencati all'art. 46 del d.P.R. n. 445/2000) ovvero di «atto notorio», vale a dire quello stato di fatto la cui conoscenza è di comune dominio («notoria», appunto) che il privato è autorizzato a formalizzare in un documento a sua firma. Nei casi, invece, di «rappresentazioni di fatto» non veritiere non rientranti in tali tipologie, ovvero rese da soggetti cui l'ordinamento attribuisce una specifica qualifica soggettiva, l'art. 75 non rileva, vuoi che lo si ritenga un rimedio (sanzionatorio o meno) aggiuntivo all'autotutela, vuoi che, per quanto sopra detto, lo si assorba nella stessa, piuttosto che identificarla con essa. Anche per tale strada, tuttavia, la sostanziale ritenuta operatività, ancorché limitata a specifici casi, del solo art. 75 finisce per vanificare la decantata svolta garantista che il legislatore ha inteso imprimere con la novella del 2015, sottraendo alla valutazione della singola amministrazione la valenza inficiante della declaratoria falsa e pretendendone l'accertamento definitivo da parte di un giudice penale" (sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415).

[48] Secondo Cons. St., sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2207, ad esempio, "la Sezione ha già chiarito che (cfr., tra le ultime, Cons. Stato, sez. VI, 31 dicembre 2019 n. 8920) è ferma in giurisprudenza, per i più vari casi d'esercizio di una funzione amministrativa ampliativa delle facoltà giuridiche del privato e connessa ad autodichiarazioni rese da quest'ultimo (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2019 n. 3940, 3 febbraio 2016 n. 404 e 24 luglio 2014 n. 3934), la regola secondo cui, in base a detto art. 75, la non veridicità di quanto descritto nella dichiarazione sostitutiva presentata implica la decadenza dai benefici ottenuti con il provvedimento conseguente a tale dichiarazione, senza che, per l'applicazione di detta norma, abbia rilievo la condizione soggettiva del dichiarante (rispetto alla quale è irrilevante l'accertamento della falsità degli atti in forza di una sentenza penale definitiva di condanna), facendo invece leva sul principio di autoresponsabilità". Nella medesima occasione il Consiglio di Stato ha affermato che, in caso di dichiarazioni non veritiere, il termine ragionevole per l'annullamento d'ufficio decorre dalla scoperta dei fatti da parte della p.A. e non dall'adozione del provvedimento: "laddove la fallace dichiarazione abbia sortito un effetto rilevante ai fini del rilascio del provvedimento amministrativo, è del pari congruo che il termine *ragionevole* (massimo di 18 mesi) decorra solo dal momento in cui la pubblica amministrazione abbia appreso tale non veridicità (cfr., ancora per tutte, seppure in materia edilizia ma con principi sovrapponibili pienamente al caso in esame, Cons. Stato, Ad. pl., 17 ottobre 2017 n. 8)".

nel quale la certezza giuridica, da sempre vagheggiata, risulta in realtà smarrita.

In un contesto ordinamentale in cui il diritto, sempre più frammentato in una pluralità di fonti normative, appare mutevole ed in continua evoluzione è auspicabile che la giurisprudenza non abdichi alla propria funzione di tutela del cittadino e, al contempo, dell'interesse generale e contribuisca a fornire certezza giuridica attraverso le proprie decisioni.

A tal fine, tuttavia, è indispensabile un richiamo ad un uso più meditato della tecnica del rinvio al precedente che non può risolversi nel riferimento tralatizio a massime e sentenze risalenti e relative a fattispecie a volte del tutto inconferenti. Occorre, piuttosto, muovere dalla ricostruzione dei fatti di causa e del diritto applicabile *ratione temporis* e, solo a quel punto, individuare precedenti realmente pertinenti senza trascurare che lo *ius superveniens* reca sovente una diversa valutazione degli interessi pubblici operata dal legislatore, dalla quale né l'Amministrazione, né il giudice possono legittimamente discostarsi se non entro gli stringenti limiti ammessi dall'ordinamento.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2856 – 27 luglio 2023

Concessioni balneari: interviene la Corte di giustizia, a conferma della posizione dell'Adunanza Plenaria

(nota a Corte di giustizia, Sez. III, sentenza 20 aprile 2023, in causa C-348/22)

Antonio Persico

Sommario: 1. L'inquadramento della vicenda. – **2.** L'ambito applicativo della direttiva 2006/123/CE. – **3.** I criteri di accertamento della scarsità delle risorse naturali. – **4.** La validità della direttiva 2006/123/CE. – **5.** Gli effetti diretti dell'articolo 12. – **6.** Il problema dell'indennizzo per i concessionari uscenti. – **7.** Considerazioni conclusive.

1. L'inquadramento della vicenda.

La sentenza della Corte di giustizia, pubblicata in data 20 aprile 2023, scaturisce dal rinvio pregiudiziale effettuato dal TAR Lecce con ordinanza 11 maggio 2022, n. 743[1], nell'ambito di un procedimento incardinato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) per l'annullamento di alcuni atti comunali adottati in ossequio alla normativa nazionale[2] che aveva disposto la proroga automatica, fino al 31 dicembre 2033, delle concessioni demaniali marittime in essere (ma anche di quelle lacuali e fluviali[3]) a finalità turistico-ricreative (le "concessioni balneari").

Per un miglior inquadramento della vicenda, è opportuno tener presente quanto segue.

[1] Per un commento all'ordinanza di rinvio si veda M. Timo, *Le proroghe ex lege delle concessioni "balneari" alla Corte di Giustizia: andata e ritorno di un istituto controverso (nota a T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, ordinanza 11 maggio 2022, n. 743)*, in *Giustiziainsieme.it*, 2022.

[2] Il riferimento è all'art. 1, commi 682 e 683, l. n. 145/2018, nonché all'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, il quale ha confermato la proroga al 31 dicembre 2033, disponendo inoltre la sospensione dei procedimenti diretti alla riacquisizione delle aree demaniali e delle relative pertinenze e di quelli tesi alla nuova assegnazione delle concessioni.

[3] Cfr. art. 100 d.l. n. 104/2020, che ha esteso la proroga anche alle concessioni lacuali e fluviali.

Com'è noto, la reiterata previsione *ex lege* di proroghe automatiche e generalizzate a vantaggio degli attuali concessionari[4] ha posto seri dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione[5], sotto il profilo della garanzia del diritto di stabilimento nel mercato interno e della libertà di prestazione dei servizi[6].

A fronte del sospetto carattere anticomunitario di simili proroghe, già adombrato dalla Commissione con lettera di messa in mora complementare datata 5 maggio 2010 nell'ambito della procedura d'infrazione n. 2008/4908[7], le amministrazioni delegate al rilascio delle concessioni in esame hanno agito in maniera difforme. Alcune di esse, tra le quali il Comune resistente nel giudizio da cui è scaturita la sentenza in commento, hanno applicato la normativa interna, adottando conformi atti di proroga, mentre altre, in senso opposto, hanno disapplicato tale normativa, adoperandosi per la messa a gara delle concessioni. Ulteriori amministrazioni sono rimaste inerti, nell'attesa di sviluppi idonei a chiarire quale fosse il *modus agendi* corretto, né sono mancate amministrazioni che, in un secondo momento, abbiano annullato in autotutela le proroghe già assentite. Ne è derivata una condizione di generale incertezza circa la perdurante validità dei rapporti concessori, icasticamente descritta dall'ordinanza di rinvio. Tale incertezza si è inevitabilmente riversata sulle sedi giudiziarie.

---

[4] Cfr. l'art. 1, co. 18, d.l. n. 194/2009 – come modificato in sede di conversione dalla l. n. 25/2010 –, l'art. 34-*duodecies* del d.l. n. 179/2012 – introdotto in sede di conversione dalla l. n. 221/2012 –, l'art. 24, co. 3-*septies*, d.l. n. 113/2016 – introdotto in sede di conversione dalla l. n. 160/2016 -, nonché le norme citate nelle due note precedenti. Per una sintesi dell'evoluzione normativa in materia si veda M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn.17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Diritto e Societ*à, n. 3/2021.

[5] Sul tema, in dottrina, senza pretesa di esaustività, si vedano i seguenti contributi: F. Capelli, *Evoluzioni, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021; B. Caravita Di Toritto, G. Carlomagno, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, n. 20/2021; A. Lucarelli, B. De Maria, M.C. Girardi (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, n. 7/2021; A. Giannaccari, *Stessa spiaggia, stesso mare. Di concessioni demaniali marittime e (assenza di) concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2/2021; M. Manfredi, *L'efficacia diretta della "direttiva servizi" e la sua attuazione da parte della pubblica amministrazione italiana: il caso delle concessioni balneari*, in *JUS*, n. 1/2021; G. Carullo, A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *Federalismi.it*, n. 26/2020; M. Timo, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2020; A. Giannelli, *Concessioni di beni e concorrenza: contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; F. Sanchini, *Le concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo tra meccanismi normativi di proroga e tutela dei principi europei di libera competizione economica: profili evolutivi alla luce della pronuncia della Corte di giustizia resa sul caso Promoimpresa-Melis*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2/2016; C. Benetazzo, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, n. 25/2016.

[6] In particolare, vengono in rilievo l'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE (dir. servizi) e l'articolo 49 TFUE: il primo impone, nell'ipotesi in cui sia limitato il numero delle "autorizzazioni" disponibili per una determinata attività a causa della scarsità delle risorse naturali, l'assegnazione dei titoli sulla base di una procedura con garanzie di imparzialità, pubblicità e trasparenza, vietandone il rinnovo automatico; l'art. 4, punto 6, della direttiva chiarisce a sua volta che per regime di autorizzazione deve intendersi «*qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio*». Il secondo articolo invece afferma il divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, nel quale va comunque assicurato l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini.

[7] La procedura, avviata su segnalazione dell'AGCM, verteva sulla incompatibilità con il diritto dell'Unione della previsione di cui all'art. 37, co. 2, secondo periodo, del codice della navigazione, la quale riconosceva in capo al concessionario uscente il cd. diritto di insistenza.

La giurisprudenza amministrativa, in particolare a seguito della sentenza *Promoimpresa*[8], si è espressa per lo più nel senso della doverosa disapplicazione, da parte delle amministrazioni competenti, della normativa interna di proroga, in quanto contrastante con gli art. 12 della direttiva 2006/123/CE (nota anche come direttiva Bolkestein o direttiva Servizi), in tesi foriera di effetti diretti e, in quanto applicabile, con l'art. 49 TFUE[9]. Nondimeno, il TAR Lecce, giudice del rinvio nella causa che ci occupa, ha portato avanti un indirizzo minoritario, in base al quale, da un lato, l'art. 12 dir. servizi non avrebbe carattere *self-executing*, e dall'altro, le amministrazioni locali non sarebbero comunque legittimate a disapplicare la normativa nazionale asseritamente contrastante con le norme di direttive europee auto-esecutive[10], concludendo quindi per la necessità di dar seguito sul versante amministrativo alle proroghe.

Merita peraltro ricordare che, con lettera di messa in mora datata 3 dicembre 2020[11], la Commissione ha aperto nei confronti dell'Italia una nuova procedura di infrazione. La lettera evidenzia l'illegalità del quadro giuridico nazionale, e, interpretando la ridetta sentenza *Promoimpresa*, ne ricava la regola per cui, nelle more dei necessari interventi normativi, le autorità locali e i giudici nazionali non debbano dare applicazione alla normativa interna di proroga, stante il suo contrasto con l'art. 12 dir. servizi (norma cui, evidentemente, la Commissione riconosce carattere *self-executing*), ovvero, in quanto applicabile, con l'art. 49 TFUE[12].

In questo scenario, nel dichiarato intento di assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali[13] – e verosimilmente anche per sopperire all'inerzia di Parlamento e Governo nel far cessare la violazione alla base della procedura di infrazione n. 2020/4118 – è intervenuta l'Adunanza Plenaria con le note sentenze gemelle nn. 17 e 18/2021, sulle quali si è diffusamente appuntata l'attenzione della dottrina[14]. Per quanto più interessa in questa sede, in estrema sintesi, occorre ricordare che il Su-

[8] Corte di Giustizia, Sez. Quinta, 14 luglio 2016 in cause riunite C-458/14 e C-67/15. La Corte di giustizia, in questa sentenza, ha riscontrato il contrasto della normativa italiana di proroga con l'art. 12 dir. servizi e, in subordine, laddove tale articolo non sia applicabile, con l'art. 49 TFUE. In sintesi, il contrasto è stato ravvisato nel fatto che la proroga automatica *ex lege* si riferisce indiscriminatamente a tutte le concessioni in essere, ivi incluse quelle relative a risorse naturali scarse e quelle che, seppur non relative a risorse scarse, presentino un interesse transfrontaliero certo.

[9] Cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874 e 12 febbraio 2018, n. 873.

[10] Cfr. ad es. TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 15 gennaio 2021, nn. 71, 72, 73, 74, 75.

[11] Lettera C(2020) 7826 final, con cui è stata avviata la procedura di infrazione n. 2020/4118.

[12] La Commissione precisa che viene in rilievo l'applicabilità dell'art. 49 TFUE *«nei limitati casi ipotetici»* in cui non sia ravvisabile il carattere scarso della risorsa e nella misura in cui è probabile che venga pregiudicato un interesse transfrontaliero certo.

[13] Si veda il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 160/2020 di deferimento all'Adunanza Plenaria, per un commento al quale si veda R. Dipace, *All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021.

[14] Si vedano, ancora, l'Introduzione di M.A. Sandulli e i contributi degli autorevoli studiosi raccolti nel fascicolo monotematico su "La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria", in *Diritto e società, n. 3/2021, con recensione di F.* Francario, Se questa è nomofilachia. Il diritto amministrativo 2.0 secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, *in* Giustiziainsieme.it, *2021; nonché,* ex multis, *gli scritti di F.P.* Bello, Primissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, *in* Giustiziainsieme.it, *2021; E.* Cannizzaro, Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18 dell'Ad. plen. del Consiglio di Stato, *in* Giustiziainsieme.it, *2021;* R. Rolli, D. Granata, Concessioni demaniali marittime: la tutela della concorrenza quale Nemesi del legittimo affidamento, *in* Rivista giuridica dell'edilizia, *n. 5/2021*.

premo Consesso della giustizia amministrativa ha ritenuto di poter: 1) accertare, una volta per tutte, la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo inerente alla gestione delle spiagge italiane (nonché delle aree lacuali e fluviali), per quindi rilevare il contrasto della normativa interna di proroga con gli artt. 49 e 56 TFUE (punti 15 - 16); 2) confermare la validità della direttiva servizi, in quanto direttiva di liberalizzazione e non di armonizzazione, correttamente adottata a maggioranza qualificata dal Consiglio sulla base degli articoli del TCE relativi al diritto di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi piuttosto che sull'art. 94 del TCE (ora art. 115 TFUE), il quale prevede invece il ricorso all'unanimità in seno al Consiglio per l'adozione di atti normativi aventi come obiettivo l'armonizzazione delle legislazioni nazionali (punto 21); 3) predicare, indistintamente, la scarsità delle risorse naturali in questione in riferimento all'intero territorio nazionale (punto 25); 4) ravvisare il carattere *self-executing* dell'art. 12 dir. sevizi, con il conseguente obbligo delle amministrazioni locali di non applicare la normativa nazionale di proroga contrastante con suddetta disposizione (punti 26 - 38).

In generale, la giurisprudenza successiva si è largamente conformata ai *dicta* della Plenaria[15].

Fa eccezione appunto il TAR Lecce, il quale, senza sconfessare il proprio precedente orientamento, ha sostanzialmente interrogato, come meglio si vedrà *infra*, la Corte di giustizia circa la correttezza degli approdi della Plenaria in ordine alla validità, all'interpretazione e alla conseguente applicazione del diritto dell'Unione in materia.

2. L'ambito applicativo della direttiva 2006/123/CE.

Il primo punto affrontato dalla Corte di giustizia concerne il rapporto intercorrente tra l'art. 49 TFUE e l'art. 12 dir. servizi. Un chiarimento al riguardo era reso necessario innanzitutto dal sesto quesito dell'ordinanza di rinvio, il quale richiedeva, in sintesi, se la presenza di un interesse transfrontaliero certo, ai sensi dell'art. 49 TFUE, fosse presupposto applicativo dell'art. 12, paragrafi 1 e 2, dir. servizi. Inoltre, i quesiti settimo e ottavo rendevano opportuna la precisazione, in quanto relativi alla coerenza, tanto rispetto all'art. 49 TFUE, quanto rispetto all'art. 12 dir. servizi, delle statuizioni con cui la Plenaria ha affermato, in via generale e astratta e con riferimento all'intero territorio nazionale, la sussistenza sia dell'interesse transfrontaliero certo, sia del carattere scarso delle risorse naturali in questione.

In breve, dall'ordinanza del TAR Lecce emergeva il dubbio circa la differenza degli ambiti applicativi delle due norme cennate, in rapporto ad ambo le quali si riteneva di dover parametrare la normativa nazionale di proroga.

Verosimilmente, una simile perplessità, se non ingenerata, è stata quantomeno alimentata dalla lettura delle sentenze gemelle della Plenaria, le quali si soffermano diffusamente a confutare le obiezioni dottrinali tese a mettere in discussione la sussistenza dell'interesse transfrontaliero certo (punti 15 e 16). Pertanto, sebbene le questioni relative all'interesse transfrontaliero certo in sé possano apparire di interesse secondario, stante «*la preminenza dell'art. 12 del-*

[15] Cfr., *ex multis*, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. III, 20 aprile 2023, nn. 887, 888, 889, 890, 891; Cons. Stato, sez. VII, 23 maggio 2022, n. 4072; C.G.A.R.S., 24 gennaio 2022, n. 116.

la direttiva Bolkestein sull'art. 49 TFUE»[16], è pur vero che il Supremo Consesso della giustizia amministrativa non è stato chiaro sul punto, lasciando intendere la simultanea applicabilità dei due articoli.

Orbene, la Corte di giustizia ha ricordato che, secondo la propria costante giurisprudenza, le normative nazionali adottate in un settore oggetto di completa armonizzazione a livello dell'Unione vanno valutate in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, bensì a quelle di diritto derivato che hanno realizzato tale armonizzazione. Viene citata in proposito, tra le altre, proprio la sentenza *Promoimpresa*, la quale evidenzia che gli articoli da 9 a 13 dir. servizi provvedono a un'armonizzazione esaustiva concernente i servizi rientranti nel loro campo di applicazione, con la conseguenza che la normativa interna di proroga deve essere parametrata unicamente all'art. 12 di tale direttiva, laddove siano integrati tutti gli elementi della relativa fattispecie.

D'altronde, occorre ricordare che proprio secondo la ricostruzione effettuata dalla sentenza *Promoimpresa*, e fatta propria dalla Commissione nella lettera di messa in mora del dicembre 2020[17], l'art. 49 TFUE viene in rilievo solo laddove l'art.12 dir. servizi non sia applicabile in ragione dell'accertamento negativo in ordine alla scarsità delle risorse naturali (cfr. punto 62 della sentenza). In quest'ottica, la valutazione dell'interesse transfrontaliero certo è meramente eventuale e secondaria, in quanto s'imporrebbe solo una volta escluso il carattere scarso delle risorse naturali in questione. Ne consegue logicamente che l'art. 12 dir. servizi, non si applica solo alle concessioni di occupazione del demanio marittimo che presentino un interesse transfrontaliero certo.

A ulteriore supporto di tale conclusione, la Corte ha ricordato di aver già in passato chiarito come gli articoli contenuti nel capo III della dir. servizi siano applicabili anche a situazioni puramente interne, ovvero prive di elementi transfrontalieri.La pronuncia in commento menziona, a tal proposito, la nota sentenza sul caso *X* e *Visser*[18], la quale mette in rilievo come dal tenore delle disposizioni di cui al capo III cit. non emerga alcuna condizione relativa alla sussistenza di un elemento di carattere estero (cfr. punti 99 -110).

In definitiva, la Corte ha concluso per l'irrilevanza dell'art. 49 TFUE nella controversia di cui al procedimento principale, e ha coerentemente omesso di rispondere al settimo quesito, inerente alla correttezza della soluzione fornita dalla Plenaria circa la sussistenza dell'interesse transfrontaliero certo; ha invece circoscritto l'esame dell'ottavo quesito – sulla ritenuta scarsità delle risorse naturali – alla sola coerenza con l'art. 12 dir. servizi.

[16] M. Timo, *Le proroghe ex lege delle concessioni "balneari" alla Corte di Giustizia: andata e ritorno di un istituto controverso,* cit.

[17] Al cui par. 3.3. si legge: «*Come chiarito dalla sentenza Promoimpresa della CGUE, gli articoli da 9 a 13 della direttiva sui servizi comportano un'armonizzazione esaustiva per quanto riguarda i servizi che rientrano nel suo campo di applicazione; pertanto, nei casi – la maggioranza delle concessioni in questione – in cui tutti i presupposti dell'articolo 12 DS siano soddisfatti, non vi è luogo di applicare direttamente le regole del trattato sulla libertà di stabilimento. Tuttavia, per i limitati casi ipotetici in cui si possa ritenere che l'articolo 12 della DS non sia applicabile in quanto viene meno il requisito della scarsità delle risorse, è necessario prendere in considerazione l'articolo 49 TFUE*».

[18] Corte di giustizia, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, in cause riunite C-360/15 e C-31/16.

3. I criteri di accertamento della scarsità delle risorse naturali.

Come anticipato, l'ottavo quesito pregiudiziale concerneva la possibilità di accertare in via generale e astratta la condizione di scarsità delle risorse naturali. L'Adunanza Plenaria, infatti, nel valorizzare la capacità attrattiva del patrimonio costiero nazionale nel suo complesso, nonché i dati forniti dal Sistema informativo del demanio marittimo (SID) sull'occupazione delle coste sabbiose in Italia, per quindi affermare, in via onnicomprensiva, la scarsità di tutte le spiagge italiane, ha suscitato delle perplessità a fronte della sentenza *Promoimpresa* (punto 43), che sembra invece rimettere la valutazione della condizione di scarsità, di volta in volta, al giudice del caso concreto[19].

La Corte di giustizia ha contestualmente validato l'approdo ermeneutico della Plenaria e posto le basi per il suo superamento.

Sul primo versante, la sentenza in commento ha riconosciuto alla precisazione di cui al punto 43 della sentenza *Promoimpresa* una valenza meramente limitata al caso di specie, escludendo quindi che l'art. 12 dir. servizi imponga indefettibilmente una valutazione su base comunale. Più in generale, la Corte di Lussemburgo ha statuito che gli Stati membri possono preferire, ai fini dell'accertamento della condizione di scarsità, una valutazione generale e astratta, valida per tutto il territorio nazionale.

Sul secondo versante, si può rilevare che questa non è, agli occhi della Corte, né l'unica soluzione possibile, né la più auspicabile. Invero, la pronuncia chiarisce che l'art. 12, par. 1, dir. servizi conferisce agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione della scarsità delle risorse naturali. A condizione che tali criteri siano obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati, gli Stati membri (e dunque, *in primis*, i legislatori nazionali) possono, quindi, decidere di privilegiare un approccio "caso per caso", che ponga l'accento sulla situazione esistente nel territorio costiero di un comune o dell'autorità amministrativa competente. In tal modo, viene legittimato un intervento normativo atto a superare la statuizione della Plenaria, che evidentemente non rappresenta la necessitata conclusione derivante dall'interpretazione dell'art. 12 dir. servizi.

La Corte ha poi prefigurato una soluzione di terzo genere, non prospettata invero dall'ordinanza di rinvio, la quale concepiva i due metodi di accertamento (in via generale e astratta/caso per caso) come alternativi e vicendevolmente escludenti. Si tratta di una soluzione mista, derivante dalla combinazione dei due menzionati approcci, e che la Corte sembra in qualche modo caldeggiare. Al riguardo, si legge nella pronuncia che «*la combinazione di un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e di un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione, risulta equilibrata e, pertanto, idonea a garantire il rispetto di obiettivi di sfruttamento economico delle coste che possono essere definiti a livello nazionale, assicurando al contempo l'appropriatezza dell'attuazione concreta di tali obiettivi nel territorio costiero di un comune*».

Le affermazioni della Corte lasciano trapelare una sorta di *favor* nei confronti della combinazione degli approcci, in quanto funzionale al conseguimento degli obietti-

[19] Sul punto si veda M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn.17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria,* cit.

vi dell'Unione nel rispetto del principio di proporzionalità.

Nello stesso senso, appare significativo che la risposta finale della Corte all'ottavo quesito sia parametrata proprio sulla soluzione di terzo genere[20].

Alla luce di simili valutazioni, può essere interessante osservare che una soluzione mista è stata recentemente percorsa dal legislatore nazionale, il quale ha previsto, all'art. 10-*quater* del d.l. n. 198/2022, convertito con legge n. 14/2023, l'istituzione di un tavolo tecnico, cui spetta il compito di definire i criteri tecnici per la determinazione della sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile, tenuto conto sia del dato complessivo nazionale che di quello aggregato a livello regionale.

4. La validità della direttiva 2006/123/CE.

A questo punto, fugati i dubbi circa l'applicabilità della sola dir. servizi alla fattispecie di cui al procedimento principale, la Corte è passata ad analizzare la prima questione pregiudiziale, inerente alla validità della cennata direttiva. Questione che, nell'ottica del TAR Lecce, precedeva logicamente le altre, in quanto la sua risoluzione in senso negativo avrebbe reso inutile la risposta agli ulteriori quesiti.

Al riguardo, il Tribunale pugliese assumeva una posizione molto netta. In linea con l'Adunanza Plenaria solo per quanto attiene alla ritenuta estraneità della dir. servizi alla materia del turismo, l'ordinanza di rinvio esprimeva per il resto un totale disaccordo con le argomentazioni delle sentenze gemelle in favore della validità della direttiva. Tale atto, invero, sarebbe qualificabile come direttiva di armonizzazione, e non già di liberalizzazione, in quanto il legislatore dell'Unione avrebbe inteso pervenire alla piena integrazione delle normative degli Stati membri in materia di prestazione di servizi solo in via mediata. In particolare, il TAR Lecce citava il passaggio della sentenza *Promoimpresa* che afferma che «*si deve ritenere che gli articoli da 9 a 13 della direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel loro campo di applicazione*», onde trarre, a fronte dell'equiparazione delle parole della Corte a una forma di "interpretazione autentica", un elemento dirimente a favore della propria ricostruzione. A comprova ulteriore, la stessa ordinanza di rinvio valorizzava il considerando 7 della dir. servizi, come interpretato dalla sentenza *X* e *Visser* cit., stando alla quale *l'approccio scelto dal legislatore dell'Unione nella direttiva 2006/123 si basa, come enunciato al suo considerando n. 7, su un quadro giuridico generale, formato da una combinazione di misure diverse destinate a garantire un grado elevato di integrazione giuridica nell'Unione per mezzo, in particolare, di una armonizzazione vertente su precisi aspetti della regolamentazione delle attività di servizio*».

Sull'assunto quindi di trovarsi di fronte a una direttiva di armonizzazione, il Tribunale pugliese individuava quale corretta base giuridica per l'adozione della dir. servizi l'odierno art. 115 TFUE (già art. 94 TCE), il quale impone(va) il voto all'unanimità del Consiglio per l'adozione di «*direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza di-*

[20] «*L'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che: esso non osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione*».

retta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno». Di contro, essendo stata la dir. servizi adottata previo voto a maggioranza qualificata in seno al Consiglio, essa risulterebbe affetta da un vizio formale e dunque invalida.

La Corte, richiamando la propria consolidata giurisprudenza in materia di individuazione della procedura applicabile per l'adozione degli atti giuridici dell'Unione (in passato, della Comunità), ha respinto tali censure.

Per cominciare, la pronuncia in commento ha ricordato che, nell'ipotesi in cui un atto presenti una duplice finalità o una doppia componente e una di queste sia identificabile come principale o preponderante, mentre l'altra risulti solo accessoria, l'atto deve fondarsi su una sola base giuridica, ossia quella richiesta dalla finalità o componente principale o preponderante, mentre, in via eccezionale, ove sia provato che l'atto persegue contemporaneamente più obiettivi tra loro inscindibili, senza che uno di essi assuma importanza secondaria e indiretta rispetto all'altro, tale atto dovrà fondarsi sulle diverse basi giuridiche corrispondenti. La Corte ha quindi rilevato l'impossibilità di cumulare le diverse basi giuridiche, stante l'incompatibilità di una procedura basata sul voto del Consiglio a maggioranza qualificata (*ex* artt. 47 e 55 TCE) con altra procedura che impone una deliberazione dello stesso organo all'unanimità (*ex* art. 94 TCE), senza però chiarire *quid iuris* laddove non sia ravvisabile la prevalenza di una componente o di un obiettivo di un atto riconducibile a più basi giuridiche, e segnatamente se si imponga in questi casi l'adozione di due atti separati[21].

A ogni modo, dal prosieguo del ragionamento sembra che la Corte non abbia concretamente ravvisato uno di questi casi eccezionali, riconducendo la direttiva servizi interamente alla finalità liberalizzatrice di cui agli artt. 47 e 55 TFUE.

In via assorbente, infatti, la pronuncia in commento evidenzia che, dal tenore letterale della direttiva (in particolare, art. 1, par. 1) e dal suo preambolo (in particolare, considerando 1, 5, 12, 64, 116), emerge l'obiettivo di assicurare la realizzazione effettiva delle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi. È questo, dunque, lo scopo della direttiva, elemento oggettivo, suscettibile di sindacato giurisdizionale, sulla base del quale valutare quale sia la base giuridica da porre a fondamento dell'atto. Tanto premesso circa la finalità della direttiva di migliorare il funzionamento del mercato interno, la sentenza conferma che la corretta individuazione dalla base giuridica dell'atto risiedesse negli artt. 47, par. 2 e 55 TCE, che consentivano l'adozione con voto del Consiglio a maggioranza qualificata di direttive volte al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività non salariate e all'esercizio di queste, nonché alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità. Risulta in questa prospettiva inconferente il riferimento all'art. 94 TCE, oggi 115 TFUE, in quanto norma generale inapplicabile a fronte delle più specifiche norme appena richiamate.

Preso atto di ciò, e a prescindere dall'esattezza della conclusione raggiunta dalla Corte, è appena il caso di rilevare che la sentenza in commento valorizzi unicamente lo scopo dichiarato della direttiva, sebbene l'ordinanza di rinvio insistesse anche sul contenuto delle disposizioni del relativo capo III. Peraltro, proprio la pronuncia esordisce ricordando come, per giurisprudenza

[21] Come prospettato da R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014.

costante, la scelta del fondamento giuridico di un atto debba basarsi su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, quali non solo lo scopo, ma anche il contenuto dell'atto.

5. Gli effetti diretti dell'articolo 12.

Si giunge quindi alla tematica più controversa: gli effetti diretti dell'art. 12 dir. servizi.

Come ricordato, era su questo tema che si era formato il contrasto giurisprudenziale che contrapponeva il TAR Lecce all'Adunanza Plenaria e alla giurisprudenza amministrativa maggioritaria.

La posizione del Tribunale pugliese, infatti, era nel senso di negare carattere auto-esecutivo all'art. 12 cit., in quanto tale norma non era ritenuta sufficientemente precisa e incondizionata da poter produrre, scaduto il termine per il suo recepimento ovvero in caso di non corretto recepimento, effetti diretti. In tal senso, risultava ostativo il rilievo che il suddetto articolo rendesse necessaria l'adozione di una legge attuativa recante le regole uniformi per l'effettuazione delle gare, relative anche ai requisiti di partecipazione e di aggiudicazione, e del pari la regolamentazione dei profili legati alla determinazione dell'eventuale indennizzo spettante ai concessionari uscenti. Inoltre, questo orientamento valorizzava i principi di certezza del diritto e di completezza dell'ordinamento giuridico onde negare un potere di disapplicazione – con effetto "di mera esclusione" – della normativa interna da parte dei singoli funzionari amministrativi, a fronte di una direttiva dall'incerta (e invero ritenuta insussistente) natura auto-esecutiva.

Di contro, l'indirizzo maggioritario, avvalorato anche dalla Commissione, predicava e continua a predicare la doverosa disapplicazione della normativa interna di proroga, anche e soprattutto da parte delle amministrazioni preposte *in primis* alla sua applicazione, in ragione naturalmente della riscontrata natura *self-executing* dell'articolo 12. Tale indirizzo si richiama alla sentenza *Promoimpresa*, la quale per la verità non era stata esplicita sul punto: in quell'occasione, infatti, la Corte non fece espressamente riferimento agli effetti diretti e alla necessità di disapplicare la normativa interna.

Con la seconda e con la quarta questione pregiudiziale il TAR pugliese mirava quindi a ottenere una risposta esplicita della Corte sull'idoneità dell'art. 12 a produrre effetti diretti, nella misura in cui da un lato l'obbligo di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, e dall'altro lato il divieto di rinnovare automaticamente i titoli in essere risultino enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso.

Orbene, la risposta della Corte non lascia adito a dubbi (pur destando qualche perplessità) e anche in questo caso conferma la posizione sostenuta dall'Adunanza Plenaria.

L'obbligo e il divieto, per la Corte, sono sanciti in maniera inequivocabile. Agevole il discorso sul divieto di procedure di rinnovo automatico *ex* par. 2: la Corte si è limitata a osservare che gli Stati membri non dispongono di alcun margine di discrezionalità sul punto, né possono subordinare l'operatività di tale divieto a ulteriori condizioni.

Diversamente, l'obbligo concorrenziale di cui al par. 1 tollera un certo margine di discrezionalità in capo agli Stati membri in ordine alle modalità atte a garantire l'imparzialità e la trasparenza delle procedure di selezione. Nondimeno, la Corte ha affermato in proposito che la disposizione presenta un contenuto minimo di tutela a favore dei candidati potenziali, che non può essere

vulnerato, conseguendone che la discrezionalità rimessa agli Stati membri non può incidere sul carattere preciso e incondizionato dell'obbligo di svolgere una procedura di selezione imparziale e trasparente.

Vero è poi, come riconosciuto anche dalla Corte nel rispondere all'ottavo quesito (v. *supra*, par. 3), che l'applicazione dell'art. 12 è subordinata all'accertamento del carattere scarso delle risorse naturali, e che tale articolo lascia agli Stati membri un certo margine di discrezionalità circa le modalità di accertamento. Una simile circostanza potrebbe in astratto far venir meno il carattere "incondizionato" dalla norma in questione, epperò la Corte è stata laconica nell'affermare che tale "condizione" non può rimettere in discussione l'effetto diretto connesso ai paragrafi 1 e 2 di detto articolo.

Acclarato l'effetto diretto dell'art. 12, e divenuto pertanto superfluo rispondere al terzo quesito, subordinato all'accertamento della natura non *self-executing* della normativa *de qua*, la Corte risponde anche alla quinta questione (e seconda parte dell'ottava), in merito al dovere delle amministrazioni, e in particolare dei funzionari comunali, di disapplicare la normativa interna di proroga. Com'era prevedibile, la Corte non ha ravvisato elementi per discostarsi dalla propria giurisprudenza, che ravvisa tanto in capo al giudice quanto all'amministrazione (ivi incluse quelle comunali per il tramite dei propri funzionari o dirigenti) l'obbligo di non applicare la normativa interna contrastante con gli effetti diretti di una direttiva.

Nell'insieme, si può rilevare come l'attenzione della Corte si sia concentrata esclusivamente sulla posizione dei candidati potenziali, predicando la generalizzata necessità per l'amministrazione di disapplicare la normativa interna di proroga, senza distinguere i casi – come, tra l'altro, quello oggetto di causa – in cui una simile richiesta non provenga da tali soggetti privati (ma dall'AGCM) e sia, anzi, in danno di questi ultimi (i concessionari uscenti). Sul punto, per vero non sollevato dall'ordinanza leccese, ma pur sempre rilevabile d'ufficio, la pronuncia in questione suscita le stesse perplessità già evidenziate dalla dottrina in sede di commento alle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria in ordine all'ammissibilità degli effetti cd. "verticali inversi" ovvero *in malam partem*[22]. Non è peraltro escluso che in futuro la Corte, specificamente interrogata sul punto e *re melius perpensa*, circoscriva le proprie affermazioni.

6. Il problema dell'indennizzo per i concessionari uscenti.

Con il nono quesito pregiudiziale, il TAR Lecce intendeva ottenere una rimeditazione della posizione della Corte, nel caso quest'ultima fosse giunta a ritenere la natura *self-executing* della direttiva servizi e il conseguente obbligo di disapplicare la normativa interna contrastante con i suoi effetti diretti. Sul punto, il giudice remittente evidenziava come, in un contesto normativo quale quello vigente in Italia, la diretta applicazione dell'art. 12 dir. servizi porterebbe in molti casi a esiti inconciliabili con l'esigenza di tutelare il diritto di proprietà e il legittimo affidamento dei concessionari uscenti, in spregio, tra l'altro, all'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

[22] F. Ferraro, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, in *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, cit.; E. Cannizzaro, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee?*, cit., nonché M.A. Sandulli, *Introduzione*, cit.

europea. In tal senso, è appena il caso di ricordare che l'art. 49 cod. nav. afferma la regola della devoluzione in favore del concedente, al termine del rapporto concessorio, di tutte le opere non amovibili[23] realizzate dal concessionario sulla zona demaniale, senza alcun compenso o rimborso.

Peraltro, è stata la stessa Adunanza Plenaria a riconoscere, nelle sentenze gemelle, la necessità che le procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni siano, ove ne ricorrano i presupposti, supportate dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi (punto 49). La dottrina, a sua volta, nel ribadire la necessità dell'indennizzo in questione, ha evidenziato che esso debba essere comprensivo anche del valore dell'avviamento[24] e ha più in generale individuato, *de iure condendo*, le soluzioni normative percorribili nell'ambito di un'auspicata riforma del regime delle opere inamovibili realizzate dal concessionario[25].

Nessun ripensamento v'è stato nella pronuncia in commento. Infatti, il nono quesito è stato ritenuto irricevibile, in quanto dall'ordinanza di rinvio non sono emersi gli elementi di fatto e di diritto tali da rendere rilevante una risposta della Corte nel procedimento principale, nel quale, invero, non era stato dedotto e fatto valere il diritto del concessionario uscente di ottenere, alla scadenza della concessione, un qualsivoglia compenso per le opere inamovibili che esso abbia costruito sul terreno affidatogli in concessione.

Occorrerà perciò attendere che la Corte, ritualmente interrogata, fornisca gli opportuni chiarimenti circa la compatibilità eurounitaria dell'art. 49 cod. nav., nell'ambito di un giudizio in cui venga in rilievo il carattere lesivo della regola dell'accessione gratuita ivi affermata. In proposito, si segnala che il Consiglio di Stato ha sollevato[26] una questione pregiudiziale relativa alla coerenza dell'art. 49 cod. nav. con gli artt. 49 e 56 TFUE e con i principi desumibili dalla sentenza Laezza[27], in relazione alle ipotesi in cui la concessione venga rinnovata senza soluzione di continuità, nelle quali la devoluzione non onerosa e senza indennizzo delle opere edilizie realizzate sull'area demaniale facenti parte del complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa è apparsa al Collegio come una restrizione sproporzionata rispetto allo scopo perseguito dal legislatore.

7. Considerazioni conclusive.

In definitiva, la sentenza della Corte conferma la coerenza degli approdi ermeneutici dell'Adunanza Plenaria con il diritto dell'Unione, e pertanto non altera lo "stato dell'arte" in materia, quantomeno in Italia.

Ciò non deve tuttavia indurre a disconoscere l'importanza di questa pronuncia e la rilevanza delle sue implicazioni, anche al

[23] Sul cui regime si v. M. Calabrò, *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello Stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria*, in *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, cit.

[24] G. Morbidelli, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, in *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, cit.

[25] M. Calabrò, *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello Stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria*, cit.

[26] Cons. Stato, Sez. VII, ordinanza 15 settembre 2022, n. 8010.

[27] Corte di giustizia, Terza Sezione, 28 gennaio 2016, in causa C-375/14.

di fuori dell'ordinamento italiano. La Corte ha invero affermato espressamente, così superando le incertezze legate all'interpretazione della sentenza *Promoimpresa*, la natura *self-executing* dell'art. 12 dir. servizi e la conseguente necessità per le amministrazioni competenti di darvi immediata e diretta applicazione, disapplicando quindi le norme interne con esso confliggenti.

Ora, tale statuizione dovrebbe indurre le amministrazioni di quegli Stati membri aventi normative anticomunitarie in materia, a trarne le dovute conseguenze per garantire l'effetto utile del diritto dell'Unione. È il caso, ad esempio, di Spagna e Portogallo, nei cui confronti la Commissione ha di recente aperto due procedure d'infrazione, censurando, nel primo caso, l'eccessiva durata delle concessioni demaniali marittime prevista dalla legge nonché l'assenza di procedure selettive trasparenti e imparziali per il rilascio dei titoli, e, nel secondo caso, la previsione di un diritto di preferenza in capo al concessionario uscente.

Va poi ricordato che nelle more della pronuncia della Corte di giustizia, è finalmente intervenuto il Parlamento italiano, con legge 5 agosto 2022, n. 118 (in particolare, artt. 2-4), abrogando le norme recanti le proroghe illegittime[28] e tendenzialmente confermando il 31 dicembre 2023 quale data ultima di efficacia delle concessioni prorogate o rinnovate. Senonché, tale termine è stato nuovamente posticipato dal d.l. n. 198/2022, convertito dalla l. n. 14/2023, al 31 dicembre 2024 (cfr. art. 12, co. 6-*sexies*). Lo stesso decreto-legge ha previsto, all'art. 10-*quater*, co. 3, che le concessioni in essere continuino in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi titoli concessori, suscitando tuttavia la pronta reazione del Consiglio di Stato[29].

Tali recentissimi sviluppi contribuiscono evidentemente a produrre nuova incertezza giuridica nel settore.

Quale termine ultimo di efficacia delle concessioni in essere prenderanno a riferimento le amministrazioni competenti? Quello indicato dalla Plenaria (31 dicembre 2023) oppure il nuovo termine previsto dalla legge? Le decisioni sul punto non potranno che essere prese alla luce della pronuncia della Corte, che, lo si ricorda ancora una volta, ha esplicitato gli effetti diretti dell'art. 12 dir. servizi e l'obbligo di disapplicazione delle normative interne con esso contrastanti.

[28] Cennate in nota 2 e 3.

[29] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 1 marzo 2023, n. 2192, che ha rilevato l'illegittimità di tale proroga e il conseguente obbligo di disapplicarla.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2936 – 26 ottobre 2023

"PIAO" e miglioramento dell'attività amministrativa (a partire da una recente pronuncia del giudice contabile)

Chiara Polini

Sommario: 1. Fatti all'origine della controversia e prime osservazioni. – **2.** L'integrazione delle attività come obiettivo prioritario del PIAO. – **3.** Ulteriori obiettivi apprezzabili alla luce della disciplina sul PIAO. – **4.** Sintesi conclusiva: individuazione di alcuni aspetti di metodo utili per la redazione di un PIAO "modello".

1. Fatti all'origine della controversia e prime osservazioni.

Il presente lavoro si pone l'obiettivo di approfondire i contenuti di una recente pronuncia del giudice contabile (in particolare, Corte dei conti, Sez. cont., Sicilia, 15 febbraio 2023, n. 48) che, per la prima volta, si diffonde sul PIAO (Piano integrato di attività e organizzazione) come atto idoneo a configurarsi (come rileva il medesimo giudice) «quale documento unico finalizzato a compendiare, in una logica organica e coordinata, i molteplici contenuti ad esso assegnati»[1].

Merita subito evidenziare che, a differenza di quanto accaduto in altre pronunce in materia, solo in quella oggetto del presente commento si va oltre il semplice richiamo al PIAO[2].

Prima di trattarne più approfonditamente, merita ricordare che il PIAO è stato in-

[1] In generale, sul tema del PIAO vedi fra gli altri: A. Bianco, *Il Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO)*, in *Risorse umane nella pubblica amministrazione*, 1/2022, 20 ss.; P. Morigi, *Il bilancio e il nuovo Piano integrato di attività e organizzazione,* in *Finanza e tributi locali*, 2021, 7 ss.; Id., *Il nuovo Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO) implica attività di programmazione e lavoro in team*, in *Risorse umane nella pubblica amministrazione*, 1/2022, 10 ss.; A. Riccobono, *Concorsi pubblici e progressioni di carriera nella stagione del «grande reclutamento»*, in *Riv. giur. lav.*, n. 1/2022, 71 ss.; C. Siccardi, *Anticorruzione e PNRR: profili costituzionali*, in *Consulta online*, 1/2022, 430 ss.; E. Tagliaferri, *La costruzione del PIAO: l'esperienza del comune di Forlì,* in *Azienditalia*, 1/2023, 114 ss.

[2] Alcune recenti sentenze in cui si effettua un richiamo al PIAO sono: TAR Lazio, Roma, n. 12492/2023; TAR Campania, Napoli, n. 5210/2023; TAR Toscana, Firenze, n. 484/2023.

trodotto nel nostro ordinamento con il d.l. n. 80 del 2021, al fine di rafforzare la «capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni[3]» per poter attuare il PNRR (Piano nazionale di ripresa e resilienza)[4].

In base alla disciplina positiva che lo regola, anziché redigere separatamente una molteplicità di piani autonomi, come ad esempio il piano triennale dei fabbisogni di personale, il piano anticorruzione e trasparenza, il piano per le azioni positive e quello organizzativo del lavoro agile, viene predisposto tramite questo nuovo strumento un unico atto nel quale confluiscono alcuni piani, tra cui quello dei fabbisogni di personale menzionato[5]; a ciascuno di essi corrisponde attualmente una Sezione (o Sottosezione) in cui il PIAO è articolato.

Nonostante la disciplina del 2021 si diffonda sugli aspetti relativi al contenuto e alle modalità con cui deve essere redatto, la stessa non risulta essere esaustiva. Infatti, l'assetto delineato in astratto potrebbe in concreto assumere svariate configurazioni ed in tal senso risulta emblematica proprio la pronuncia oggetto di disamina.

In quest'ultima, a rivolgersi al giudice contabile erano il Comune di Lampedusa e di Linosa.

Essi in particolare chiedevano all'organo giurisdizionale come collegare il proprio PIAO con un procedimento attivato successivamente all'approvazione dello stesso e riguardante l'assunzione di personale con contratto di lavoro flessibile. Ed in effetti, nella disciplina relativa al PIAO la programmazione costituisce un presupposto fondamentale per la redazione della sottosezione 3.3 concernente i fabbisogni di personale[6]. Più in particolare, il dubbio riguardava la possibilità di procedere alternativamente all'aggiornamento della sola sottosezione predetta[7], lasciando immutate le altre, ovvero se fosse necessario approvare un nuovo PIAO al fine di tener conto degli eventuali effetti prodotti anche sulle altre sezioni.

Alla prima ipotesi indicata è sottesa una concezione del PIAO come strumento di semplice sovrapposizione di piani che non sono tra loro coordinati e non si integrano vicendevolmente. Una condizione, questa, che legittima la modificazione di singole sezioni senza procedere ad alcun riesame complessivo. Evidentemente si tratta di un'idea che riduce sensibilmente la portata innovativa del PIAO, poiché ricalca nella sostanza l'assetto previgente dei piani separati, con la sola differenza che gli stessi vengono inseriti all'interno di un documento unico.

Se passasse questa linea di pensiero si andrebbe fatalmente a verificare quella problematica già adombrata dal Consiglio di Stato, secondo cui: piuttosto che semplificare e migliorare l'azione si sarebbe creato un altro *layer of bureaucracy*[8].

Se fosse così sarebbe allora preferibile, anziché introdurre uno strumento unita-

[3] Così l'introduzione del d.l. n. 80 del 2021.

[4] Sono escluse dall'ambito di applicazione della disciplina sul PIAO le scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, mentre per le pubbliche amministrazioni con meno di cinquanta dipendenti sono previsti adempimenti semplificati (art. 6, comma 1, d. l. n 80 del 2021).

[5] In particolare, gli adempimenti assorbiti dal PIAO sono individuati nel d.P.R. n. 81/2022. Sulla semplificazione degli adempimenti «cartolari» cui è tenuta la pubblica amministrazione vedi: A. Riccobono, *op. cit.*, 72.

[6] Art. 8, comma 1, d.P.R. 132 del 2022.

[7] Corrispondente al previgente piano triennale dei fabbisogni di personale.

[8] In particolare si fa riferimento al punto 4.1 del parere del CDS, n. 506 del 2022. Sul rischio di dar luogo a mere sovrapposizioni di piani si veda: A.M. Savazzi, *Il piano integrato di attività e amministrazione*, in *Azienditalia*, 4/2022, 776 e 784; C. Siccardi, *op. cit.*, 430 e 431; A.M. Savazzi, *Organizzazione e gestione del personale*, in *Azienditalia* 4/2022, 776.

rio, lasciare i piani separati, evitando di dar luogo ad un nuovo adempimento a carico dell'amministrazione.

Prospettate le due possibili opzioni, la Corte dei conti ha ritenuto di prediligere quella che si ritiene più fedele allo *spirito* innovativo del PIAO, ossia che impone il riesame complessivo a fronte di ogni modifica subita dallo stesso, precludendo ad aggiornamenti di singole sezioni che non tengano conto del contesto generale in cui vengono inserite.

Nel prosieguo si preciseranno le ragioni a fondamento della correttezza di tale impostazione.

2. L'integrazione delle attività come obiettivo prioritario del PIAO.

Come anticipato; la decisione a cui è approdata la Corte dei conti si fonda su una concezione del PIAO che si caratterizza per il necessario coordinamento tra i piani assorbiti in esso, dunque tra le Sezioni e Sottosezioni in cui si articola[9]. Certo, da ciò non deriva che si debbano sempre rettificare le restanti parti, ma quantomeno occorre una verifica in tal senso.

Ora, anche in ragione dei «criteri» contenuti nel successivo D.M. n. 132 del 2022, di attuazione del PIAO, la decisione assunta dal giudice contabile risulta essere quella più conforme non solo allo *spirito* della norma ma anche alla sua *lettera*.

Infatti, secondo il giudice «una approvazione per "stralci"» del PIAO, vale a dire «una sua non meglio precisata "formazione progressiva"», non sarebbe in sintonia con la disciplina positiva indicata. Ciò trova conferma nell'*incipit* dell'Allegato al D.M. 132 già menzionato, in cui si specifica che «il presupposto logico dell'intero sistema delineato dal PIAO consiste nel coordinamento delle diverse sezioni in cui è articolato»; coordinamento che evidentemente non potrebbe configurarsi qualora si modificasse una singola sezione del piano.

Da questa esigenza di coordinamento consegue quasi come suo naturale corollario, la centralità dell'aspetto relativo alla ricerca di forme di integrazione tra le varie Sezioni che il PIAO reca con sé al fine del miglioramento dell'azione amministrativa; e la pronuncia presa in esame merita apprezzamento proprio per questo, poiché coglie pienamente il profilo innovativo alla base del PIAO[10].

L'individuazione di opportuni momenti di sintesi tra le diverse attività amministrative comporta un naturale innalzamento dei livelli di qualità dell'azione amministrativa. Meritano in tal senso di essere ricordati alcuni peculiari obiettivi cui il PIAO è preordinato e fra questi:

«assicurare la qualità e la trasparenza dell'attività amministrativa e migliorare la qualità dei servizi ai cittadini e alle imprese» procedendo «alla costante e progressiva semplificazione e reingegnerizzazione dei processi»[11].

Più in generale è attraverso questo strumento di integrazione che si rafforza la "capacità amministrativa" delle P.A. anticipata

[9] P. Morigi, *Il nuovo Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO) implica attività di programmazione e lavoro in team*, in *Risorse umane nella pubblica amministrazione*, 1/2022, 10 ss.

[10] In senso contrario rispetto alla reale portata innovativa del PIAO R. Nobile, *Il Piano integrato di attività e organizzazione negli enti locali: un documento privo di reale efficacia innovativa,* in *Risorse umane nella pubblica amministrazione*, 2/2022, 44 ss.

[11] Art. 6, comma 1, del d.l. n. 80 del 2021.

in apertura finalizzata anche all'attuazione del PNRR.

Dunque, il fatto di far confluire piani (prima separati) nelle diverse Sezioni e Sottosezioni del PIAO sembra poter rappresentare un nuovo metodo di integrazione tra attività. Se si approdasse ad una valutazione diversa e per così dire "più conservatrice", sarebbe complesso cogliere elementi di innovazione utili a giustificare l'introduzione di questo nuovo istituto. A quel punto l'unica reale novità rispetto ai contenuti dei piani previgenti (e assorbiti dal PIAO) sarebbe forse esclusivamente riferibile a due obiettivi nuovi di cui il PIAO si deve comunque occupare, vale a dire: «piena accessibilità, fisica e digitale, alle amministrazioni da parte dei cittadini ultrasessantacinquenni e dei cittadini con disabilità»[12], che costituisce a ben vedere un'originale declinazione dell'ampia nozione di valore pubblico previgente[13], nonché l'individuazione dell'«elenco delle procedure da semplificare e reingegnerizzare»[14].

Partendo da questa visione innovativa, fine prioritario del PIAO non è di ridurre il volume di attività che le P.A. devono svolgere, bensì di ricercare integrazioni utili ad innalzare la qualità dell'azione amministrativa. Deve trattarsi – in ogni caso – di integrazioni che siano in grado di apportare un miglioramento sulla qualità dei servizi offerti alla comunità di riferimento. Ne deriva che non ogni attività prevista nel PIAO debba integrarsi con un'altra, con la sola eccezione costituita dalle attività di monitoraggio che per loro natura si rapportano con le altre, trattandosi di strumenti di controllo sull'attuazione delle misure previste in astratto nel piano. Il monitoraggio è infatti per definizione un'attività trasversale a tutte le attività indicate nel PIAO.

Nonostante la centralità dell'aspetto riguardante l'integrazione, la normativa fornisce però pochi esempi utili in tale direzione. Questo è forse il principale profilo di criticità dell'intera disciplina sul PIAO. Da esso derivano sicure difficoltà in fase applicativa, al punto che sarà probabilmente necessario un particolare sforzo creativo nella stesura dei PIAO. Di contro, la disciplina prevede scadenze abbastanza ravvicinate, avendo il piano validità triennale, con la necessità di aggiornamenti annuali; dunque, sarebbe stato utile predisporre una fattispecie più puntuale in grado di veicolare il *disporre* col successivo *provvedere*, istituendo ad esempio un "PIAO modello".

3. Ulteriori obiettivi apprezzabili alla luce della disciplina sul PIAO.

Un'altra osservazione derivante dalla pronuncia in commento è quella in cui il giudice, riprendendo l'espressione usata dall'istante, definisce il PIAO come uno «strumento integrato» orientato «al valore pubblico». Da ciò sembra potersi desumere come la creazione di valore pubblico costituisca obiettivo esclusivo o quantomeno prioritario del PIAO. Tuttavia, dalla lettura della disciplina in materia emerge un esito diverso, nel senso che il menzionato valore pubblico rappresenta soltanto uno degli obiettivi del PIAO e peraltro neppure il principale, come dimostra il fatto che questo sia appena accennato nel già menzionato D.M. n. 132 del 2022 (e nel relativo Allegato).

[12] Art. 6, comma 2, l. f) del d. l. n. 80 del 2021.

[13] C. Tubertini, *La nuova pianificazione integrata dell'attività e dell'organizzazione amministrativa,* in *Gior. dir. amm.*, 2022, 620, in cui si definisce, invece, la sezione valore pubblico come «la parte senz'altro più nuova».

[14] Art. 6, comma 2, l. e), d.l. n. 80 del 2021.

Merita poi precisare che la disciplina sul PIAO ha il pregio di fornire una specificazione dell'ampia nozione di "valore pubblico", qualificandola come azione finalizzata «a realizzare la piena accessibilità alle amministrazioni, fisica e digitale, da parte dei cittadini ultrasessantacinquenni e dei cittadini con disabilità», ossia di quei soggetti che sono definibili come vulnerabili.

È appena il caso di rilevare che quanto appena indicato risulta essere coerente con l'idea secondo cui il valore pubblico coincide con l'incremento del benessere dei destinatari dei servizi[15].

Resta il fatto che la nozione di valore pubblico può essere declinata in modi diversi e fra i meriti da ascrivere al PIAO, vi è anche quello di aver contribuito ad individuarne il contenuto sostanziale senza per questo averne ancora definito completamente l'essenza.

Spetta dunque alle pubbliche amministrazioni in fase di redazione del PIAO specificare che cosa si debba intendere quando si utilizza la locuzione valore pubblico al fine di evitare che siano inseriti obiettivi troppo generici.

Del resto, a ben vedere qualora non si tenesse conto di questa indicazione sarebbe difficile poter misurare l'efficacia del PIAO in direzione del "valore pubblico".

4. Sintesi conclusiva: individuazione di alcuni aspetti di metodo utili per la redazione di un PIAO "modello".

La pronuncia in esame si segnala per aver saputo cogliere aspetti fondamentali di questo nuovo atto pianificatorio, evidenziando le possibili ragioni poste a fondamento di una riforma dell'assetto previgente che si caratterizzava per la redazione di piani separati.

Particolarmente significativo è il fatto che il giudicante abbia sottolineato come «una approvazione per "stralci"» o a «"formazione progressiva"» non appaia in sintonia con la disciplina sul PIAO.

Questo nuovo istituto è infatti, come si intuisce dalla stessa denominazione attribuita dal Legislatore, uno strumento per effettuare integrazioni, il che costituisce un qualcosa in più rispetto alla somma delle singole componenti che lo formano.

Secondo questa visione d'insieme le varie sezioni e sottosezioni che ne fanno parte non possono essere prese in considerazione in modo isolato e modificate senza verificare gli eventuali aggiornamenti delle restanti parti.

In sostanza, ciò che fa la differenza rispetto all'assetto previgente non è tanto il contenuto del piano, quanto il *modo* in cui lo si predispone, dando luogo a forme di integrazione.

Inoltre, trattandosi di uno strumento in cui confluiscono, al fine di coordinarli, diversi adempimenti prima contenuti in piani separati, è importante attenersi particolarmente a due indicazioni fornite dall'Allegato al D.M. 132 del 2022 più volte menzionato, vale a dire la sinteticità e la necessità che

[15] Linee guida sulla *performance* del 2016 e d.lgs. n. 150 del 2009.

il contenuto del PIAO sia sufficientemente specifico.

Con riferimento al primo requisito, i singoli piani saranno inevitabilmente ridimensionati a beneficio dell'agevole fruibilità del documento, eliminando gli adempimenti superflui e facendo risaltare al contempo gli elementi in grado di apportare un concreto miglioramento all'attività amministrativa[16].

Per quando riguarda invece il secondo requisito è necessario che il contenuto del PIAO sia adeguatamente specificato agli obiettivi che persegue, anche attraverso l'eventuale indicazione di obiettivi intermedi e di breve periodo, al fine di evitare di predisporre un piano privo di effettività.

Indubbiamente sarà necessario, specie in questa fase immediatamente successiva alla sua introduzione, uno sforzo delle P.A. per poter attuare al meglio la relativa disciplina, in maniera tale che questo nuovo strumento venga valorizzato nella sua portata innovativa[17].

È un compito certamente impegnativo che pronunce come quella qui analizzata contribuiscono ad affrontare.

---

[16] Sul ridimensionamento dei singoli piani confluiti nel PIAO vedi: C. Ascani, *L'impatto del PNRR nell'ambito dell'anticorruzione,* in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 3/2021, 57 e 58; R. Dagostino, *Nuovi percorsi di ibridazione fra pubblico e privato: dai modelli organizzativi ex D.lgs. n. 231/2001 ai piani per la prevenzione della corruzione nella p.a.,* in *Dir. soc*., 1/2022, 159.; C. Siccardi, *op. cit*., 431; C. Tubertini, *op. cit*., 2022, 621; E. Carloni, A. Nieli, *Bagliori al tramonto. I piani di prevenzione della corruzione tra contrasto della criminalità e assorbimento nel piano integrato*, in *Ist. fed*., 1/2022, 117 ss.

[17] Sulle difficoltà legate all'attuazione del PIAO: C. Siccardi, *Anticorruzione e PNRR: profili costituzionali*, in *Consulta online*, 1/2022, 431; C. D'Aries, *Il Piano Integrato di Attività e Organizzazione (P.I.A.O.) quale occasione per una programmazione-gestione-controllo di 'qualità' della P.A.,* in *Finanza e tributi locali*, 9/2022, 45. A. Corrado, *La difficile strada della semplificazione imboccata dal PIAO*, in *Federalismi.it*, n. 27/2022, 203; E. Tagliaferri, *La costruzione del PIAO: l'esperienza del comune di Forlì*, in *Azienditalia*, n. 1/2023, 121.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2892 – 28 settembre 2023

Ripartizione delle risorse e determinazione dei tetti di spesa in ambito sanitario
(nota a Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 20 marzo 2023, n. 435)

Giuseppe Andrea Primerano

Sommario: 1. La fattispecie. – **2.** Precisazioni sulla relazione intercorrente fra regione e struttura commissariale. – **3.** La natura (ampiamente) discrezionale del potere amministrativo in materia di ripartizione delle risorse e determinazione dei tetti di spesa in ambito sanitario. – **4.** I limiti del sindacato giurisdizionale tra ponderazione degli interessi e razionalità della decisione amministrativa.

1. La fattispecie.

La sentenza in nota[1] offre l'opportunità di riflettere sull'ampia discrezionalità amministrativa in materia di ripartizione delle risorse e determinazione dei tetti di spesa in ambito sanitario, con la precisazione – non priva di risvolti anche sotto il profilo della legittimazione processuale – che il giudizio concerne atti emanati dal Commissario *ad acta* per l'attuazione del piano di rientro dai disavanzi della Regione Calabria.

Con ricorso principale è stato impugnato il decreto[2] recante la determinazione dei livelli massimi di finanziamento alle Aziende Sanitarie Provinciali per l'acquisto di prestazioni erogate dalla rete di assistenza ospedaliera privata accreditata con oneri a carico del Servizio Sanitario Regionale per il triennio 2022-2024, come rettificato[3]; con motivi aggiunti la ricorrente titolare di una struttura sanitaria accreditata ha agito avverso il successivo decreto commissariale[4] volto a esplicitare il criterio seguito per detta ripartizione del *budget*, di portata tale da superare il provvedimento censurato in via principale[5].

L'articolazione delle censure può riassumersi nei seguenti termini.

[1] Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 20 marzo 2023, n. 435.
[2] DCA 17 ottobre 2022, n. 133.
[3] DCA 18 ottobre 2022, n. 137.
[4] DCA 9 dicembre 2022, n. 185.
[5] Da cui discende l'improcedibilità del ricorso principale.

In primo luogo, nel riferirsi in via esclusiva al valore della produzione effettuata in un certo periodo pregresso senza distinzioni fra prestazioni erogate nel rispetto dei limiti negoziali pattuiti e prestazioni rese *extra budget*, l'amministrazione consentirebbe l'attribuzione di risorse più cospicue nei confronti di strutture convenzionate che, in modo sistematico, avrebbero disatteso le linee programmatiche e i limiti di spesa imposti. Da qui gli asseriti profili di illogicità, arbitrarietà e ingiustizia del criterio impiegato che premierebbe taluni operatori inadempienti rispetto a un assetto predeterminato a scapito di quanti, come la ricorrente, vi hanno diligentemente ottemperato.

In secondo luogo, il dato della produzione storica delle singole strutture sarebbe, in ogni caso, inidoneo ad assicurare i fabbisogni sanitari a livello territoriale, né risolverebbe il problema della mobilità passiva regionale[6], donde ulteriori profili di irragionevolezza dell'azione commissariale incapace di considerare imprescindibili aspetti quali la localizzazione delle strutture, le carenze territoriali, l'accessibilità, il bacino e il tipo di utenza, la vocazione, le tecnologie e, soprattutto, il numero di posti letto disponibili.

A quest'ultimo riguardo merita fin d'ora precisare che, secondo un costante indirizzo giurisprudenziale, la determinazione del *budget* non può ritenersi commisurata all'insieme dei posti letto esistenti nella provincia di riferimento, né ai posti letto accreditatati, ma è condizionata dalle risorse effettivamente a disposizione e dalla razionalità dei criteri fissati per la loro suddivisione[7]. Infatti, le esigenze di contenere la spesa pubblica, per quanto stringenti, non escludono che le scelte operate dallo stesso commissario *ad acta* debbano estrinsecare in maniera coerente e intellegibile le ragioni sottese alla determinazione adottata[8].

2. Precisazioni sulla relazione intercorrente fra regione e struttura commissariale.

Ricostruita nei suddetti termini la fattispecie, prima di analizzare le statuizioni inerenti al merito della controversia, è opportuno concentrare l'attenzione sulla questione riguardante la legittimazione passiva al ricorso della Regione Calabria. Il difetto all'uopo riscontrato dal giudice di prime cure potrà comprendersi all'esito di un conciso inquadramento della relazione intercorrente fra regione e struttura commissariale.

I programmi operativi di riorganizzazione, riqualificazione e potenziamento del servizio sanitario regionale, ridenominati piani di rientro[9], istituiti dalla legge finan-

[6] Cfr. il Report Osservatorio GIMBE 1/2023 *Il regionalismo differenziato in sanità* (Fondazione GIMBE: Bologna, febbraio 2023, disponibile sul sito *www.gimbe.org/regionalismo-differenziato-report*). La mobilità sanitaria interregionale avvera spesso forme di "turismo" sanitario non sovrapponibili a quelle considerate dalla giurisprudenza amministrativa e, in linea di principio, non consentite anche in ragione di «intuibili esigenze di natura economico-finanziaria a tutela dell'erario e di parità di trattamento dei cittadini/utenti» (Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2014, n. 19; Id. 22 gennaio 2014, n. 296; Id. 11 marzo 2014, n. 1146; Id. 17 marzo 2014, n. 1320; Id. 21 luglio 2014, n. 3881), in considerazione della richiesta di autorizzazione a effettuare cure specialistiche all'estero, né con il consolidato principio di libera scelta del paziente che comprende la scelta della struttura, pubblica o privata, a cui rivolgersi.

[7] Cfr., *ex multis*, Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 17 maggio 2017, n. 1351.

[8] Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 17 giugno 2020, n. 2020, che sul punto richiama Id. 26 settembre 2018, n. 1636.

[9] L'art. 1, comma 796, della l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), istitutiva un fondo per il triennio 2007- 2009 da ripartirsi fra le regioni interessate da elevati disavanzi, ne ha

ziaria 2005[10] contengono sia le misure di riequilibrio del profilo di erogazione dei LEA, per renderli conformi con la programmazione nazionale e con il vigente d.P.C.M. riguardante la loro definizione[11], sia le misure per ottenere l'equilibrio di bilancio sanitario. In Calabria, l'accordo sul piano di rientro dal disavanzo è stato perfezionato il 17 dicembre 2009 e recepito con DGR n. 97 del 12 febbraio 2010.

La disciplina dei piani di rientro introduce significative innovazioni nel rapporto tra unitarietà e differenziazione in materia sanitaria[12]. Le regioni sottoposte alla procedura di risanamento perdono parte della loro autonomia decisionale, fino alla nomina governativa di un commissario *ad acta* per l'attuazione del piano, essendo legate all'adozione di misure organizzative e provvedimenti condizionanti l'offerta assistenziale rivolta agli utenti del servizio. Il commissariamento si giustifica in ragione dell'omessa realizzazione degli obiettivi prefigurati nel piano di rientro, cioè sopraggiunge all'esito di una persistente inerzia degli organi regionali che, in tal modo, si sottraggono a un'attività imposta sia da esigenze di finanza pubblica connesse alla necessità di assicurare la tutela dell'unità economica della Repubblica, sia dai livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute[13].

Il riconoscimento di significativi spazi di intervento alle regioni in relazione alle politiche sanitarie rinviene un limite indefettibile nell'esigenza di garantire in modo uniforme sull'intero territorio nazionale i LEA, prestazioni necessarie per rispondere ai bisogni fondamentali di promozione, mantenimento e recupero della tutela della salute[14], in coerenza con gli artt. 3, comma 2, e 117, comma 2, lett. m), Cost.[15], rispetto ai quali il tema della differenziazione si

subordinato l'accesso «alla sottoscrizione di apposito (…) piano di rientro dai disavanzi» puntualizzando il relativo contenuto.

[10] E resi effettivi con l'Intesa fra Stato e Regioni del 23 marzo 2005.

[11] Il d.P.C.M. 12 gennaio 2017 recante «definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza» di cui all'art. 1, comma 7, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, ha sostituito il d.P.C.M. 29 novembre 2001. La "griglia LEA" si compone di 22 indicatori, in base ai quali viene elaborato un unico risultato che riassume la valutazione dei servizi erogati in ciascuna delle tre aree assistenziali (prevenzione collettiva e sanità pubblica, assistenza distrettuale e assistenza ospedaliera): sono adempienti le regioni che conseguono un risultato complessivo pari o superiore a 160. Diversamente da tale sistema valutativo, il monitoraggio fondato sul Nuovo Sistema di Garanzia (NSG), introdotto in via sperimentale con d.m. 19 marzo 2019 e operativo dal 1° gennaio 2020, è basato su 88 indicatori, dei quali 22 "*core*", ossia impiegati per valutare l'erogazione dei LEA in ciascuna delle suddette aree assistenziali, che sostituiscono la "griglia LEA" in vigore fino al 2019, e 66 "*no core*" che non concorrono alla formazione dei punteggi finali, bensì costituiscono una base informativa per la valutazione complessiva dei SSR e dei loro fabbisogni assistenziali. Il NSG attribuisce un punteggio ad ogni area assistenziale e considera adempiente la regione che totalizza un punteggio, per ciascuna area, pari almeno a 60 (con valore massimo di 100). L'ultima verifica adempimenti LEA disponibile si riferisce all'anno 2019. Per un confronto tra i risultati della Griglia LEA per il periodo 2015-2019 e il monitoraggio sperimentale per il 2019 in base al NSG, si veda il Referto al Parlamento sulla gestione finanziaria dei Servizi Sanitari Regionali (esercizi 2020-2021) elaborato dalla Sezione delle autonomie della Corte dei conti, deliberazione n. 19/SEZAUT/2022/FRG, 74 ss.

[12] Cfr. V. Antonelli - E. Griglio, *Tutela della salute*, in L. Vandelli - F. Bassanini (a cura di), *Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni*, Bologna, 2012, 52 s.

[13] Cfr., *ex multis*, Corte cost. 19 gennaio 2017, n. 14; Id. 22 novembre 2016, n. 266; Id. 11 novembre 2015, n. 227. Riecheggia qui il monito della dottrina secondo cui «il tema del commissario *ad acta*, o *ad actus*, si iscrive prevalentemente nel vasto panorama dell'inefficienza nell'esercizio di attività che rilevano anche – o soltanto – nell'interesse alieno ed in particolare di funzioni della pubblica amministrazione» (V. Caputi Jambrenghi, *Commissario* ad acta, in *Enc. dir.*, agg. VI, 2002, 285).

[14] Cfr. V. Antonelli - E. Griglio, *Tutela della salute*, cit., 46.

[15] Cfr. E. Pesaresi, *La "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni" e la materia "tutela della salute": la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell'era del decentramento istituzionale*, in *Giur. cost.*, 2, 2006, 1733 ss. Pone in evidenza il nesso tra i principi di unità, uniformità e uguaglianza anche D. D'Orsogna, *Principio di uguaglianza e differenziazioni possibili nella disciplina delle autonomie territoriali*, in F. Astone - M. Caldarera - F. Manganaro - A. Romano Tassone - F. Saitta (a cura di), *Principi generali del diritto amministrativo ed autonomie territoriali*, Torino, 2007, 8 e 22.

pone soprattutto in termini di efficiente erogazione del servizio. Le regole del d.P.C.M. sopra richiamato, tuttavia, non hanno trovato applicazione omogenea nelle diverse aree del Paese, con conseguente attivazione di interventi sostitutivi riconducibili all'art. 120, comma 2, Cost.

Il potere sostitutivo che tale norma riconosce al Governo mira a salvaguardare, al netto dei criteri di allocazione delle competenze[16], taluni interessi unitari che il sistema costituzionale affida alla responsabilità dello Stato[17] cui spetta, nel particolare ambito dei piani di rientro dai deficit di bilancio in materia sanitaria, il compito di «risolvere nel minor tempo possibile la crisi dissipativa di un certo ente autonomo, sì da rimetterlo in condizione di tornare a garantire i beni da questo, invece, al momento compromessi»[18]. La giurisprudenza costituzionale, in tal senso, consente di evidenziare l'inscindibile legame tra il conferimento di una determinata attribuzione e la previsione di un intervento sostitutivo volto ad assicurare che la finalità cui essa è preordinata non sacrifichi l'unità e la coerenza dell'ordinamento[19].

Nell'ambito in questione, quindi, la garanzia dei livelli essenziali di assistenza si intreccia con il fine di garantire la tenuta del quadro complessivo delle risorse pubbliche. È il piano di rientro dai deficit di bilancio, insieme ai connessi programmi operativi[20], a orientare le strategie regionali di spesa e di programmazione sanitaria, circostanza non sconfessabile neppure dal legislatore regionale[21]. Una diversa soluzione rischierebbe di pregiudicare la tenuta del sistema fondato sull'art. 120, comma 2, Cost., costituendo un grave ostacolo non solo alla piena attuazione dell'autonomia finanziaria regionale, ma anche al superamento dei divari territoriali nell'erogazione di prestazioni inerenti a diritti sociali[22] e, nello specifico, a un diritto (alla salute) fondamentale della persona umana, in scia all'art. 2 Cost., che si dispiega sia nei rapporti fra privati, sia nelle relazioni giuridiche fra questi ultimi e la pubblica amministrazione[23].

[16] Non è superfluo ricordare che ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost. tutela della salute e coordinamento della finanza pubblica rappresentano materie di potestà legislativa concorrente.

[17] Cfr. Corte cost. 27 gennaio 2004, n. 43, con nota di F. Merloni, *Una definitiva conferma della legittimità dei poteri sostitutivi regionali*, in *Le Regioni*, 4, 2004, 1074 ss.

[18] Corte cost. 23 luglio 2021, n. 168, con nota di A. Carosi, *Risanamento finanziario, garanzia dei livelli essenziali e poteri sostitutivi: riflessioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 168 del 2021*, in *Bilancio com. persona*, 2, 2021, 50 ss.

[19] Cfr. V. Antonelli, *Livelli essenziali, materie trasversali e altri fattori unificanti*, in *Il federalismo alla prova*, cit., 395.

[20] Ai sensi dell'art. 2, commi 88 e 88-*bis*, della l. 23 dicembre 2009, n. 191 (legge finanziaria 2010), i programmi operativi costituiscono «prosecuzione e necessario aggiornamento degli interventi di riorganizzazione, riqualificazione e potenziamento del piano di rientro al fine di tenere conto del finanziamento del servizio sanitario programmato per il periodo di riferimento, dell'effettivo stato di avanzamento dell'attuazione del piano di rientro, nonché di ulteriori obblighi regionali derivanti da intese fra lo Stato, le regioni e le province autonome». Sulla configurazione dei programmi operativi come atti di esecuzione dei piani di rientro dal disavanzo della spesa sanitaria, fonte di attribuzione di potere e limite alle prerogative del commissario *ad acta*, S. Villamena, *Il Commissariamento della sanità regionale. Conflittualità ed approdi recenti anche con riferimento al c.d. decreto Calabria*, in *www.federalismi.it (osservatorio di diritto sanitario)*, 2019, 7.

[21] Cfr. Corte cost. 20 ottobre 2020, n. 217, e, da ultimo, Id. 14 febbraio 2023, n. 20.

[22] Cfr. Corte cost. 26 novembre 2021, n. 220, la quale, nel solco già tracciato da Id. 1 giugno 2018, n. 117, sottolinea che i livelli essenziali delle prestazioni «costituiscono un elemento imprescindibile per uno svolgimento leale e trasparente dei rapporti finanziari fra lo Stato e le autonomie territoriali».

[23] Cfr. R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, 62 ss. Si veda già R. Ferrara, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, spec. 531: «mentre il diritto alla salute sembra conservare, tutto sommato, caratteri di assolutezza e di inviolabilità nei rapporti interpersonali fra privati, alla luce dell'art. 32 Cost. interpretato come norma precettiva, questo stesso principio costituzionale evapora e degrada al rango di mera disposizione programmatica allorché si applichi alle relazioni intersoggettive fra i cittadini-utenti e la pubblica amministrazione». Sulla connotazione del diritto alla salute come "diritto finanziariamente condizionato" si veda F. Merusi, *I servizi pubblici negli anni '80*, in *Quad. reg.*, 1985, 54. Spetta al legislatore svolgere un bilanciamento che tenga conto

Esiste, infatti, una "componente essenziale" ad assicurare l'effettività dei diritti sociali[24], ossia un "nucleo indefettibile" di garanzie[25] incomprimibile e intangibile che consente di precisare, ulteriormente, come «la dialettica tra Stato e Regioni sul finanziamento dei LEA dovrebbe consistere in un leale confronto sui fabbisogni e sui costi che incidono sulla spesa costituzionalmente necessaria, tenendo conto della disciplina e della dimensione della fiscalità territoriale, nonché dell'intreccio di competenze statali e regionali in questo delicato ambito materiale»[26]. Ciò per garantire una programmazione effettiva e la reale copertura finanziaria dei servizi sanitari che, in virtù della natura della situazione da tutelare, deve riguardare sia la quantità che la qualità di prestazioni costituzionalmente necessitate, in uno scenario improntato alla riduzione dei divari territoriali e all'equità[27].

L'incapacità dell'amministrazione territoriale di raggiungere determinati standard meritevoli di tutela (anche) in ambito sanitario, pertanto, giustifica una temporanea surroga nell'esercizio di funzioni assegnate alla titolarità di enti sub-statali. Dunque, la relazione intercorrente fra la struttura commissariale e la Regione è di tipo intersoggettivo e non interorganico[28]. Ciò significa che provvedimenti commissariali come quelli esaminati nella sentenza in nota non sono imputabili all'ente territoriale[29] che, di conseguenza, non ha legittimazione passiva, ossia il ricorso è inammissibile nei suoi confronti[30].

dell'esigenza di equilibrio della finanza pubblica e, in tal senso, il diritto alle prestazioni sanitarie non può ritenersi illimitato e assoluto (cfr. N. Aicardi, *La sanità*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, tomo I, Milano, 2000, 382), ma la ristrettezza dei mezzi e delle risorse non potrebbe, comunque, incidere su tale diritto sociale al punto di comprometterne il "nucleo essenziale" (Corte cost. 17 luglio 1998, n. 267).

[24] Come espressamente riconosciuto da Corte cost. 16 dicembre 2016, n. 275, in relazione al diritto all'istruzione del disabile consacrato nell'art. 38 Cost.

[25] Cfr. Corte cost. 26 febbraio 2010, n. 80.

[26] Corte cost. 12 luglio 2017, n. 169.

[27] Sul valore dell'uguaglianza e, in particolare, sulla forza acquisita da quella sostanziale «e quindi dalla necessità di trattare in modo uguale gli uguali, ma in modo diseguale i diseguali», G. Amato, *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna, 2014, 196. Sul nesso fra tutela della salute e uguaglianza sostanziale, C. Bottari, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Milano, 1991, 49 ss. Sul rapporto fra art. 3 Cost., Stato sociale e fondamento dei diritti sociali, senza pretesa di esaustività, G. Corso, *I diritto sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 757; F.A. Roversi Monaco, *Compiti e servizi. Profili generali*, in L. Mazzarolli - G. Pericu - A. Romano - F.A. Roversi Monaco - F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2005, 7.

[28] Tar Molise, sez. I, 15 febbraio 2013, n. 119, secondo cui «dal punto di vista organizzativo la struttura commissariale, nonostante sia organo statale, si avvale degli uffici e del personale della regione inadempiente che ne è anche tenuta a sopportare i costi di funzionamento (…). La rilevata autonomia organizzativa e l'esercizio di poteri propri e non delegati nell'attuazione del piano di rientro induce pertanto a ritenere la struttura commissariale unico legittimato passivo nei giudizi aventi ad oggetto la legittimità degli atti adottati dal commissario ad acta. I ricorrenti eccepiscono che la notifica alla Regione Molise sarebbe idonea a garantire la regolare costituzione del contraddittorio in quanto gli atti adottati dal commissario ad acta dovrebbero imputarsi alla Regione medesima; in senso contrario deve osservarsi che la relazione che intercorre tra la regione e la struttura commissariale è di tipo intersoggettivo e non interorganico».

[29] Come precisato da Cons. Stato, sez. III, 10 aprile 2015, n. 1832, rientra nella competenza esclusiva del commissario *ad acta* la realizzazione del mandato conferito con la nomina sostitutiva ai sensi dell'art. 120, comma 2, Cost. Si legge, ancora, nella citata sentenza del Tar Molise n. 119/2013 che il commissario *ad acta* è l'unico soggetto titolare di legittimazione passiva, in quanto «centro di imputazione autonomo sia rispetto alla regione, i cui uffici operano a supporto organizzativo della struttura commissariale in relazione di mero avvalimento (cfr. Tar Molise, 23 dicembre 2010, n. 1565), sia rispetto alla Presidenza del Consiglio dei ministri (…) cui compete il solo procedimento di nomina e la prodromica attività istruttoria relativa all'accertamento della sussistenza dei presupposti normativi di cui all'art. 8 della legge n. 131 del 2001, di attuazione dell'art. 120 Cost., per disporre l'intervento sostitutivo». Sull'autonomia operativa, decisionale e organizzativa della struttura commissariale rispetto alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5424.

[30] Cfr. G. Avanzini, *Il commissario straordinario*, Torino, 2013, 113, che ricorda la pronuncia del Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 25 giugno 2013, n. 712, secondo cui il ricorso avverso i decreti assunti dal Presidente della Giunta in qualità di commissario *ad acta* per l'attuazione del piano di rientro non va notificato presso

3. La natura (ampiamente) discrezionale del potere amministrativo in materia di ripartizione delle risorse e determinazione dei tetti di spesa in ambito sanitario.

Il modello di SSN delineatosi a partire dal d.lgs. n. 502/1992 si ispira alla coniugazione del principio di libertà dell'utente con il principio di programmazione delle prestazioni a carico del servizio sanitario. Sotto il primo aspetto rileva il diritto alla scelta della struttura di fiducia, pubblica o privata, per la fruizione dell'assistenza sanitaria. Il perseguimento del principio della necessaria programmazione sanitaria è stato, invece, perseguito tramite l'adozione di piani annuali preventivi finalizzati a un controllo tendenziale sul volume complessivo della domanda quantitativa delle prestazioni mediante la fissazione dei livelli uniformi di assistenza sanitaria e l'elaborazione di protocolli diagnostici e terapeutici che, inizialmente previsto per le sole aziende ospedaliere[31], è stato poi esteso a tutti i soggetti, pubblici e privati, accreditati[32].

Si è registrata, inoltre, la progressiva accentuazione del carattere autoritativo della programmazione sanitaria[33]. In particolare, a norma dell'art. 32, comma 8, della l. 27 dicembre 1997, n. 449, le Regioni, in attuazione di tale programmazione e in coerenza con gli indici di cui all'art. 2, comma 5, della l. n. 549/1995, s.m.i., individuano preventivamente per ciascuna istituzione sanitaria pubblica e privata, compresi i presidi ospedalieri, o per gruppi di istituzioni sanitarie, i limiti massimi annuali di spesa sostenibile con il Fondo sanitario e i preventivi annuali delle prestazioni, nonché gli indirizzi e le modalità per la contrattazione di cui all'art. 1, comma 32, della l. n. 662/1996[34].

Alle regioni, quindi, è stato affidato il compito di adottare determinazioni di natura autoritativa e vincolante in materia di limiti alla spesa sanitaria, in linea all'esigenza che l'attività dei soggetti operanti in ambito sanitario si svolga nel rispetto di una pianificazione finanziaria. In altri termini «spetta a un atto autoritativo e vincolante di programmazione regionale la fissazione del tetto massimo annuale di spesa sostenibile con il fondo sanitario per singola istituzione o per gruppi di istituzioni, nonché la determinazione dei preventivi annuali delle prestazioni»[35].

La giurisprudenza amministrativa ha considerato detta funzione programmatoria un dato ineludibile per assicurare una corretta gestione delle risorse disponibili, affermando, in linea di principio, la legittimità dei tetti di spesa nei confronti di strutture private accreditate date le insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica[36], per quanto il

---

la Regione Calabria, bensì la competente Avvocatura dello Stato *ex* art. 1 della l. 25 marzo 1958, n. 260, richiamato per i giudizi amministrativi dall'art. 10, comma 3, della l. 3 aprile 1979, n. 103, trattandosi di atti riconducibili all'amministrazione statale.

[31] Ai sensi dell'art. 6, comma 5, della l. 23 dicembre 1994, n. 724.

[32] Ai sensi dell'art. 2, comma 8, della l. 28 dicembre 1995, n. 549. Il principio della pianificazione preventiva è stato confermato, con modifiche, dall'art. 1, comma 32, della l. 23 dicembre 1996, n. 662.

[33] È quanto si legge nella pronuncia del Cons. Stato, ad. plen., 12 aprile 2012, n. 3, e, nello specifico, nel § 2.1 della parte in diritto che sta orientando la ricognizione normativa in argomento.

[34] *Ibidem*.

[35] Così sempre Cons. Stato, ad. plen, n. 3/2012 per cui «l'atto programmatorio regionale rappresenta, in definitiva, un primo e fondamentale strumento di orientamento per le strutture sanitarie pubbliche e private».

[36] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. I, adunanza del 26 gennaio 2022, n. 1077/2022; Tar Campania, Napoli, sez. I, 29 novembre 2022,

diritto fondamentale alla salute, come anticipato, non possa essere scalfito nel suo nucleo essenziale. Al di là della questione più specifica della legittimità dei tetti di spesa fissati in corso di esercizio finanziario[37], ciò significa che le regioni godono di un ampio potere discrezionale nell'esercizio della predetta funzione, dovendo individuare un punto di sintesi in esito alla comparazione di interessi quali il contenimento della spesa pubblica, il diritto alla fruizione di adeguate prestazioni sanitarie, le aspettative di operatori orientati dalla logica imprenditoriale e l'efficienza delle strutture sanitarie[38].

In una Regione come la Calabria interessata dal regime "emergenziale" – che, invero, si protrae da oltre un decennio[39] – del piano di rientro dal disavanzo e dal successivo commissariamento, in base a quanto già osservato, l'individuazione delle somme destinate all'acquisto delle prestazioni sanitarie erogate dalle strutture accreditate spetta al Commissario *ad acta*, così da «rendere stringenti i criteri di fissazione del tetto massimo di spesa posto a monte dell'erogazione dei singoli *budgets* destinati alle strutture private»[40].

In tale prospettiva, si è precisato che «la ragionevolezza delle scelte operate in materia di tetti di spesa e ripartizione del *budget*, trattandosi di determinazioni che tengono conto della ponderazione tra i diversi tipi di interessi e prestazioni eterogenee, come tali riservate ad una sfera di discrezionalità politico-amministrativa particolarmente ampia, (…) non emerge guardando al singolo interesse e al concreto effetto lesivo che la stessa comporta per il singolo operatore economico, ma solo considerando tale interesse insieme agli altri, valutando le alternative possibili e realistiche per contemperarle»[41]. Si è inoltre evidenziato che «chi intende operare nell'ambito della sanità pubblica deve pur accettare i limiti in cui la stessa è costretta, dovendo comun-

n. 7423; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 31 ottobre 2022, n. 3053; Tar Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 2 maggio 2022, n. 5401.

[37] In relazione alla quale è sorto un contrasto giurisprudenziale dovuto a due diversi orientamenti. Per il primo la fissazione di tetti di spesa in via retroattiva, soprattutto intervenendo in un periodo avanzato dell'anno, sarebbe illegittima poiché idonea a sottrarre a operatori del SSN la possibilità di programmare, con ragionevole anticipo e congrua ponderazione, la propria attività (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2004, n. 1667; Id. 31 gennaio 2003, n. 499). In base al secondo orientamento, già avallato da Cons. Stato, ad. plen., 2 maggio 2006, n. 8, la fissazione in corso d'anno di tetti che dispieghino i propri effetti anche sulle prestazioni già erogate non potrebbe considerarsi, in quanto tale, illegittima, giacchè essa rappresenta la conseguenza fisiologica dei tempi non comprimibili che permeano le diverse fasi procedimentali previste dalla legge rispetto alla definizione dei fondi utilizzabili (cfr. gli artt. 32, comma 8, l. n. 449/1997, 12, comma 3, d.lgs. n. 502/1992 e 39, comma 1, d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, da leggere in combinato con l'art. 115 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112). Questo secondo orientamento è stato confermato da Cons. Stato, ad. plen., n. 3/2012 con la precisazione che «la fissazione di tetti retroagenti impone l'osservanza di un percorso istruttorio, ispirato al principio della partecipazione, che assicuri l'equilibrato contemperamento degli interessi in rilievo, nonché esige una motivazione tanto più approfondita quanto maggiore è il distacco dalla prevista percentuale di tagli. Inoltre, la considerazione dell'interesse dell'operatore sanitario a non patire oltre misura la lesione della propria sfera economica anche con riguardo alle prestazioni già erogate fa sì che la latitudine della discrezionalità che compete alla regione in sede di programmazione conosca un ridimensionamento tanto maggiore quanto maggiore sia il ritardo nella fissazione dei tetti».

[38] Così, oltre alla sentenza in nota, Cons. Stato, sez. III, 7 dicembre 2021, n. 8161; Id. 4 novembre 2018, n. 6427; Id. 4 luglio 2017, n. 3274.

[39] E solo per questa Regione ha determinato l'adozione, in rapida successione, di due atti con forza di legge, meglio noti come "decreti Calabria", ossia il d.l. 30 aprile 2019, n. 35, convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 2019, n. 60, e il d.l. 10 novembre 2020, n. 150, convertito con modificazioni dalla l. 30 dicembre 2020, n. 181. L'art. 2, comma 1, del d.l. 8 novembre 2022, n. 169, come convertito dalla l. 16 dicembre 2022, n. 196, ha disposto con alcune eccezioni la proroga delle misure per il SSR calabrese in questione, in origine applicabili per ventiquattro mesi, di sei mesi. Un'ulteriore proroga, fino al 31 dicembre 2023, è stata disposta dall'art. 3 del d.l. 10 maggio 2023, n. 51, recante «disposizioni urgenti in materia di amministrazione di enti pubblici, di termini legislativi e di iniziative di solidarietà sociale», convertito con modificazioni dalla l. 3 luglio 2023, n. 87.

[40] Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2016, n. 1244.

[41] Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2018, n. 3859.

que e in primo luogo assicurare, persino in presenza di restrizioni finanziarie, beni costituzionali di superiore rango quali i livelli essenziali relativi al diritto alla salute. Le strutture private, che operano e cooperano in regime di accreditamento all'erogazione del servizio sanitario, non possono ignorare questa fondamentale esigenza pubblica (…) sottesa alla previsione di stringenti tetti di spesa»[42].

Alla stregua di simili statuizioni, la sentenza in nota afferma che un criterio – come quello in esame – di distribuzione delle risorse basato sul valore medio della produzione effettuata in un certo periodo, quand'anche eccedente il *budget* fissato dall'amministrazione[43], non può ritenersi palesemente illogico o irrazionale, poiché idoneo a rappresentare uno degli elementi utili ad apprezzare l'efficienza degli operatori nel mercato di riferimento, senza pregiudizio per la concorrenzialità tra singole strutture sanitarie.

4. I limiti del sindacato giurisdizionale tra ponderazione degli interessi e razionalità della decisione amministrativa.

Il principio di parificazione e di concorrenzialità tra strutture pubbliche e private, dunque, deve conciliarsi con il principio di programmazione[44] volto ad assicurare razionalità al sistema sanitario. È necessario ora precisare se le prestazioni eccedenti il *budget* prefissato dall'amministrazione possano legittimamente rilevare, come ritenuto dalla sentenza in nota, ai fini della determinazione delle risorse spettanti alle strutture accreditate. Nel caso di specie, infatti, la p.a. ha optato per il criterio della produzione effettiva nel riparto delle risorse disponibili, sì da ottimizzare *pro futuro* le potenzialità delle strutture nell'erogazione delle prestazioni sanitarie, mentre per la ricorrente una simile opzione avrebbe valorizzato una forma di illecito contrattuale.

In base a tali premesse è opportuno chiarire, innanzitutto, il regime delle prestazioni *extra budget* e, successivamente, la ragionevolezza del menzionato criterio in relazione ai poteri decisori del giudice amministrativo.

In merito al primo profilo, dagli artt. 8-*quinquies* e 8-*sexies* del d.lgs. n. 502/1992 si desume la regola per cui non è consentita la remunerazione delle prestazioni in argomento, in quanto la funzionalità del sistema di programmazione sanitaria si fonda sul rispetto dei tetti di spesa preventivati. Anche la Corte di Cassazione ha avuto modo di affermare, al riguardo, che l'osservanza di questi tetti costituisce un vincolo ineludibile che stabilisce la misura delle prestazioni che il SSN può erogare e permettersi di acquistare[45], al punto di giustificare l'omessa previsione dei criteri remunerativi riguardanti le prestazioni *extra budget*, circostanza ritenuta coerente con il fine di perseguire obiettivi di equilibrio finanziario attraverso un'attività di programmazione e pianificazione autoritativa e vincolante[46] e, come anticipato, connotata da significativi margini di discrezionalità.

In questa parte del ragionamento si innesta il secondo profilo relativo al tipo di

[42] Cons. Stato, sez. III, 21 luglio 2017, n. 3617.
[43] Vedi *infra*.
[44] Cfr. Corte cost. 26 maggio 2005, n. 200.
[45] Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2020, n. 13884.
[46] Cass. civ., sez. III, 31 ottobre 2019, n. 27997.

sindacato giurisdizionale che può svolgersi in riferimento all'esercizio di tale potere, il quale risulta circoscritto agli aspetti del provvedimento idonei a rivelare un'evidente illogicità, irragionevolezza o erroneità[47]. Una volta escluso che l'amministrazione sia incorsa in un simile vizio della funzione[48], il giudice amministrativo non può sostituire il proprio giudizio alle valutazioni spettanti alla p.a.

Ciò non implica, ovviamente, preclusioni in ordine alla verifica della congruità delle valutazioni strumentali ad assicurare la razionalità della decisione amministrativa[49]. La vigenza di un canone generale di ragionevolezza[50], del resto, è stata da tempo affermata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato[51][che attraverso il sindacato sull'eccesso di potere ha fatto emergere un obiettivo di adeguamento sostanziale dell'agire pubblico rispetto alla funzione esercitata[52].

Tale sindacato sulla "accettabilità" della scelta schiude significativi spazi al giudice amministrativo, e ciò costituisce la ragione della "forza intrinseca" del giudizio sull'eccesso di potere[53] che ha imposto una rilettura della teoria della validità provvedimentale con il passaggio dalla legittimità formale a quella sostanziale[54]. Spetta, tuttavia, alla parte ricorrente dimostrare la palese ingiustizia, irrazionalità o illogicità di una scelta, come quella in contestazione, basata sulla produzione effettiva ai fini del riparto delle risorse fra strutture private accreditate; il che non è avvenuto: «non appare, infatti, del tutto irrazionale che l'Amministrazione, non disponendo di specifiche evidenze sulla qualità delle prestazioni offerte dai vari soggetti accreditati, abbia deciso di distribuire le risorse finanziarie disponibili prendendo a riferimento il dato della produzione effettiva, quale indice della capacità delle singole strutture sanitarie di erogare prestazioni sanitarie»[55].

---

[47] Cfr., *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. I, 5 giugno 2019, n. 3054.

[48] La ricostruzione dell'eccesso di potere quale vizio della funzione, come noto, è stata elaborata da F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.

[49] Cfr. F. Trimarchi Banfi, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2019, 313 ss.

[50] Cfr. F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 514, e ancor prima, con riferimento al rapporto fra eccesso di potere e sindacato sul ragionevole perseguimento del fine, E. Presutti, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 78.

[51] Cfr. A. Romano, *Art. 26 (t.u. Cons. St. r.d. 26 giugno 1924, n. 1054)*, in Id., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992, 266 (II ed., 2001, 195), il quale evidenzia l'emersione, nel panorama giurisprudenziale, del principio di ragionevolezza per le scelte discrezionali amministrative che «ben presto ha assunto tutta l'ampiezza che deve essergli riconosciuta: come limite non solo intrinseco, ma anche altrettanto generale della loro legittimità; e, in tal modo, il giudice amministrativo che lo ha elevato a tanta portata, lo ha formato come strumento mediante il quale poter operare un sindacato parimenti generale di quelle scelte discrezionali medesime, senza peraltro travalicare i limiti della propria giurisdizione detta, appunto, di (sola) *legittimità* (…). Il principio di ragionevolezza delle scelte discrezionali amministrative viene a porsi come l'angolo visuale più comprensivo dal quale poter valutare tutte le numerosissime ipotesi che si riconducono all'*eccesso di potere*, come vizio appunto generale della discrezionalità amministrativa». Sulla ragionevolezza come «elemento fondamentale del processo decisorio della pubblica amministrazione nell'esercizio del suo potere discrezionale», si veda anche F. Astone, Il principio di ragionevolezza, in M. Renna - F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 372.

[52] Cfr. G. Pastori, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 11, II, 1987, 3170.

[53] Cfr. A. Police, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, in M. Immordino - A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003), Torino, 2004, 112.

[54] Per ulteriori sviluppi, cfr. i contributi di A. Pajno, *Ciò che resta dell'eccesso di potere*, F.G. Scoca, *Qual è il problema dell'eccesso di potere?* e F. Merusi, *L'eccesso di potere è morto? E se è morto, chi l'ha ucciso?* in F. Francario - M.A. Sandulli (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, Napoli, 2017, 233 ss.

[55] Così la sentenza in nota. Non si discute la possibilità di optare per un diverso criterio e neppure si tratta di verificare se il criterio prescelto sia il più idoneo a contemperare gli interessi in gioco. Occorre, invece, appurare un'eventuale irrazionalità, illogicità o ingiustizia della decisione amministrativa, la cui dimostrazione

La considerazione delle prestazioni erogate *extra budget*, in tal senso, consente di apprezzare pienamente l'efficienza delle imprese sanitarie e, nella prospettiva secondo cui il perseguimento degli interessi pubblici coesistenti in materia non può sottostare agli interessi privati, cedevoli e recessivi rispetto ai primi[56], si dimostra coerente con il fine ultimo di tutelare il diritto fondamentale alla salute.

rappresenta un onere per la parte ricorrente.

[56] Come è stato pure evidenziato da Cass. civ., sez. III, n. 13884/2020.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2921 – 12 ottobre 2023

Interdittiva antimafia e 'occasionale occasionalità' della permeabilità mafiosa. Un concetto tutto da chiarire

(nota a sentenza TAR sez. staccata di Reggio Calabria, 5 luglio 2023, n. 598)

Renato Rolli e Martina Maggiolini*

Sommario: 1. Ricostruzione della vicenda contenziosa. – **2.** Sulle questioni di legittimità Costituzionale (già note). – **3.** Sull'occasionalità della permeabilità mafiosa. – **4.** Osservazioni conclusive: ancora lacune da colmare.

1. Ricostruzione della vicenda contenziosa.

Il tema relativo al contrasto dell'infiltrazione mafiosa richiede un bilanciamento costante di diritti pubblici e privati. Per tale ragione è necessario indagare la pervasività del fenomeno mafioso al fine di attivare gli strumenti più idonei al contrasto e meno invasivi per le società destinatarie del provvedimento prefettizio.

L'attuale vocazione imprenditoriale delle mafie ha imposto la previsione di più duttili strumenti di bonifica aziendale in alternativa a quelli ablatori. Ci si allontana dallo scopo sanzionatorio-ablatorio per giungere al recupero di economie che, seppure incise da tentativi di infiltrazione mafiosa, mostrano una possibilità di risanamento.

Si è progressivamente affermata la tendenza ad individuare svariati strumenti alternativi di tipo preventivo e di controllo, calibrati sul diverso grado di condizionamento mafioso, volte a tutelare la continuità dell'attività dell'impresa (bonifica prima e successiva riabilitazione)[1].

* Seppur frutto di un lavoro unitario è possibile attribuire i primi due paragrafi al Prof. Renato Rolli i restanti alla dott.ssa Martina Maggiolini.

[1] Cfr. 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*

Dalla ricostruzione della pronuncia in commento è possibile cogliere non pochi spunti riflessivi sull'evoluzione del tema.

Il ricorrente, titolare della società a conduzione familiare operante nel settore navale impugnava due distinti provvedimenti il primo proposto per l'annullamento dell'interdittiva adottata dalla Prefettura di Reggio Calabria sull'istanza di aggiornamento ex art. 91 co. 6 D.lgs. n. 159/2011 di precedente inibitoria, il secondo proposto per l'annullamento di un nuovo provvedimento interdittivo ovvero per la dichiarazione di applicabilità delle misure alternative di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale.

Preliminarmente la società, con istanza di riesame, chiedeva l'aggiornamento dell'interdittiva sulla base della risalenza nel tempo dei precedenti penali e di polizia, dell'immutata composizione a base familiare della società e l'assenza di qualsiasi interessamento alle vicende societarie da parte dei parenti controindicati, allegando la sopravvenuta sentenza penale di assoluzione ottenuta dai parenti del ricorrente, imputati per il reato di associazione mafiosa.

Medio tempore la Prefettura adottava una nuova informazione interdittiva ritenendo attuale il pericolo di condizionamento mafioso della società.

Con altro ricorso la società impugnava la nuova informazione interdittiva e sollevava diverse eccezioni di incostituzionalità. Il ricorrente sosteneva che l'atto impugnato sarebbe viziato per illegittimità costituzionale degli art. 92 e 94 bis D.lgs. 159/2011 in relazione agli artt. 3 co.2, 4, 24 e 41 della Costituzione, nella parte in cui non prevede che l'autorità prefettizia possa limitare gli effetti dell'interdittiva, circoscrivendo le decadenze e i divieti scaturenti dalla sua adozione, ove "per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia"[2].

Si prospetta l'incostituzionalità dell'art. 94 *bis* D.lgs n. 159/2011, nella parte in cui prevede che le misure di prevenzione collaborativa siano sempre applicabili nei casi di agevolazione occasionale anche a soggetti avulsi da controindicati rapporti di parentela e non lo siano, invece, quando i tentativi di infiltrazione mafiosa derivano esclusivamente dalla mera esistenza di relazioni con familiari presuntivamente portatori di pericolosità ma senza presupporre un'agevolazione né cronica né estemporanea.

Il ricorrente, poi, contestava l'omessa e/o la contraddittoria valutazione di nuovi elementi evidenziati in sede di richiesta di aggiornamento dell'informativa antimafia, allegando provvedimenti giurisdizionali, antecedenti all'impugnata interdittiva, a sé favorevoli, e recenti provvedimenti favorevoli ottenuti dai fratelli. A sostegno di una comprovata estraneità all'ambiente criminoso, il ricorrente introduceva le risultanze delle indagini difensive che, ripercorrendo la vita della società, avrebbero negato contatti dei soci con l'ambiente mafioso scongiurando il rischio di ingerenze illecite[3].

La Prefettura, infine, avrebbe omesso di valutare i margini per l'applicazione delle misure di prevenzione collaborativa, verificando in concreto se i tentativi di infiltrazione mafiosa fossero "riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale".

controllo giudiziario, in *Giurisprudenza penale*, 2021.

[2] V. Corte Costituzionale n. 532 del 2002.

[3] Si consenta il rinvio su diverse questioni relative ai provvedimenti prefettizi a R. Rolli, *L'informativa antimafia come "frontiera avanzata" (Nota a sentenza Cons. Stato, Sez. III, n. 3641 dell'8 giugno 2020)*, in *questa rivista*, 3 luglio 2020.

Il ricorrente, dunque, concludeva per l'annullamento dei provvedimenti impugnati ovvero per la dichiarazione di applicabilità delle misure alternative di cui all'art. 94 *bis* e, in ogni caso, per la condanna al risarcimento dei danni o in forma specifica, derivanti dall'illegittimità del provvedimento impugnato.

Le misure cautelari urgenti venivano respinte dal Presidente del TAR e l'Amministrazione costituendosi chiedeva la reiezione del gravame.

Il Collegio disponeva la riunione dei due ricorsi per evidenti ragioni di connessione soggettiva ed oggettiva, riservando a separato provvedimento la decisione del ricorso inerente ad atti consequenziali all'interdittiva e, per le motivazioni che seguono riteneva fondata la violazione dell'art. 94 *bis* D.lgs. n. 159/2011 e pertanto annulla il provvedimento interdittivo nella parte *de qua*.

2. Sulle questioni di legittimità Costituzionale (già proposte).

È sempre utile in tema di interdittiva richiamare l'ormai consolidata giurisprudenza di legittimità al fine di analizzare eventuali, ulteriori e nuovi profili.

Il Collegio, sul ricorso per l'annullamento dell'interdittiva adottata dalla Prefettura sull'istanza di aggiornamento *ex* art. 91 co. 6 D.lgs. n. 159/2011 di precedente inibitoria, rilevava la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità avanzate alla luce delle sentenze della Corte Costituzionale n. 180/2022 e n. 57/2020.

La Corte Costituzionale ribadiva che "L'informazione antimafia interdittiva adottata dal Prefetto nei confronti dell'attività privata delle imprese oggetto di tentativi di infiltrazione mafiosa non viola il principio costituzionale della libertà di iniziativa economica privata perché, pur comportandone un grave sacrificio, è giustificata dall'estrema pericolosità del fenomeno mafioso e dal rischio di una lesione della concorrenza e della stessa dignità e libertà umana"; "l'ampio potere amministrativo non si può ritenere sproporzionato rispetto all'interesse della collettività al mantenimento di una situazione di concorrenza sul mercato, la cui tutela impone di colpire in anticipo il grave e pericoloso fenomeno mafioso[4].

Con più recente pronuncia, la Corte Costituzionale dichiarava inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 92, D.lgs. 159/2011, sollevate, in riferimento agli artt. 3, comma 1, 4 e 24 della Costituzione, nella parte in cui non viene riconosciuto al prefetto la facoltà di escludere decadenze e divieti stabiliti dal comma 5 dell'art. 67 del medesimo decreto legislativo, ove valuti che, in conseguenza degli stessi, verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla sua famiglia[5].

Il ricorrente deduceva, poi, l'incostituzionalità dell'art. 94 *bis* D.lgs. n. 159/2011 nella parte in cui non prevede l'applicazione delle misure di prevenzione collaborativa anche a beneficio dell'imprenditore non occasionalmente agevolato dalla mafia ma legato da parentele a soggetti che possono essere ricondotti all'apparato mafioso.

Il TAR adito riteneva irrilevante e manifestamente infondata l'eccezione poiché il ricorrente non indicava specificamente i profili costituzionali effettivamente violati poiché la norma indicata richiede quale unico presupposto al fine dell'applicazione delle misure alternative a quella di tipo in-

[4] V. Corte Costituzionale, 26.03.2020, n. 57.
[5] V. TAR Reggio Calabria 20 marzo 2023 n. 252.

terdittivo la riconducibilità dei tentativi di infiltrazione criminosa "a situazioni di agevolazione occasionale" a prescindere dalla sussistenza di controindicati rapporti di parentela.

Ed ancora il provvedimento interdittivo è ritenuto in contrasto con diversi dettati costituzionali (art. 3, 27, 111 Cost.) e convenzionali (art. 6 paragrafi 2 e 3 del Trattato CEDU).

Il ricorrente, sul punto, riteneva inadeguato il criterio probabilistico come effettivamente probatorio al fine di individuare la presenza di situazioni di permeabilità mafiosa condizionanti l'attività economica della singola impresa.

In realtà, la giurisprudenza è ormai unanime nel ritenere che la regola probatoria del "più probabile che non" non è connotata da un diverso procedimento logico, bensì dalla minore forza dimostrativa dell'inferenza logica richiesta.

Il Consiglio di Stato[6] ha chiarito a più riprese che "il pericolo di infiltrazione mafiosa deve essere valutato secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, tipica dell'accertamento (…) penale, e quindi fondato su prove, ma implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere "più probabile che non", appunto, il pericolo di infiltrazione mafiosa"[7].

La formula "elastica" scelta nella materia che ci occupa fondata su base indiziaria trova giustificazione nella ragionevole ponderazione tra l'interesse privato al libero esercizio dell'attività imprenditoriale e l'interesse pubblico alla salvaguardia del sistema socioeconomico dagli inquinamenti mafiosi.

Sovente il primo pare recessivo rispetto al secondo, poiché collegato alle preminenti esigenze di "difesa dell'ordinamento contro l'azione antagonistica della criminalità organizzata"[8]. Dunque, il criterio del "più probabile che non" è conforme al sistema della Convenzione EDU e della Costituzione[9] per cui non può essere condivisa l'eccezione di legittimità.

3. Sull'occasionalità della permeabilità mafiosa.

Il provvedimento in commento impone di analizzare il concetto di occasionalità della permeabilità mafiosa che non appare di immediata comprensione.

Il provvedimento impugnato è la risposta all'istanza di riesame della prima interdittiva, la cui legittimità è già stata definitivamente dichiarata con sentenza passata in giudicato[10].

L'amministrazione nel valutare l'istanza di riesame è tenuta a determinazioni diverse rispetto alla fase genetica del provvedimento interdittivo.

---

[6] A partire dalla fondamentale sentenza n. 1743/2016.

[7] V. Cons. Stato, sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483; Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758; Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743; Corte Cost. 26 marzo 2020, n. 57 e la giurisprudenza successiva ad essa conforme, da aversi qui per richiamata. Dunque, l'interprete è sì vincolato a sviluppare un'argomentazione rigorosa sul piano metodologico, "ancorché sia sufficiente accertare che l'ipotesi intorno a quel fatto sia più probabile di tutte le altre messe insieme, ossia rappresenti il 50% + 1 di possibilità, ovvero, con formulazione più appropriata, la c.d. probabilità cruciale".

[8] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 14 febbraio 2018, n. 1017.

[9] V. Cons. Stato, Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758; Cons. Stato, Sez. III, 18 aprile 2018, n. 2343.

[10] Cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 4979/2020.

Già consolidata giurisprudenza ha chiarito che l'autorità prefettizia in sede di riesame deve limitarsi a "verificare se la domanda sia accompagnata da un fatto realmente nuovo, perché sopravvenuto ovvero non conosciuto, che possa essere ritenuto effettivamente incidente sulla fattispecie e a valutare se possano ritenersi venute meno quelle ragioni di sicurezza e di ordine pubblico in precedenza ritenute prevalenti sull'iniziativa e sulla libertà di impresa del soggetto inciso"[11].

Ciò che rileva in sede di riesame non è il mero trascorso del tempo bensì il sopraggiungere di elementi oggettivi diversi o contrari che ne facciano venire meno la portata sintomatica, in quanto ne controbilanciano, smentiscono o superano la forza indiziante[12].

Dalla documentazione allegata non si evince alcun elemento che faccia presumere la totale estraneità della società al contesto criminoso anzi il giudice adito ritiene che sui soci gravi il fermo sospetto che essi non siano né possano davvero considerarsi estranei o comunque indifferenti a logiche, interessi e profitti di derivazione illecita. Per tale ragione, il Collegio reputa che l'impugnata interdittiva resista alle censure formulate dal ricorrente.

Ciò che si evince è uno stretto legame di parentela dei soci con soggetti ritenuti appartenenti alla criminalità organizzata e per questo esposti ampiamente a una loro influenza che allontana la società dal reingresso nel sistema dell'economia sana.

Seppur alcuni fatti riportati appaiono come risalenti nel tempo, sia dottrina che giurisprudenza sono unanime nel ritenere che "il mero decorso del tempo, di per sé solo, non implica, cioè, la perdita del requisito dell'attualità del tentativo di infiltrazione mafiosa e la conseguente decadenza delle vicende descritte in un atto interdittivo, né l'inutilizzabilità di queste ultime quale materiale istruttorio per un nuovo provvedimento, donde l'irrilevanza della "risalenza" dei dati considerati ai fini della rimozione della disposta misura ostativa, occorrendo, piuttosto, che vi siano tanto fatti nuovi positivi quanto il loro consolidamento"[13].

Ciò che rileva è l'ampiezza del reticolo parentale che innesta famiglie e interessi economici convergenti nello stesso settore commerciale aventi lo stesso bacino territoriale d'utenza, da cui è del tutto logico e ragionevole prefigurare come attendibile l'eventuale rischio di "contagio" tra le due imprese e pertanto non è concepibile un'analisi atomistica dei fattori ma è necessaria una lettura complessiva dell'apparato probatorio (probabilistico)[14].

Seppur il ricorrente abbia fornito una ricca documentazione tesa a dequotare gli elementi che vedono la società legata ad ambienti criminosi, da tentativi di infiltrazione mafiosa a situazioni di agevolazione non cronica ma occasionale, l'amministrazione, in sede di riesame, non ha considerato la possibilità di ricorrere all'applicazione di misure alternative a quella inibitoria, violando l'art. 94 *bis* D.lgs n. 159/2011.

[11] Cfr. TAR Reggio Calabria 5 luglio 2019 n. 444.

[12] Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2021, n. 8309; Cons. Stato, sez. III, 21 maggio 2021, n. 3915; TAR Napoli, sez. I, 11 maggio 2021 n. 3113.

[13] Cfr. Cons. Stato sez. III, 9 dicembre 2021 n. 8187.

[14] È indubbio, infatti, che "uno degli indici del tentativo di infiltrazione mafiosa nell'attività d'impresa – di per sé sufficiente a giustificare l'emanazione di una interdittiva antimafia – è identificabile nella instaurazione di rapporti commerciali o associativi tra un'impresa e una società già ritenuta esposta al rischio di influenza criminale" (v. Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2021 n. 7890).

Il Collegio riteneva tale profilo di censura fondato.

L'art. 94 *bis* D.lgs n. 159/2011 prevede che l'autorità prefettizia, ove accerti che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono da ritenersi riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale, dispone con provvedimento motivato, all'impresa, l'adozione, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi, di una o più delle misure di prevenzione collaborativa.

Lo stesso Collegio[15] ha già precisato che "Con la misura di prevenzione collaborativa, prevista dall'art. 94 *bis* del codice antimafia introdotta dal D.L. 6 novembre 2021, n. 152 "Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose", si struttura 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. Tale provvedimento si pone come alternativa all'informazione antimafia interdittiva, ed è attivabile nei casi in cui l'influenza mafiosa abbia un'intensità tale da farla reputare esclusivamente occasionale. L'impresa raggiunta dal provvedimento, pur continuando ad operare nel proprio settore economico, preservando i propri contratti d'appalto, è tenuta ad adottare modelli aziendali orientati all'auto accreditamento della propria affidabilità imprenditoriale (*self cleaning*) e a fornire comunicazioni inerenti la propria vita economica e imprenditoriale che consentiranno ai componenti del Gruppo Interforze Antimafia per la provincia di Reggio Calabria di monitorare il suo comportamento operativo, escludendo in tal modo che possa essere oggetto di infiltrazione mafiosa".

L'obiettivo delle misure di prevenzione collaborativa, come, del resto, nel controllo giudiziario è quello di "decontaminare" l'economia delle imprese non del tutto attagliate dall'infiltrazione mafiosa e reinserirle nel mercato sano mediante un apparato fondato sul principio di progressività proprio delle misure di prevenzione, che si adatta allo stato di necessità di prevenzione del singolo imprenditore.

Appare necessario ora chiarire se le misure di prevenzione collaborative siano precluse dal rinnovato accertamento dello status di impresa mafiosa anche ove ciò sia dipeso da "influenze" che, pur essendo state consolidate in passato, siano ora divenute solo "occasionali" e potenzialmente tramutabili in attività sane.

Il Prefetto è tenuto a verificare ragionevolmente se i fatti oggetto di riesame siano idonei a far degradare la condizione permeabilità mafiosa dell'impresa da cronica ad occasionale, senza determinare un'immediata liberazione dell'impresa destinataria di interdittiva.

Dunque, accanto al criterio probabilistico indeterminato si affianca oggi un nuovo concetto se possibile ancora più indeterminato: l'occasionalità.

Esso, dunque, diventa una nuova misura del livello del rischio di infiltrazione.

Se dottrina e giurisprudenza hanno contribuito nel delineare la portata del principio probabilistico, ora dovranno impegnarsi nel definire un ulteriore criterio, *prima facie* privo di contenuto.

Un primo contributo chiarificatore sul presupposto dell'agevolazione occasionale proviene dalla giurisprudenza che ha dichiarato come "la verifica dell'occasionalità dell'infiltrazione mafiosa, pertanto, non deve essere finalizzata ad acquisire un da-

[15] V. TAR Reggio Calabria 3 maggio 2023 n. 392.

to statico, consistente nella cristallizzazione della realtà preesistente, ma deve essere funzionale a un giudizio prognostico circa l'emendabilità della situazione rilevata, mediante gli strumenti di controllo previsti dalla suddetta disposizione, ivi compresi gli obblighi informativi e gestionali previsti dal comma 3 dell'art. 34-*bis*[16].

Dunque, l'ammissione alle misure di prevenzione collaborativa deve essere accolta ove l'infiltrazione non risulta cronica ma solo "occasionale" e dunque sia possibile raggiungere la bonifica dell'impresa tramite sistemi virtuosi e la successiva immissione della stessa nel mercato sano.

Pertanto, il grado di infiltrazione deve essere talmente esiguo da scongiurare l'ipotesi che l'azienda, anche dopo l'esperimento della misura, risulti ancora sensibile ai condizionamenti esterni. In altre parole, laddove l'infiltrazione, lungi dall'essere solo "occasionale", si configuri, al contrario, come stabilmente radicata, cronica, insanabile, non è ragionevole, secondo il criterio del più probabile che non, formulare un giudizio prognostico positivo circa l'eliminazione del pericolo concreto di nuovi tentativi.

Il dato ultimo è quello di accompagnare l'impresa all'interno di un circuito economico privo di ingerenze criminose con l'obiettivo di salvaguardare l'economia e lo stato occupazionale di alcune 'zone private', per le più disparate ragioni, dalla possibilità di esercitare attività lavorative. Valorizzare la cooperazione pubblico-privata salvaguardando la continuità aziendale risponde alle diverse necessità. Per cui l'autorità prefettizia dovrà decidere motivatamente sulla scorta della documentazione allegata dall'impresa se essa possa allontanarsi definitivamente dai tentativi di infiltrazione e/o condizionamento.

4. Osservazioni conclusive: *ancora lacune da colmare*.

Le misure *ex* art. 94 bis non rappresentano una completa novità, ma appaiono assimilabili a quelle che l'autorità giudiziaria può disporre con il controllo giudiziario delle aziende di cui all'art. 34-*bis* cod. ant di cui abbiamo detto altrove[17].

In dottrina si è osservato come la «ratio sottesa alla prevenzione collaborativa è la stessa del controllo giudiziario» e si rinviene nell'esigenza di «non travolgere le imprese solo macchiate da marginali presenze mafiose, spesso inevitabili in alcuni territori»; si può trattare «di un "controllo amministrativo" che, in caso di esito positivo, anticipa e sostituisce il controllo giudiziario, e in caso di insuccesso ne ritarda o ne rende solo eventuale l'applicazione»[18].

Così agendo, il legislatore ha aperto «la strada ad una forma di cooperazione partecipata, questa volta però non tra impresa e tribunale, bensì tra impresa e autorità amministrativa, consentendo a quest'ultima di entrare in azienda e verificare la presenza o meno dei pericoli di infiltrazione mafiosa senza però esporla al rischio di una paralisi e salvaguardando il going concern aziendale e i livelli occupazionali»[19].

[16] Cfr. Sez. 2, n. 9122 del 28/01/2021; Sez. 6, n. 30168 del 07/07/2021.

[17] Cfr. Ampiamente M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in questa *rivista*, 2022.

[18] 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 *Giur. pen. web*, 11, 2021, 11.

[19] *Ibidem*.

Il controllo amministrativo, in caso di esito positivo, anticipa e sostituisce il controllo giudiziario, e in caso di insuccesso ne ritarda o ne rende solo eventuale l'applicazione[20].

Dunque, l'interdittiva si configura quale *extrema ratio*, da utilizzarsi solo al fine di contrastare croniche infiltrazione mafiose.

Il grado di esposizione dell'impresa al pericolo di condizionamento mafioso risulta imprescindibile ai fini del dosaggio delle misure da adottare sin dalla fase prefettizia.

Il regime interdittivo diviene dunque la misura più rigida e risulta contornata dalle "*misure amministrative di prevenzione collaborativa*" di cui all'art. 94-*bis* d.lvo n. 159/2011, dirette – sulla falsariga di quelle che sostanziano lo strumento del controllo giudiziario *ex* art. 34-*bis* – al risanamento di economie insane.

La ratio del più recente intervento legislativo è riconducibile all'esigenza di non espellere integralmente dal circuito economico le imprese non irrimediabilmente compromesse dal contatto mafioso, in quanto fatte solo "*occasionalmente*" oggetto degli interessi della criminalità organizzata, e quindi, piuttosto che alla finalità di ampliare l'ambito applicativo degli strumenti preventivi, a quella di modificarlo qualitativamente ove ricorra tale forma "debole" di condizionamento.

La verifica dell'occasionalità solleva non poche perplessità.

Di recente, la giurisprudenza ha mostrato abbracciare una soluzione ben precisa che, somministrando un'interpretazione delle modalità con le quali il suddetto accertamento deve avvenire, guarda al futuro e non al passato, cogliendo l'esigenza di salvaguardare quanto più possibile la continuità delle aziende colpite dal controllo.

Ed invero, Cass. pen., sez. II, 16 marzo 2023, n. 11326, specifica che «la verifica dell'occasionalità dell'infiltrazione mafiosa non deve essere finalizzata ad acquisire un dato statico, consistente nella cristallizzazione della realtà preesistente, ma deve essere funzionale a un giudizio prognostico circa l'emendabilità della situazione rilevata, mediante gli strumenti di controllo previsti dall'art. 34-*bis*, commi 2 e 3, d.lgs. n. 159 del 2011».

In altri termini, a nostro parere gli stessi soggetti che applicano il controllo giudiziario dovrebbero essere in grado di comprendere, già nel momento in cui si trovano a dover scegliere se ricorrere a quest'ultimo o alla più rigida misura dell'amministrazione giudiziaria, e anche attraverso la possibilità di adottare tutti gli strumenti che ne garantiscano una adeguata sorveglianza, quante possibilità concrete esistano per l'azienda colpita dalla misura di intraprendere un fruttuoso cammino per il suo riallineamento a contesti economici sani, completamente depurati da fenomeni criminosi.

La Suprema Corte distingue fra l'agevolazione occasionale di cui al primo comma dell'art. 34-*bis* ed il contesto giuridico e fattuale in cui può operare il controllo giudiziario su richiesta dell'impresa interessata, *ex* comma 6 del medesimo articolo, che pure deve essere connotato dal carattere della occasionalità.

Secondo tale orientamento, tanto nel caso di controllo giudiziario cd. "prescrittivo" (quello *ex* comma 1) quanto nel caso di controllo giudiziario cd. "volontario" (quello *ex* comma 6) la relativa misura è dispo-

[20] V. Corte di Cassazione, sez. II penale - 16 marzo 2023 N. 11326 "La verifica dell'occasionalità dell'infiltrazione mafiosa non deve essere finalizzata ad acquisire un dato statico, consistente nella cristallizzazione della realtà preesistente, ma deve essere funzionale a un giudizio prognostico circa l'emendabilità della situazione rilevata, mediante gli strumenti di controllo previsti dall'art. 34-bis, commi 2 e 3, D.Lgs. n. 159 del 2011".

sta qualora si possa verificare che in futuro, anche in esito all'esperimento della misura stessa, l'attività dell'impresa risulti scevra da qualsivoglia tentativo di contagio mafioso.

Tuttavia, essendo diversi sia i soggetti cui i due commi si riferiscono (il primo comma dell'art. 34-*bis* rimanda alla condotta di cui all'art. 34, co. 1 ma in forma occasionale, mentre il comma 6 riferisce specificamente alle imprese attinte da informazione antimafia che impugnano il provvedimento interdittivo stesso) e diverse pure le modalità di esecuzione di controllo giudiziario eventualmente esperibili (il comma 6 rimanda solo alla lett. b) del comma 2 della stesso articolo), diversi sono, di conseguenza, i termini in cui bisogna intendere verificato il presupposto dell'occasionalità. Nella prima ipotesi, l'occasionalità rileva come dato qualitativo e quantitativo del grado di infiltrazione in base al quale il giudice della prevenzione decide per l'applicazione della misura del controllo. Nell'ipotesi *ex* comma 6, invece, l'occasionalità non va intesa secondo la nozione tecnica di cui al comma 1, bensì in previsione di una futura depurazione dell'azienda da nuovi tentativi di penetrazione mafiosa. Nel testo della sentenza sopracitata si legge: "la verifica dell'occasionalità dell'infiltrazione mafiosa non deve essere finalizzata ad acquisire un dato statico, consistente nella cristallizzazione della realtà preesistente, ma deve essere funzionale a un giudizio prognostico circa l'emendabilità della situazione rilevata, mediante gli strumenti di controllo previsti dall'art. 34-*bis*, commi 2 e 3, D.Lgs. n. 159 del 2011(Sez. 6, n. 1590-2021, cit.)".

In sintesi, il requisito dell'occasionalità che, laddove accertato, permette l'applicazione su richiesta del controllo giudiziario, sospendendo di conseguenza gli effetti della misura interdittiva che insiste sull'impresa interessata, si deve riscontrare sulla base di un duplice giudizio: in negativo, verificando la non stabilità e non attualità dell'agevolazione; in positivo, formulando una prognosi favorevole di bonifica e radicale risanamento dell'impresa[21].

Dunque, il controllo giudiziario si conferma essere un nuovo paradigma di prevenzione patrimoniale, fondato su di un livello di azione certamente più ridotto anche rispetto alla simile amministrazione giudiziaria, ma indubbiamente proporzionato alle esigenze del caso concreto.

È solo con lo sguardo al futuro che il controllo giudiziario dovrebbe garantire un reale sostegno alle imprese vittima del giogo criminale.

Da ultimo il Consiglio di Stato ha chiarito come "nel segno della anticipazione della soglia di difesa dell'ordine pubblico economico e del tessuto economico legale dall'ingerenza mafiosa, tipica del provvedimento interdittivo, anche la meramente occasionale disponibilità dell'impresa ad accettare di "venire a patti" con la criminalità organizzata, pur senza entrare stabilmente a fare parte dei relativi ranghi, con lo scopo di trarre vantaggio dalla sua protezione o anche solo di sottrarsi alle conseguenze negative derivanti dal rifiuto della sua prossimità, integri una situazione oggettivamente allarmante, in quanto idonea a manifestare un elemento di fragilità nella rete di contenimento apprestata dallo Stato nei confronti della invadenza mafiosa"[22].

[21] La stessa pronuncia richiama un precedente delle Sezioni Unite, SS.UU. n. 46898 del 26/09/2019, ponendo l'attenzione "sulle concrete possibilità che la singola realtà aziendale ha o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano, anche avvalendosi dei controlli e delle sollecitazioni che il giudice delegato può rivolgere nel guidare l'impresa infiltrata".

[22] Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, n. 6144 del 22/06/2023.

Appare evidente che al fine di attivare le misure di prevenzione collaborativa è necessario riempire di contenuto il concetto di "occasionalità" per scongiurare il rischio che l'indeterminatezza possa causare una non attivazione della misura in commento. Probabilmente il processo evolutivo che ha visto consolidarsi il principio del "più probabile che non" sarà lo stesso sentiero che percorrerà il concetto di "occasionalità".

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2873 – 6 settembre 2023

Conclusioni delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa" svoltesi al Castello di Modanella il 16/17 giugno 2023 sul tema "Sindacato sulla discrezionalità amministrativa e ambito del giudizio di cognizione"

Maria Alessandra Sandulli

Sommario: 1. Premessa. – **2.** I lavori della prima sessione (Discrezionalità e giurisdizione). – **3.** Sui lavori della seconda sessione (Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità). – **4.** Sui lavori della terza sessione (Giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza). – **5.** Sui lavori della sessione finale (gli interventi). – **6.** Breve notazione conclusiva (con rinvio al saggio Brevi considerazioni sulla discrezionalità amministrativa, nell'ultima edizione di Principi e regole dell'azione amministrativa.

1. Premessa.

Desidero innanzitutto richiamare l'attenzione sulla valorizzazione del dialogo tra accademia e giurisprudenza, che è lo spirito e la ragione di questi nostri incontri. Ricordo ancora la cena organizzata prima della ripresa delle Giornate sulla Giustizia amministrativa, nate per celebrare la memoria di Eugenio Cannada Bartoli, l'illustre studioso Maestro di Fabio Francario, di cui avevo seguito le splendide lezioni di Giustizia amministrativa alla Sapienza (quando le teneva a pochissimi studenti alle 8 del sabato mattina) e con il quale avevo avuto l'onore di lavorare a stretto contatto quando era subentrato a Mario Nigro, a sua volta succeduto a mio padre, nella Direzione della Sezione di diritto amministrativo della rivista Giurisprudenza italiana.

Lo spirito di questi incontri, dicevo, nati in un momento un po' critico per la Giustizia amministrativa (in cui la stampa quotidiana e alcune forze politiche accusavano il giudice amministrativo di ostacolare improvvidamente il rilancio dell'economia), era anche quello di una critica costruttiva, per riflettere, in un ambito ristretto e "ami-

co", "insieme", sulle questioni più complesse e "delicate" della "nostra" Giustizia, lavorando, "insieme", per realizzare una tutela giurisdizionale nei confronti delle pp.AA. sempre migliore.

Come ha osservato poco fa Antonio Barone, queste Giornate sono una "*Ineguagliabile occasione di confronto franco e serrato tra accademia e magistratura*" e dobbiamo fare di tutto per tenerlo vivo.

Il nostro rispetto per l'istituzione Giustizia Amministrativa è noto, come lo è il mio autentico amore per l'istituzione Giudice amministrativo: non siamo professori e avvocati da una parte e giudici amministrativi dall'altra: siamo giuristi che "credono" in questa istituzione e vogliono, anche attraverso critiche costruttive all'interno di questo simposio, sentirla sempre più apprezzata e rispettata anche dall'esterno.

Vari giudici ci chiedono: che si dice di noi, che si dice del Consiglio di Stato e dei TAR dall'esterno? Il nostro auspicio e la nostra ambizione sono poter rispondere: "benissimo". Da qui anche la scelta degli argomenti, sempre condivisi con i Presidenti del Consiglio di Stato, trattati in queste Giornate, tendenzialmente un po' scomodi e apparentemente provocatori, come quello della "sentenza ingiusta", affrontato nel 2017, e quello di questo incontro, del sindacato sulla discrezionalità.

Ma siamo "NOI", insieme, contro la difficoltà che, come ben ricordato da Fabio nella sua Introduzione, i giudici amministrativi incontrano, oggi più che mai, a svolgere il loro ruolo: siamo solidali e dalla stessa parte, a tutela dell'effettività della giustizia nei confronti del potere amministrativo; e questo è fondamentale, perché, riprendendo il richiamo alla bella citazione tratta da Andrea Panzarola che ho apprezzato ieri, "la storia della libertà è stata anche la storia del rispetto delle garanzie procedurali".

Ma veniamo al nostro tema: la discrezionalità e il suo sindacato.

Inizio anche io dalla citazione del saggio di Mario Nigro (di cui ho avuto l'onore di essere allieva) su Silvio Spaventa, richiamato da Beppe Morbidelli: "*La discrezionalità amministrativa, sempre in crisi e sempre criticata, si ripropone d'altronde nuovamente ogni giorno come lo strumento più adatto a commisurare elasticamente l'azione statale agli scopi che essa prefigge, scopi che, nella loro molteplicità e imperiosità, sembrano essere il centro di gravità del nuovo stato*".

2. Sui lavori della prima sessione (Discrezionalità e giurisdizione).

Francesco Manganaro ha sottolineato la centralità del tema, oggetto di vari convegni, perché sempre più attuale e arricchito: lo ha affrontato da ultimo in modo assai interessante il volume di Fabio Saitta che rappresenta il giudice amministrativo come un "interprete senza spartito" di cui abbiamo discusso in uno degli incontri del lunedì di *Giustizia insieme* avviati quest'anno con il fondamentale apporto organizzativo di Enrico Zampetti.

Non è un caso, del resto, che negli ultimi anni ho aperto con questo tema il ciclo di lezioni sulla giustizia amministrativa della SSPPLL di Roma Tre, proprio con Fabio Francario, Marco Lipari e Paolo Carpentieri.

Oggi, per di più, si aggiungono i nuovi ambiti di discrezionalità offerti dal PNRR (di cui ci hanno parlato Antonio Barone e Paolo Gentili), dal Codice dei contratti pubblici (su cui abbiamo ascoltato Claudio Contessa, e, sotto diversi tagli, gli interventi di Francesco Cardarelli, Aristide Police, e Giuseppe Severini) e, tutt'altro che in ultimo, dalle de-

cisioni robotiche (trattate da Anna Corrado e Vittorio Domenichelli).

L'interesse e la complessità del tema sono emersi al massimo livello nelle Relazioni introduttive di Beppe Morbidelli e di Fabio Francario.

Morbidelli ha messo l'accento sull'importanza dell'attività di indirizzo politico come "funzione di guida" degli atti amministrativi di gestione affidati alla discrezionalità (pura) delle pubbliche Amministrazioni diverse dalle Autorità indipendenti -una funzione costituzionalmente necessaria perché il Governo deve assumere la responsabilità di tale indirizzo- e ne ha poi rimarcato la differenza dalla predeterminazione e autolimitazione delle modalità di esercizio della gestione (di cui pure segnala la fondamentale importanza a garanzia dell'imparzialità amministrativa), che è anticipato esercizio della discrezionalità, ferma restando la discrezionalità dei dirigenti e dei funzionari nella gestione (discrezionalità concreta sul fatto, da determinarsi progressivamente attraverso l'istruttoria), che deve in ogni caso esplicarsi nel rispetto delle prescritte garanzie procedimentali.

Morbidelli ha parlato a questo riguardo di "diverse discrezionalità (o "discrezionalità divisa"), rilevando che l'atto di indirizzo, che quando non ha forma di legge, ha forma di direttiva (nozione molto dibattuta) è, sì, da un lato, espressione della separazione tra politica e amministrazione, ma costituisce, dall'altro, un indice rilevatore del peso politico che comunque incombe sull'amministrazione e aiuta a scrutinare con maggiore evidenza l'uso distorto (ovvero per ragioni politiche "non nobili") di tale potere.

Sicché la presenza di un atto di indirizzo, che intermedia tra legge e provvedimento (o atto amministrativo generale), costituisce, per più ragioni, un elemento di rafforzamento e delle garanzie giurisdizionali e di ogni forma di controllo sia politico che amministrativo.

Fabio Francario ha rimarcato la difficoltà, aumentata in via esponenziale nel tempo, del lavoro dei giudici, stretti oggi tra un sistema normativo complesso e multilivello, che aumenta la confusione e l'incertezza nella individuazione della soluzione giusta (tema cui non a caso stiamo dedicando da anni costante attenzione), e l'esigenza di concludere rapidamente il giudizio. Difficoltà aggravata per il GA a causa della "dissoluzione", ovvero della tendenziale scomparsa, della decisione amministrativa.

Sicché, come ben osservato da Fabio, la cura in concreto dell'interesse pubblico, sempre più spesso, non passa più per l'attività amministrativa. O perché l'Amministrazione non è in grado di decidere; o perché evita di decidere per evitare le responsabilità conseguenti alla decisione; o perché magari la decisione è stata già interamente consumata al livello legislativo.

In questo scenario, il nostro Relatore osserva che il GA è costretto a reinventarsi e tende a sostituirsi all'Amministrazione, con il rischio di polverizzare il confine – che è invece necessario e ben tracciato dal cpa – tra giudizio di legittimità (che è la regola generale) e giudizio di merito (che è l'eccezione e che delimita il potere di sostituzione del Giudice all'A).

Il tema è estremamente delicato, perché, a fronte di questo rischio, c'è la tendenza, non meno criticabile, a un "arretramento" del sindacato, non soltanto a fronte della discrezionalità pura (che non può comunque sfuggire al controllo di legittimità), ma anche a fronte della cd discrezionalità tecnica: la distinzione è importante, e persiste, come hanno ben rimarcato quasi tutti i relatori, e lo riconosce, in linea teorica, anche la giurisprudenza, che però, al momento di censurarne l'esercizio, richiede la stessa "evidente

e macroscopica illogicità/irragionevolezza, contraddittorietà o abnormità del giudizio", lo stesso "manifesto" errore nei presupposti, che si richiede per censurare le decisioni caratterizzate da "amplissima discrezionalità" (tanto da fare talvolta riferimento a una "amplissima discrezionalità tecnica") e mostra una ingiusta ritrosia a disporre CTU o verificazioni nei giudizi sugli atti delle AAII. A tale ultimo proposito ho del resto più volte evidenziato e criticato l'arretramento della giurisprudenza nel negare la sindacabilità nel merito delle decisioni delle AAII sull'*an* delle sanzioni, quando invece l'art 134 cpa fa generico riferimento ai provvedimenti sanzionatori, senza quindi legittimare alcuna distinzione tra *an* e *quantum*.

Il tema della completezza dell'istruttoria, che il cpa ha vanamente cercato di anticipare alla fase cautelare (esigenza che abbiamo ribadito anche nel nuovissimo codice dei contratti pubblici) avrebbe bisogno di un incontro a parte, come del resto ci segnalava prima della "bolla Covid" Luigi Carbone, anche per affrontare e auspicabilmente aiutare a risolvere le numerose questioni create dall'assenza di un albo dei CTU e, soprattutto, di regole sulle verificazioni (profilo su cui credo si sarebbe concentrato l'intervento di Flavia Risso).

Anche Fabio Francario ha opportunamente sottolineato l'assoluta necessità che, nei casi – eccezionali – in cui il Giudice può sostituirsi all'Amministrazione, lo faccia attraverso una attenta istruttoria, non solo sugli atti di causa, ma anche, ovviamente, sui fatti che ne sono alla base. Non basta, invero, che il Giudice "possa" accedere al fatto, ma "deve" in concreto accedervi e svolgere, in luogo dell'Amministrazione di cui ha censurato l'operato e che sta sostituendo, quella "adeguata istruttoria" che è necessaria per una "decisione giusta".

Un concreto accesso al fatto e una reale cognizione dello stesso sono del resto, in termini generali, condizione fondamentale per un sindacato effettivo sull'eccesso di potere. Gli esempi delle pronunce cautelari sugli atti ablatori portati da Fabio sono emblematici: al di là dei casi in cui può parlarsi di formale sostituzione dell'Amministrazione, soprattutto quando ha a che fare con decisioni discrezionali che incidono su rilevanti interessi pubblici, prima di annullarle o di sospenderle il Giudice deve fare una istruttoria particolarmente attenta sui fatti.

3. Sui lavori della seconda sessione (Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità).

Andreina Scognamiglio, nell'introdurre i relatori del pomeriggio, ha sottolineato l'importanza di capire esattamente cosa è fatto e cosa è valutazione. La questione è centrale in quanto la linea di confine è evidentemente sottilissima, dal momento che anche la qualificazione del fatto si risolve in un giudizio di diritto.

Paolo Carpentieri ci ha ancora una volta offerto una raffinata lezione storico-filosofico-giuridica sulla discrezionalità, anzi sulle discrezionalità, rimarcando la variabilità dei relativi confini, richiamando le origini della categoria e ricercandone la *ratio* nella scuola dei neo francofortesi e dei neo pragmatisti.

Sottolinea che la questione dell'ambito della discrezionalità sia annosa e irrisolta: la discrezionalità è l'essenza della funzione amministrativa e, di conseguenza, sconta le sue diverse epistemologie; inoltre si è forgiata nelle aule di giustizia e risente della "coperta troppo corta o troppo lunga" sul tipo di sindacato.

Osserva poi che ci sono comunque varie tipologie di discrezionalità in base ai vari tipi di funzione e che la distinzione non è solo tra discrezionalità pura, che si riscontra nel raffronto tra i diversi interessi (ravvisabile a suo avviso anche nei pareri espressi dalle Sovrintendenze in sede di conferenza di servizi) e di discrezionalità tecnica, in cui questo raffronto manca, ma anche tra i diversi tipi di discrezionalità tecnica, a seconda che investa le scienze tecniche e quelle sociali: e questo si riflette sul sindacato, inevitabilmente differenziato.

Sono considerazioni che trovano riscontro nell'indubbia incertezza giurisprudenziale sulla categoria, che porta in molti casi al già criticato arretramento e che conseguentemente non mancano di destare preoccupazione sul fronte dell'effettività della tutela.

Opportunamente Andreina Scognamiglio ha commentato la Relazione sottolineando l'importanza del controllo giurisdizionale e della partecipazione procedimentale.

Bruno Tonoletti ha sottolineato l'opportunità di un approccio descrittivo: la giurisprudenza deve essere prima conosciuta e compresa per poter effettuare considerazioni di ordine prescrittivo.

Ha peraltro preliminarmente rilevato che la problematicità risiede nella contiguità con l'applicazione delle norme che regolano queste ipotesi, ma non dettano un criterio esaustivo della valutazione dei fatti e sembrano quindi affidare la valutazione all'Amministrazione in sede di cura del pubblico interesse e questo determina la posizione del Giudice sull'insindacabilità, ma l'esigenza di conformità alla norma spinge in senso opposto verso la sindacabilità.

Per rispettare entrambe le specificità – valutazione del p.i. riservata all'Amministrazione- e controllo del rispetto della norma – riservato al Giudice- è quindi importante la considerazione dell'effettivo sindacato sul caso singolo, ponendo attenzione al rigore del controllo sulla adeguatezza o meno della motivazione del provvedimento impugnato, compiuto dal Giudice sulla base dei fatti di causa, all'esito di apposita istruttoria.

Il nostro Relatore rimarca quindi l'importanza delle cd "interpretazioni definenti", che, specificando i concetti indeterminati utilizzati dalla legge per definire i presupposti del provvedimento, consentono al Giudice di effettuare un test di coerenza della decisione del caso concreto con la norma attributiva del potere. Per quanto riguarda l'autonomo accesso del Giudice al fatto di fronte a valutazioni amministrative opinabili, ferma poi l'accento sulla verificazione, sottolineando il ruolo fondamentale della dialettica tra le parti per fare emergere la verità processuale.

In conclusione, con riferimento al sindacato sull'attendibilità della valutazione tecnica, sottolinea che la nota sentenza 601/99 non ha affermato un sindacato forte, di carattere sostitutivo, ma solo un sindacato sulla resistenza della decisione al vaglio del criterio tecnico-scientifico pertinente, osservando come a volte, invece, il Giudice affermi che basta un "basso livello di plausibilità" della decisione (es. caso in tema di misure di emergenza ambientale), seguendo il criterio del "più probabile che non", e libera così l'Amministrazione dall'onere probatorio, mentre altra giurisprudenza, a fronte della prova di inattendibilità data da una perizia di parte, afferma la necessità di disporre una verificazione (es. caso in materia di compatibilità paesaggistica).

Riprendendo lo spunto iniziale, chiude il ragionamento nel senso che i giudici devono conservare margini di manovra per adattare il sindacato alle particolarità dei singoli casi concreti, ma proprio per questo la dottrina deve esercitare un'attenta vigilanza

sulla coerenza delle pronunce giurisdizionali su casi simili e sulla loro rispondenza ai requisiti costituzionali della tutela del cittadino nei confronti del potere amministrativo.

Antonio Barone ha inizialmente sottolineato l'importanza della pianificazione e la tradizionale posizione di *self restraint*del GA sulle scelte di piano, modificata nel tempo.

Ha quindi rilevato come ormai, peraltro, ci sia un nuovo modello pianificatorio orientato al risultato ("ortodossia finanziaria"), di cui il PNRR è l'emblema, con i forti condizionamenti che ha posto, a causa del "cigno nero" costituito dalla pandemia. E la fortissima limitazione che ne è derivata: alla discrezionalità amministrativa, ma anche ai poteri del GA, fortemente erosi dal nuovo rito speciale per le controversie sugli atti attuativi del PNRR introdotto, in sede di conversione in legge, dall'art. 12-*bis* d.l. n. 68 del 2022.

In termini più generali, Barone ha nettamente criticato, come molti di noi, l'art 125 cpa – nato come norma eccezionale e divenuto la regola – e l'ingiusta trasformazione della tutela ripristinatoria in quella risarcitoria: e il suo contrasto con il diritto dell'Unione Europea. Suggestiva l'affermazione: "ecco il nuovo cigno nero: nel campo dei diritti presi sul serio, un ambito di ineffettività della tutela giurisdizionale".

Tornando alla pianificazione, Barone conclude nel senso che il GA deve sindacare il rispetto del piano (anche per condotte omissive).

Sergio Perongini, nel ricordare in apertura due importanti elementi caratterizzanti della nostra tradizione accademica (la sottoposizione, attraverso i nostri lavori, al giudizio complessivo dell'Accademia, di cui siamo interpreti e il senso di umiltà nel dialogo con i ns maestri, anche scomparsi), ha affrontato, anche in forza della sua duplice esperienza di giudice e di avvocato, il delicatissimo tema delle interdittive antimafia e dei limiti del sistema di tutela, soprattutto per la mancanza di adeguate garanzie procedimentali e di adeguata istruttoria da parte del Prefetto, rimarcando che essa dovrebbe essere profonda, concreta e specifica, mentre manca un vero confronto con la realtà.

Riprendendo il tema affrontato da Tonoletti, Perongini osserva che la valutazione è una attività di sussunzione e trattandosi di attività di interpretazione delle norme, il sindacato deve essere pieno, ma rileva, con apprezzamento, che il GA ha recuperato nel corso del tempo e sta svolgendo un sindacato vero, chiede contezza all'Amministrazione della sussistenza del fatto e della sua rilevanza probatoria.

Il sindacato sulle misure amministrative di prevenzione antimafia è un tema di massima importanza, sul quale con Sergio, Marco Lipari e altri colleghi e magistrati abbiamo aperto un osservatorio di giurisprudenza sul Portale di Diritto amministrativo della Giuffrè: un sindacato che potrebbe e dovrebbe essere vieppiù incisivo in ragione dell'introduzione, con la riforma del 2021, del nuovo modello di controllo alternativo all'interdittiva, che però crea indubbi problemi di rapporto con il controllo giudiziario, di cui condivide i presupposti.

Claudio Contessa ha affrontato il tema dei rapporti tra i due principi introduttivi del nuovo codice dei contratti pubblici (i noti e discussi principi del risultato e della fiducia) e la loro applicazione concreta, con specifico riferimento all'effettivo tasso di innovatività di questi principi sul piano della discrezionalità delle Amministrazioni pubbliche.

Contessa osserva preliminarmente che i suddetti principi (strettamente legati dall'art

1, co 4, sembrano andare nettamente nel senso di una maggiore discrezionalità, allontanandosi dalla tendenza ad amministrare con legge; il che inciderà evidentemente sul sindacato.

Osserva peraltro che il ccp utilizza solo due volte il riferimento alla discrezionalità: quindi è importante il fatto che la colleghi al risultato.

Richiama in particolare la discrezionalità negli affidamenti semplificati e diretti nel sottosoglia (a tale proposito l'Allegato 1 fa per la seconda e ultima volta riferimento alla discrezionalità e non indica i criteri), e quella sui gravi illeciti professionali: nell'individuazione del grave illecito, nella valutazione della sua idoneità a compromettere definitivamente l'affidabilità e l'integrità dell'operatore, e nell'individuazione e ammissione delle prove. Mi preme sottolineare che il sindacato in questo settore è particolarmente importante, per gli effetti devastanti che a volte possono conseguire dall'esclusione, anche per gli effetti che possono derivarne sulle altre gare (soprattutto se disposta da una grande SA per operatori specializzati in determinati settori).

Contessa rimarca poi un aumento della discrezionalità sulla valutazione delle anomalie e si chiede se il principio del risultato possa valere anche come criterio per il GA nella decisione sulla sorte del contratto.

Guido Greco, nell'ultima relazione della sessione pomeridiana, ha affrontato la *vexata quaestio* dell'eccesso di potere giurisdizionale sindacabile dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost.

Dopo aver premesso che non bisogna essere vittima degli schieramenti tra accezione dualistica e monistica della giustizia amministrativa, dichiara di essere dualista, ma contesta il fatto che l'istituto si ritiene esistente, ma non applicabile

Ricorda, in particolare, i paletti posti dalla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, preoccupata da alcune tendenze delle SSUU ad allargare l'ambito del co. 8 alle interpretazioni *contra legem*, che però testualmente riconosce che vi sarebbe eccesso di potere giurisdizionale "*quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore*".

Ricorda poi la vicenda Randstad e la prevedibilità della sentenza resa dalla CGUE per il tipo di quesiti posti dall'ordinanza di rimessione (la specialità della violazione del diritto UE rispetto al regime della violazione delle norme nazionali: tesi che la CGUE decisamente esclude).

Si chiede, allora, quando c' è l'invasione della sfera riservata al legislatore? La Cassazione la rinviene, in astratto, quando il Giudice "crea" una nuova norma, ma poi dice che tale situazione non ricorre quando il Giudice, nonostante il tenore letterale, l'ha desunta dalla *ratio*. Ma allora, quando si versa nell'ipotesi astrattamente configurata?

Sta di fatto che la Cassazione non ha mai riconosciuto un caso concreto di "creazione di una norma nuova".

Greco si sforza allora, da par suo, di chiarire quando tale ipotesi ricorra, e osserva che il Giudice invade la sfera del legislatore nei casi in cui dà conto della norma che intende applicare (enunciandola), ma questa non è rinvenibile nel dir positivo.

Aggiunge, quindi, come – evidente – "secondo limite" dell'inquadrabilità nella fattispecie dell'art. 111, co. 8, che la costruzione giurisprudenziale non deve essere frutto dell'iter interpretativo che istituzionalmente compete al Giudice; e che, per comprendere se lo sia o meno, occorre guardare alla motivazione, che, per giustificare la portata interpretativa, deve effettivamente dimo-

strarla e non può essere apparente o contraddittoria, né tanto meno assente.

Passando all'eccesso di potere giurisdizionale nei confronti dell'Amministrazione, Greco cita la sentenza delle Sezioni Unite n. 12339/2023, che cassa la pronuncia con cui la Corte dei conti aveva rinvenuto un'ipotesi di danno erariale nei confronti di un magistrato in ritardo con i depositi.

A mio parere, il caso è però piuttosto riconducibile all'eccesso di potere nei confronti del legislatore, come lo è la sentenza 1321 del Consiglio di Stato sulla nota vicenda La Macchia di cui aveva parlato Fabio Francario in apertura: in entrambi i casi, la sentenza aveva costruito una regola giuridica non rinvenibile nell'ordinamento positivo. E, dunque, nel primo, potremmo riconoscere la prima sentenza delle SSUU che riconosce un'ipotesi di "creazione" normativa.

Tra le ipotesi di eccesso di potere nei confronti del legislatore – in termini di diniego di giustizia – possono peraltro, a mio avviso, farsi rientrare anche l'arretramento del sindacato sulla discrezionalità tecnica e il rifiuto di sindacare nel merito l'*an* delle sanzioni pecuniarie.

Sono seguiti gli interventi di Paola Chirulli, che, prendendo le mosse dalla posizione di Eugenio Cannada Bartoli – che negava una separazione netta tra vizi di legittimità e vizi di merito, perché chi agisce deduce la violazione dei principi di buon andamento e di imparzialità di cui all'art 97 Cost. – ha poi osservato che ci sono varie discrezionalità, perché la discrezionalità è dinamica, è "il farsi della scelta" e questo incide sul sindacato, ma questo non significa che non ci siano questioni non decidibili: in sintesi, il Giudice non deve fare una scelta tra più soluzioni attendibili; non deve scegliere l'opinabile, ma (richiamando ancora una volta il Maestro) non perché è merito, ma perché è potere amministrativo; di Paolo Gentili, che ha messo in guardia contro i rischi di un'Amministrazione cogestita dai Giudici con riferimento agli atti di attuazione del PNRR: se si dà troppa tutela, si ricade nell'ambito del controllo dell'Unione europea, dove la Commissione europea gode di ampia discrezionalità sul rispetto del Piano ed è sufficiente che porti argomenti plausibili per dire che l'attuazione datane sia negativamente incidente sul bilancio UE, senza possibilità di sindacato da parte della Corte di Giustizia; e di Marco Lipari, che ha, dapprima, rappresentato che, con riferimento alla discrezionalità, si possono individuare due tesi estreme e una di mezzo e il magistrato si muove nell'area intermedia, rimarcando poi che nelle decisioni cautelari, il Giudice fa normalmente il bilanciamento tra i diversi interessi e usa spesso l'espressione "è opportuno", e, poi, sollevato la questione se sia giusto che, in caso di annullamento dell'atto per difetto di motivazione, il procedimento torni al medesimo funzionario (problema che a mio avviso ricorre altresì con riferimento alle valutazioni discrezionali sul possesso dei requisiti del concorrente a seguito dell'apertura delle offerte (anche economiche) e, in termini più generali, sulla possibilità di una motivazione della sentenza più mirata sull'esito della rivalutazione.

4. Sui lavori della terza sessione (Giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza).

Pino Caia, in apertura della presidenza dell'ultima sessione, ha sottolineato che il fattore orientante del momento odierno è la coesione, anche istituzionale e che occorre guardare non solo alle norme, ma anche

all'organizzazione, in funzione della società civile.

Piera Vipiana, chiamata ad affrontare il tema della portata dell'art. 34, c. 1 lett. *e*, cpa, ha sottolineato che la novella costituisce un'importante risorsa contro il malcostume della p.a. di disattendere le pronunce dei giudici amministrativi, rimarcando peraltro l'importanza della precisazione "nei limiti della domanda", sicché, quando la giurisprudenza va oltre tali limiti, opera *contra legem* e incorre in un vizio di ultrapetizione. Ha osservato peraltro che la disposizione non ha conseguenze sulla natura giuridica del giudizio di cognizione, perché non implica una giurisdizione estesa al merito, ma aggiunge solo un potere accessivo e dipendente rispetto ai poteri cognitori del caso concreto.

Marco Magri ha chiuso il nutrito gruppo delle relazioni, occupandosi del divieto di pronunciarsi con riferimento a poteri «non ancora esercitati», quale espressione del divieto di sostituzione generalizzata del giudice all'amministrazione e del principio di separazione dei poteri.

Magri muove dal rilievo che, a differenza del giudizio su poteri mai esercitati, quello su poteri già esercitati attraverso l'atto illegittimo, ma non ancora ri-esercitati, non solo non è precluso dall'art. 34, co. 3 (né dal principio di separazione dei poteri), ma è consentito in forma sostitutiva dall'art. 34, co. 1 lett. *e* c.p.a.; norma che andrebbe collocata entro una più ampia tendenza giurisprudenziale a valorizzare gli effetti costitutivi "puri" della sentenza di annullamento, riconoscendone l'operatività anche sul terreno propriamente conformativo (si citano ad esempio gli orientamenti sostanzialistici in tema di individuazione della domanda in caso di ricorso con pluralità di censure; di applicazione del principio *iura novit curia*; di rilevanza delle sopravvenienze fattuali in corso di giudizio, di modificazione della domanda, di conversione delle azioni).

Conclude poi osservando che la Costituzione, nel demandare alla legge la disciplina dei «casi» e degli «effetti» della sentenza di annullamento (art. 113, co. 3), tollera diversi sviluppi e non sarebbe impensabile configurare la sentenza di annullamento come pronuncia costitutiva che "esaurisce" il potere, quanto meno nel senso di attribuire immediatamente al potere giudiziario, per effetto della sentenza di annullamento, la responsabilità della sua cd. riedizione, purché sia garantita la legalità, l'imparzialità e la completezza decisionale dell'organo attuatore.

La scelta, secondo Magri, non arrecherebbe alcun *vulnus* alla separazione dei poteri, ben potendo il canone di effettività della tutela superare le vecchie teorie formalistiche della assoluta e categorica incapacità della funzione giurisdizionale di svolgersi nelle forme del procedimento.

5. Sui lavori della sessione finale (gli interventi).

Sono seguiti gli interventi di Chiara Cacciavillani (che, con voce in controcanto, ha ampiamente apprezzato la sentenza sul caso La Macchia, osservando che giustamente il Consiglio di Stato aveva "sanzionato" l'Amministrazione (nella specie le commissioni ASN) perché, esprimendo tre giudizi illegittimi, aveva rotto il rapporto di fiducia (e meritava quindi una sanzione esemplare, ancorché non prevista dall'ordinamento), di Vincenzo Caputi Iambrenghi, che ha rimarcato che il GA deve assicurare la giustizia nell'Amministrazione (tema, come noto, a me particolarmente caro), di Francesco Cardarelli, che ha ripreso il tema dei principi introdotti nei primi due articoli del nuovo ccp, sollevando il problema dei rap-

porti con la legge delega (che non parla di risultato e di fiducia, ma solo dell'accesso al mercato, che è l'obiettivo per il diritto dell'Unione europea, cui gli Stati membri si devono conformare) e osservando che, quanto al riflesso sul sindacato giurisdizionale, i margini di discrezionalità sulla sorte del contratto sono già nell'art 122 cpa: è una valutazione di complessiva efficienza economica nella proposta di transazione; di Michele Comporti, che, esprimendosi in termini critici sulle tecniche di tutela come il one shot temperato o l'estensione del giudicato al dedotto e al deducibile, aporia del riconoscimento di un bene della vita di cui non sia stata accertata l'effettiva spettanza nel procedimento o nel processo, a danno dell'interesse pubblico e della collettività, ha affermato che nel giudizio amministrativo dovrebbero meglio emergere anche gli elementi di fatto, valorizzando l'azione di accertamento della spettanza, per dare direttive più nette al prosieguo dell'azione amministrativo, perché si può esercitare un sindacato forte sulla discrezionalità con maggiore contenuto conformativo senza invadere il campo dell'amministrativo effettuando un'istruttoria più completa, con difese più complete e verificazioni, ma il problema sono i tempi, che costringono a una tutela formale e non effettiva; di Anna Corrado, che ha richiamato la nostra attenzione sulla posizione del GA di fronte alle procedure automatizzate e sull'ambito della cd "riserva di umanità", ponendoci domande come "Quanto serve davvero accedere al cd codice sorgente? Cosa deve garantire il GA quando gli viene chiesto l'accesso ai dati e alle procedure digitali? Si può fare un'istruttoria riservata?" e sottolineando che il Giudice deve essere pronto a fare un sindacato diverso, che tenga conto di questa nuova realtà (temi su cui Pino Caia ha opportunamente richiamato la *Berlin Declaration* sulla società digitale, ma fondata sui valori); di Paola Di Cesare, che, con riferimento al sindacato sugli atti del GSE, ha, per un verso, confermato come il GA eserciti un sindacato a diversa intensità a seconda della funzione espletata dall'Amministrazione e, per l'altro, ripreso il tema primario del vuoto legislativo, che, lasciando ampi margini di amplissima discrezionalità amministrativa, lascia interamente al Giudice la funzione di delimitarla; di Vittorio Domenichelli, che ha sottolinea l'importanza della fiducia e ha affrontato il problema della discrezionalità della macchina e, correlatamente, dell'attribuzione della responsabilità per i suoi errori; di Giancarlo Montedoro, che ha posto l'accento sull'atto politico e sul conseguente confine del sindacato giurisdizionale, perché "un buon mondo è un mondo dove non tutto è giustiziabile" e "La politica è ciò che ci fa soggetti"; di Aristide Police, che ha ripreso il tema dei principi del ccp, a difesa della legalità di risultato, sostenendo la discrezionalità del Giudice nelle modalità di tutela, che può non essere di annullamento, a vantaggio dell'Amministrazione, che potrà comunque eseguire i servizi messi a gara (si tratta di un posizione che ho già più vote criticato e che mi sembra oltremodo pericolosa, come dimostrano tragici esempi di cattiva manutenzione di opere o di inadeguato espletamento di servizi di trasporto, per non parlare dei rischi derivanti, anche in campo medico, dall'inadeguatezza delle forniture); di Giuseppe Severini, che ha invece rilevato che il principio del risultato è un principio non totalizzante e ha richiamato l'attenzione sul principio di ripristino dell'equilibrio contrattuale sancito dagli artt. 9 e 120 del nuovo ccp; di Raffaele Sestini, che ha osservato che il GA può estendere il proprio giudizio al sindacato estrinseco sul rapporto tra interesse pubblico e interesse privato nel rispetto della legge (interna e

UE) alla stregua dei principi costituzionali ed eurounitari e, se resta in questi parametri, non entra nella sfera della pA, dal momento che il potere del Giudice che attiva una valutazione di ragionevolezza estrinseca del provvedimento si giustifica in base agli artt. 1, 2 e 3 Cost e al principio di effettività della tutela: entra nel merito della decisione, ma non la sostituisce; di Dario Simeoli, il quale, con riferimento ai diversi livelli di intensità del sindacato, ha affermato che tutte le valutazioni complesse che riguardano le sanzioni amministrative non rientrano nella discrezionalità, mentre nelle valutazioni complesse sulla regolazione si configura una situazione di immunità che il Giudice non può superare, incontrando il limite dell'attendibilità, che la parte può tuttavia contestare, offrendo così al Giudice elementi per negarla, e, con riferimento ai poteri esercitabili in forza dell'art. 34, lett. *e*, cpa, ha osservato che il GA può proseguire il giudizio fino al raggiungimento del risultato pratico, senza che occorra un'azione specifica (fermi comunque i limiti della domanda) e che, diversamente dal Giudice civile, può accertare anche il diritto all'ottenimento di beni strumentali, non solo finali; e, infine, di Francesco Volpe, che si è espresso in termini nettamente critici sul cpa, ritenendo che esso abbia alterato gli equilibri della giurisdizione senza averne la delega, trasformando il GA in una super amministrazione e cambiando il fondamento dello Stato di diritto.

6. Breve notazione conclusiva (con rinvio al saggio *Brevi considerazioni sulla discrezionalità amministrativa*, nell'ultima edizione di *Principi e regole dell'azione amministrativa*).

Aggiungo solo poche brevissime parole di conclusione personale, rinviando per alcune ulteriori riflessioni al capitolo *Brevi considerazioni sulla discrezionalità amministrativa* (che aggiorna e sviluppa il testo di una lezione distribuito ai presenti alle Giornate) aggiunto nella IV edizione del volume "*Principi e regole dell'azione amministrativa*", in corso di stampa per i tipi della GiuffrèFL.

Ancora una volta, mi sembra che il confronto sia stato estremamente utile: in termini di estrema sintesi, possiamo dire che il legislatore sta forse riallargando l'ambito della discrezionalità amministrativa e che l'effettività del suo sindacato è essenziale alla tenuta dello Stato di diritto e alla tutela dei nostri diritti e interessi civili, sociali ed economici.

I problemi principali emersi dal dibattito possono così riassumersi:

- esigenza di rispettare i confini della giurisdizione, nei confronti dell'Amministrazione, ma anche – e, direi, soprattutto, nei confronti del Legislatore: il GA, pur bravissimo nel redigere norme, non è costituzionalmente e democraticamente legittimato a farlo;
- si riscontra invece un eccessivo arretramento nel sindacato sulla discrezionalità, soprattutto tecnica, per la quale la giurisprudenza utilizza sintomaticamente le stesse formule riduttive "macrosco-

pica irragionevolezza, manifesto travisamento dei fatti, macroscopico errore nei presupposti" coiate per limitare il sindacato sulla discrezionalità pura e troppe volte nelle sentenze si rinviene l'espressione "amplissima discrezionalità tecnica", che è chiaramente un ossimoro;

- si rileva la necessità di un'istruttoria più attenta sui fatti e fare un maggiore – e migliore – utilizzo delle verificazioni e delle CTU;
- occorre, comunque, una istruttoria particolarmente attenta e profonda sui fatti, quando il Giudice si sostituisce alla pA o, sospendendo o annullando i provvedimenti che intervengono su situazioni di pericolo, le lascia "senza rete" (come negli esempi fatti nella relazione introduttiva di Fabio Francario);
- esigenza di rispettare il principio (e i limiti) della domanda.

Chiudo, ricordando le importanti – e, mi sia consentito dire, coraggiose – considerazioni espresse dalla III Sezione del Consiglio di Stato sotto la Presidenza dell'illustre e compianto Franco Frattini – che fu poi insigne Presidente del Consiglio di Stato e alla cui memoria mi permetto di dedicare queste Conclusioni – nell'ampia e argomentata ordinanza n. 7097/20 (su cui si v. il commento di G. Strazza, in *Giustiziainsieme*, 13 gennaio 2021) di sospensione del provvedimento con il quale l'AIFA aveva limitato la prescrittibilità dell'idrossiclorochina.

In particolare, invocando un potere di sindacato "intrinseco" sulla discrezionalità tecnica, anche nei confronti delle Autorità indipendenti, il Collegio (pres. Frattini est Noccelli) ha espressamente osservato che "*la c.d. riserva di scienza che compete ad AIFA non si sottrae al sindacato del giudice amministrativo, nemmeno in sede cautelare e meno che mai nell'attuale fase di emergenza epidemiologica, per l'indefettibile esigenza, connaturata all'esistenza stessa della giurisdizione amministrativa e consacrata dalla Costituzione, di tutelare le situazioni giuridiche soggettive, a cominciare da quelle che hanno un radicamento costituzionale come il fondamentale diritto alla salute, a fronte dell'esercizio del potere pubblico e, dunque, anche della discrezionalità c.d. tecnica da parte dell'autorità competente in materia sanitaria*". E, in termini più generali, ha sottolineato che "*Il controllo giurisdizionale, teso a garantire una tutela delle situazioni giuridiche effettiva, anche quando si verta in tema di esercizio della discrezionalità tecnica di una autorità indipendente, non può essere perciò limitato ad un sindacato meramente estrinseco, estendendosi al controllo intrinseco, anche mediante il ricorso a conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione indipendente, sulla attendibilità, coerenza e correttezza degli esiti, in specie rispetto ai fatti accertati ed alle norme di riferimento attributive del potere. 9.3. In tale contesto, per quanto attiene all'esercizio della discrezionalità tecnica dell'autorità indipendente, il giudice amministrativo non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta, sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della salute che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato. 9.4. Sul versante tecnico, in relazione alle modalità del sindacato giurisdizionale, quest'ultimo è volto a verificare se l'autorità abbia violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito al giudice amministrativo, in coerenza con il principio costituzionale di separazione dei poteri,*

sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali.

9.5. In particolare, è *ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettivo e volitivo seguito dall'amministrazione nelle sue determinazioni (cfr. ad es. Cons. St., sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5559).*

029.6. Per usare altri termini il giudice amministrativo deve poter verificare che l'amministrazione abbia applicato in modo corretto alla vicenda concreta, in conformità ai principî proprî del metodo scientifico prescelto (iuxta propria principia), le regole del sapere specialistico applicabili al settore dell'attività amministrativa sottoposta all'esercizio del potere regolatorio, ad evitare che la discrezionalità tecnica del decisore pubblico trasmodi in un incontrollabile, e dunque insindacabile, arbitrio (v. Cons. St., sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5707 e Cons. St., sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856)".

Si tratta, come è agevole rilevare, di affermazioni estremamente importanti, che possono e devono costituire una guida per affrontare al meglio le questioni emerse in questo incontro.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2910 – 4 ottobre 2023

Il ruolo dei princìpi nel diritto amministrativo. Introduzione a *Princìpi e regole dell'azione amministrativa – Quarta edizione 2023*

Maria Alessandra Sandulli

Sommario: 1. Premessa. – **2.** La complessità delle fonti. – **3.** Cenni alle più recenti tendenze del sistema e al difficile equilibrio tra celerità e certezza. — **4.** Il ruolo dei princìpi. — **5.** Osservazioni conclusive.

1. Premessa.

"*Principi e regole dell'azione amministrativa*" è giunto ormai alla quarta edizione e il successo delle precedenti (2015, 2017 e 2020) dimostra la validità della formula e l'utilità di una riflessione sistematica sulle "regole" fondamentali di esercizio del potere amministrativo, quali delineate dalla legge n. 241 del 1990 s.m.i., inquadrandole nell'ambito dei "principi", costituzionali ed europei, di garanzia della sua correttezza.

L'emergenza pandemica da SARS-Covid19 che ha stravolto il mondo intero all'inizio del 2020 ha dato a tutti chiara e immediata evidenza del rapporto della nostra esistenza con il potere amministrativo e dell'importanza dei principi e delle regole che ne informano l'esercizio, sul piano dell'organizzazione e delle modalità di azione. Sin dalla nascita, in realtà, con l'iscrizione all'anagrafe, abbiamo un contatto con il diritto amministrativo. Poi lo abbiamo con le vaccinazioni, con l'uso dei mezzi di trasporto pubblico, con l'iscrizione a scuola, con le regole sulla circolazione stradale, ecc. La lettura del codice della strada è *ex se* sufficiente per avere un'idea della nostra materia: vi ritroviamo le fonti (di livello primario e second ario), le autorizzazioni, i divieti, le sanzioni, ecc. Sappiamo che la pubblica amministrazione, con i suoi provvedimenti (e, oramai, addirittura, con i suoi comportamenti), può concedere beni o diritti, rimuovere limiti all'esercizio di nostre libertà (pensiamo per tutte alle libertà di circolazione o di espatrio, che richiedono il possesso di appositi documenti, o alla libertà di avviare un'attività professionale o imprenditoriale, che richiede la verifica del possesso di determinati requisiti), ma an-

che imporre prestazioni (pensiamo per tutti agli obblighi tributari e scolastici) o privare di diritti o di beni in nome di prevalenti finalità pubbliche (come accade con l'espropriazione o la requisizione di beni per ragioni di pubblica utilità).

Ma la pandemia ci ha dato immediata percezione anche di molto altro: la complessità del quadro normativo, aggravata dal susseguirsi e intrecciarsi di ordinanze e decreti (governativi, ministeriali, regionali, locali), la difficoltà del bilanciamento degli interessi, pubblici e privati (l'esigenza di evitare o almeno ridurre il rischio del contagio ha imposto pesantissimi periodi di *lock down*, che hanno fortemente inciso sulle libertà personali ed economiche, oltre che sullo stesso diritto alle cure per altre malattie),l'incertezza delle autodichiarazioni, e, ancora, i problemi legati al delicato rapporto tra tutela dei dati personali ed esercizio dell'attività amministrativa (su questi temi, *inter aliis*, G. Tropea, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, 2023).

L'impatto con l'emergenza COVID-19 ha portato anche a una valorizzazione del ruolo del diritto amministrativo, non soltanto perché ha messo in evidenza la gravità delle conseguenze che possono derivare dai deficit organizzativi degli apparati pubblici e dei gestori privati di servizi pubblici, ma anche perché la ripresa economica è strettamente condizionata dalla buona gestione del potere e dei compiti delle pubbliche amministrazioni. Da qui anche l'accento posto dalle più recenti riforme sulla "formazione".

L'importanza del diritto amministrativo è stata peraltro recentemente rimarcata anche nell'ambito di una ricerca di diritto comparato, che ha messo in luce come esso sia a ben vedere presente in quasi tutti i Paesi e risponda a un'esigenza comune, che induce a superare la vecchia, netta, distinzione tra ordinamenti di *civil law* e ordinamenti di *common law* (G. Della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli 2019).

È noto che l'indirizzo politico è tradotto in norme di legge, ma gli obiettivi fissati dal legislatore devono trovare concreta ed efficace attuazione da parte del c.d. potere esecutivo, il quale, a sua volta, per non sconfinare in arbitrio, deve essere soggetto a un adeguato sistema di controlli, interni e giurisdizionali.

Certezza delle regole, buon andamento dell'amministrazione ed effettività della tutela contro i suoi errori ed eccessi sono gli elementi fondanti e imprescindibili dello Stato di diritto.

Torneremo diffusamente e insistentemente su questi concetti nei vari contributi del volume – destinato a chi si approccia a uno studio impegnato del diritto (a partire dagli studenti degli ultimi anni delle nostre Università) – che è appunto dedicato ai "principi e regole dell'azione amministrativa", nella convinzione che sia essenziale alla formazione di un giurista – e tanto più di un giuramministrativista – averne chiara contezza e, soprattutto, riuscire ad approcciare in modo critico ai loro contenuti e alla loro applicazione.

Merita preliminarmente fare alcuni brevissimi cenni all'evoluzione del diritto amministrativo.

Come ricordato nell'introdurre le precedenti edizioni, il diritto amministrativo è una branca del diritto pubblico sorta per disciplinare i compiti, l'azione e l'organizzazione della pubblica amministrazione, essenzialmente individuata nel c.d. "Stato-apparato".

G.D. Romagnosi, nel 1814, definiva l'amministrazione pubblica come "*l'attività di amministrare, intesa come serie di azioni*

interessanti tutta una società politica, eseguite per autorità sovrana o delegata, sopra le materie appartenenti o interessanti tutto il corpo politico o la sovranità medesima". Il *Manuale di diritto amministrativo* di A.M. Sandulli (prima ed. 1952, ult. ed. 1989), si apre con l'affermazione che "*La definizione del diritto amministrativo presuppone il concetto di pubblica amministrazione*" e che "*Per giungere a questo occorre partire dalla nozione di Stato*". L'amministrazione veniva infatti inquadrata tra i compiti dello Stato e definita "*l'attività mediante la quale gli organi statali a ciò preposti (Stato- soggetto o Stato-apparato amministrativo o Stato-amministrazione) provvedono alla cura degli interessi a essi affidati*".

Dalla prima edizione del "*Manuale*", sul quale si sono formate generazioni di studiosi e che non ha per comune opinione mai più trovato uguali, sono ormai passati oltre 70 anni.

Oggi, il diritto amministrativo può essere definito come il complesso di regole che disciplinano i compiti, l'azione e l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni (Stato, regioni, province, comuni, città metropolitane, ma anche tutti gli altri enti pubblici) e, nei casi prestabiliti dalla legge, degli altri soggetti che perseguono fini di pubblico interesse.

Più aumentano i compiti delle pp.aa. e i fini di pubblico interesse, maggiori saranno i controlli e i poteri di intervento e di condizionamento sulle attività private: pensiamo soltanto a quanto hanno cambiato e cambiano la nostra vita l'attenzione alla tutela dell'ambiente e la preoccupazione per le nuove generazioni, ma anche la promozione della parità di genere, della digitalizzazione, ecc.

La scelta degli ordinamenti di elaborare un sistema di "diritto amministrativo" è legata al riconoscimento dell'esigenza di un diritto speciale per la disciplina delle attività di interesse pubblico, inteso sempre più come interesse generale (della collettività).

L'esistenza di un "diritto amministrativo" in un determinato sistema giuridico presuppone pertanto che:

- tra i compiti della collettività organizzata rientri non solo lo *jus advertendi mala futura*, ma anche lo *jus promovendi salutem publicam* (il compito di perseguire il bene comune); e che
- l'attività del potere esecutivo e dei soggetti che perseguono fini di interesse pubblico sia regolata e delimitata dal diritto e, soprattutto, che questo abbia caratteristiche tali da giustificare una trattazione specifica.

La ragione di un diritto speciale per l'attività di interesse pubblico è di facile intuizione.

Per poter perseguire in modo effettivo ed efficace tale interesse, i soggetti ai quali ne è affidata la cura devono poter imporre le proprie determinazioni senza necessità del consenso dei relativi destinatari (si pensi così, con riferimento alle prime esigenze di uno Stato, all'imposizione tributaria o alla chiamata alle armi; ma anche, con riferimento alla graduale evoluzione dei suoi compiti, agli obblighi scolastici o sanitari, ecc.) e, spesso, portarle coattivamente ad esecuzione (si pensi, *inter alia*, agli ordini di demolizione degli edifici abusivi o di abbattimento degli animali infetti).

L'esigenza di un diritto amministrativo come diritto speciale trova origine nell'evoluzione storica dallo Stato assoluto (in cui il Sovrano accentrava in sé ogni potere) allo Stato liberale, che, attraverso la Rivoluzione francese, ha visto nascere e svilupparsi la contrapposizione tra autorità e libertà e la conseguente necessità di riconoscere e al tempo stesso arginare il "privilegio del potere", legato alla stretta correlazione tra

"amministrare" e "governare" e caratterizzato dall'autoritatività (giustificata dalla prevalenza dell'interesse pubblico su quello individuale: O. Mayer; V.E. Orlando).

In Stato costituzionale di diritto, il potere di interferire in modo autoritativo nella sfera giuridica altrui deve essere evidentemente definito e delimitato da un contesto normativo chiaro e certo (principio di certezza del diritto, declinato nel principio di legalità), ovvero la regole giuridiche previe, generali e astratte, più o meno stringenti (cui corrisponde la graduazione del potere amministrativo da vincolato a discrezionale (su cui si veda l'apposito contributo subito *infra*), di natura sostanziale (fissazione di obiettivi per rispondere a specifiche finalità di interesse pubblico) e procedimentale (competenza, modalità e tempistiche di azione, effetti, ecc.), che assicurino l'imparzialità dell'azione pubblica (su cui v. *infra* il contributo di L. Antonini) e il miglior bilanciamento dei diversi interessi (pubblici e privati) coinvolti (principio di buona amministrazione, nei suoi molteplici corollari, su cui v. *infra* il contributo di M.R. Spasiano).

Il rispetto di queste regole deve essere peraltro garantito attraverso appositi sistemi di controllo (interno ed esterno) e, soprattutto, attraverso adeguate modalità di tutela giurisdizionale (principio di effettività della tutela), che, tendenzialmente, giustificano un apposito sistema di giustizia amministrativa (che può o meno prevedere l'istituzione di un apparato giurisdizionale diverso e autonomo da quello ordinario).

Il nostro ordinamento giuridico conosce un complesso sistema di diritto amministrativo sostanziale e un apposito sistema giurisdizionale per la tutela delle posizioni soggettive confliggenti con l'esercizio dei pubblici poteri (nato dal combinato disposto della l. n. 2248 del 1865, all. D ed E, con la l. n. 5992 del 1889 e ora retto dai principi costituzionali e disciplinato dal combinato disposto della mede- sima legge del 1865 con il codice del processo amministrativo, approvato, in forza della delega conferita dalla l. n 69 del 2009, con il d.lg. n. 104 del 2010 e s.m.i., integrato dal d.P.R. n. 1199 del 1971).

Più di ogni altra branca del diritto, il diritto amministrativo è fortemente influenzato dal diritto costituzionale e, per effetto delle espresse limitazioni di sovranità disposte dalla Costituzione (artt. 10, 11 e 117, comma 1), dal diritto europeo (diritto UE e CEDU: su cui v. *infra* il contributo di D.U. Galetta). L'entrata in vigore della Costituzione democratica, che ha posto la persona umana al centro del sistema, ha segnato quindi una svolta fondamentale nell'evoluzione del nostro sistema di diritto amministrativo. Le regole costituzionali si pongono come barriera dello Stato democratico pluriclasse all'arbitrio dell'amministrazione. La migliore dottrina ha posto in luce la funzione "servente" assunta dall'amministrazione rispetto alla società invece che rispetto al Governo (M. Nigro): nella Costituzione, l'amministrazione è vista come potere autonomo, che deve attuare l'indirizzo politico, ma operando spesso in un ambito di discrezionalità e non più come mera esecutrice delle decisioni governative (su cui v. *infra*, il contributo che segue). E l'interesse pubblico non si identifica più soltanto con quello di cui sono portatrici le singole pubbliche amministrazioni, ma è anche e soprattutto quello, più generale, della collettività: l'evoluzione del sistema costituzionale ha visto prevalere nel tempo valori come quello della salute, della sicurezza, della giustizia, della concorrenza, dell'ambiente ecc.; e i principi di certezza del diritto, di "buona amministrazione" e del legittimo affidamento hanno acquistato una valenza sempre maggiore come limite al potere autoritativo.

Al tempo stesso, la nozione di pubblica amministrazione si è progressivamente allargata, dapprima attraverso una estensione del numero dei soggetti pubblici (con una vera e propria proliferazione di enti ausiliari o strumentali agli enti territoriali e di enti pubblici indipendenti) e poi, in esito ai più recenti fenomeni di privatizzazione, attraverso il progressivo ampliamento dei soggetti privati affidatari di funzioni e servizi pubblici. Autorevole dottrina ha significativamente proposto una nozione "oggettivo-funzionale" di amministrazione, sottolineando che ciò che rileva è la "funzione amministrativa", in relazione al vincolo di scopo che l'operatore (pubblico o privato) deve perseguire: il nuovo diritto amministrativo è quindi il "*diritto dell'amministrare*", nel senso di "*agire per uno scopo dato a fini di interesse sociale*" (G. Pastori). Anche la giurisprudenza, del resto, condivide ormai la conclusione che "[a]*llo stato attuale non esiste una nozione univoca di pubblica amministrazione in senso soggettivo. Infatti, i tradizionali criteri distintivi degli enti pubblici sono stati superati, lasciando spazio, sotto l'influsso dell'ordinamento eurounitario, ad un nuovo concetto di pubblica amministrazione c.d. «a geometrie variabili», che non solo prescinde da omologazioni rigide ma che soprattutto consente di tracciare il perimetro degli enti pubblici in maniera elastica, attraverso la valorizzazione dell'aspetto funzionale, cioè delle finalità perseguite. Non essendo riscontrabile una definizione legislativa di pubblica amministrazione alla quale sia collegata l'operatività di un corpus omogeneo di regole e principi, sopperiscono le molteplici normative amministrative settoriali che definiscono il loro campo d'applicazione rispetto ad un novero di enti, talvolta indicati tassativamente*" (Cons. St., Sez. I, parere n. 309 del 4 febbraio 2020).

Pur segnalando un'opportuna prudenza nell'allargare il concetto di "pubbliche amministrazioni o soggetti ad esse equiparati", è indubbio che l'esercizio di funzioni e poteri pubblici implichi l'assoggettamento dei soggetti privati cui essi sono affidati quantomeno ai principi generali dell'azione amministrativa (su cui v. *infra* il contributo di R. Dipace).

2. La complessità delle fonti.

Diversamente dal diritto civile e dal diritto penale, la materia, che si caratterizza per una forte storicità (legata agli obiettivi che, anche in relazione al variare delle esigenze economiche e sociali, il legislatore s i prefigge di realizzare: basti, per tutti, pensare all'evoluzione dei servizi pubblici e del ruolo dello Stato nell'economia), non ha un codice di diritto sostanziale.

Le regole dell'organizzazione e dell'azione amministrativa sono pertanto tradizionalmente affidate a leggi particolari e/o di settore, talvolta più organicamente raccolte in testi unici o rielaborate in appositi "codici di settore". Si ricordano, in particolare, il testo unico delle leggi sugli enti locali (d.lg. n. 267 del 2000), il testo unico delle disposizioni sullo statuto degli impiegati civili dello Stato (approvato con d.P.R. n. 3 del 1957), il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, particolarmente rilevante per quanto attiene ai controlli sulle autodichiarazioni e alle conseguenze della loro non veridicità (d.P.R. n. 445 del 2000), i testi unici delle leggi in materia di edilizia e in materia di espropriazione (approvati rispettivamente con d.P.R. n. 380 e d.P.R. n. 327 del 2001), il testo unico sulle società partecipate (d.lg. n. 175 del 2016, modificato in sede correttiva con d.lg. n.

100 del2017) e il più recente d.lg. n. 201 del 2022, di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, e, tra i codici, il codice dell'amministrazione digitale (d.lg. n. 82 del 2005, modificato dai dd.lg. nn. 179 del 2016 e 217 del 2017), il codice dell'ambiente (d.lg. n. 152 del 2006), il codice dei contratti pubblici (d.lg. n. 50 del 2016, in via di sostituzione dal d.lg. n. 36 del 2023), il codice dei beni culturali e ambientali (d.lg. n. 42 del 2004).

Il sistema è reso ancora più complesso dalla molteplicità dei livelli normativi, interni (fonti primarie statali, regionali e delle province autonome di Trento e di Bolzano, fonti secondarie statali, regionali, locali e speciali delle diverse amministrazioni) e sovranazionali (in particolare, come ricordato, il diritto dell'Unione europea e, in via indiretta, come fonte normativa interposta, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo), oltre che dall'intreccio delle regole di successione temporale, gerarchia, competenza e specialità per l'individuazione delle disposizioni specificamente applicabili.

Dopo una lunga gestazione e un ampio dibattito dottrinario, nel 1990 è stata approvata una legge breve di disciplina dell'azione amministrativa: la l. 7 agosto 1990, n. 241, riformata e ampiamente integrata nel 2005 (ll. nn. 15 e 80) e ripetutamente modificata fino ai giorni nostri (un importante intervento riformativo a carattere generale è stato operato dalla l. 7 agosto 2015, n. 124, c.d. "legge Madia"). In tale corpo normativo sono enunciati, tra l'altro, i principi generali cui devono attenersi le amministrazioni statali e i soggetti ad esse equiparati quando operano nell'esercizio delle funzioni amministrative (artt. 1, 22, 29), precisando che le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, devono riconoscere analoghe garanzie nelle materie da essa disciplinate (art. 29) – e dai relativi decreti delegati di attuazione (su cui v. *infra*). Ulteriori rilevanti modifiche sono state apportate nell'ambito delle misure urgenti per far fronte alla crisi economica e sociale conseguente all'impatto della pandemia da Covid-19 e per attuare il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (il noto e famigerato PNRR, approvato dal Consiglio UE il 13 luglio 2021), che traduce ed esplicita gli impegni assunti dall'Italia nei confronti dell'Unione europea per accedere alle risorse del *Next Generation EU*, il programma di sostegno di 750 miliardi di euro stanziati da quest'ultima per attenuare gli effetti di tale impatto, stimolando investimenti che spingano alla ripresa (*recovery*) e riforme che aumentino la sostenibilità delle singole economie europee, rendendole più «resilienti» ai cambiamenti che incombono negli anni di ripresa dalla crisi (*resiliency*), anche attraverso essenziali politiche di tutela ambientale e di sviluppo digitale. Le fonti più importanti ai nostri fini sono il d.l. n. 76 del 16 luglio 2020 (recante "*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*", c.d. "*Decreto Semplificazioni 2020*", convertito nella l. n. 120 del 14 settembre, il d.l. n. 77 del 31 maggio 2021, c.d. "*Decreto Semplificazioni 2021*" o, meglio, "*Decreto Governance*", convertito nella l. n. 108 del 29 luglio 2021 e il recentissimo d.l. n. 13 del 24 febbraio 2023, convertito nella l. n. 41 del 21 aprile 2023 c.d. "*Decreto Semplificazioni PNRR*", recante "*Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune*" e funzionale al conseguimento, previsto per il 31 dicembre 2024, della Missione M1C1-60 del PNRR, con particolare riguardo alla Riforma 1.9, relativa della pubblica amministrazione, che richiede l'attuazione

della semplificazione e digitalizzazione di 200 procedure critiche, che interessano direttamente cittadini e imprese.

Tra le leggi "generali" di disciplina di specifici ambiti e profili del diritto amministrativo, un ruolo di primo piano spetta anche, senza pretesa di esaustività, al d.lg. n. 165 del 2001, sull'organizzazione degli uffici e sui rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (che ha sancito il principio di separazione tra politica e amministrazione e reca importanti disposizioni in tema di incompatibilità degli impiegati pubblici), alla l. n. 400 del 1988 (sull'attività di Governo dell'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri), che regola il potere normativo del Governo, alla l. n. 689 del 1981, sulle sanzioni amministrative pecuniarie, alle ll. nn. 19 e 20 del 1994 sulle funzioni giurisdizionali e di controllo della Corte dei conti, al ricordato t.u. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, particolarmente rilevante per quanto attiene ai controlli sulle autodichiarazioni e alle conseguenze della loro non veridicità (d.P.R. n. 445 del 2000), al codice dell'amministrazione digitale, approvato con d.lg. 7 marzo 2005, n. 82, nonché alle leggi sull'organizzazione e sulle competenze degli enti locali (oltre al richiamato t.u. n. 267 del 2000, la l. n. 131 del 2003, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento alla riforma costituzionale del 2001 e la l. n. 56 del 2014 sulle città metropolitane, sulle province e sulle unioni e fusioni di comuni) e alle varie leggi che, in questi ultimi anni, si susseguono vertiginosamente, e talvolta contraddittoriamente, per regolare la gestione dei servizi pubblici e le società a partecipazione pubblica, nonché, ultime, ma non ultime, le norme in tema di trasparenza e di misure anti-corruzione (l. n. 190 del 2012 e dd.lg. nn. 33 del 2013 e 97 del 2016).

Il sistema aveva subìto, come detto, importanti modifiche per effetto delle varie normative di attuazione della già citata l. 7 agosto 2015, n. 124, che, come anticipato e come sarà meglio illustrato nei singoli contributi, aveva comunque direttamente introdotto o indirettamente determinato (attraverso i primi decreti attuativi) numerose e significative variazioni alla l. n. 241.

Sul fronte dell'attività amministrativa, la riforma si è mossa ancora una volta sulla linea della semplificazione (si pensi alle norme sull'amministrazione digitale, sulla conferenza di servizi, sul silenzio assenso e sulla s.c.i.a., ulteriormente modificate, nella medesima direzione, dai richiamati decreti annuali di semplificazione) e della trasparenza (significativa, con il d.lg. n. 97 del 2016, la generalizzazione del diritto di accesso civico, come strumento di controllo diffuso a prescindere da un interesse particolare alla conoscenza). Le deleghe della l. n. 124 hanno investito inoltre la riorganizzazione delle amministrazioni statali (riduzione degli uffici e del personale, interventi sulla dirigenza e sui rapporti di lavoro, riordino delle forze di polizia, ecc.), la complessa – ed eternamente dibattuta – tematica delle modalità di affidamento dei servizi di interesse economico generale e del relativo esercizio con organismi c.d. "*in house*" (affrontata dal citato t.u. sulle società a partecipazione pubblica, approvato con d.lg. n. 175 del 2016) e il riordino delle procedure davanti alla Corte dei conti (attuato per la parte giurisdizionale dal nuovo codice di giustizia contabile, approvato con d.lg. n. 174 dello stesso anno). Come anticipato, un fortissimo impatto per la nostra materia è però derivato, su più fronti, dalle riforme di settore previste dal PNRR: tra esse, sicuramente, i già richiamati d.lg. n. 201 del 2022,

di riordino dei servizi pubblici locali e d.l. n. 13 del 2023 sulle semplificazioni per il PNRR e il PNC, e, soprattutto, il nuovissimo Codice dei contratti pubblici, approvato con il richiamato d.lg. n. 36 del 2023, non solo perché l'affidamento dei contratti pubblici di appalto e di concessione, che esso disciplina, costituiscono una fetta significativa del nostro PIL (si parla di ca 200 mld euro/anno, corrispondenti all'11-12%: in un anno quanto si spende per il PNRR in 6 anni), ma anche perché esso ha impresso una forte spinta innovativa sul piano della discrezionalità amministrativa, oltre che su quelli della trasparenza e della digitalizzazione, costruendo, peraltro, un modello speciale di delegificazione (in deroga a quello generale concepito dall'art. 17 della l. n. 400 del 1988).

Anche il processo amministrativo, fino al 2010, non aveva un codice, approvato con il d.lg. n. 104 del 2010, oggetto di due decreti "correttivi" e di altre modifiche puntuali, le più significative delle quali sono state e continuano ad essere introdotte proprio dalle disposizioni in materia di affidamento dei di contratti pubblici per le controversie relative a tale settore, cui si aggiungono quelle legate all'attuazione degli obiettivi fissati dal PNRR (in particolare, quelle introdotte dall'art. 3 del citato d.l. n. 85 del 2022, trasposto poi, con un sistema che desta evidenti perplessità sul piano costituzionale, nell'art. 12-*bis* del d.l. n. 68 del 2022, in sede di conversione nella l. n. n. 108 del 5 agosto scorso, recante criticabili "*norme di accelerazione dei giudizi amministrativi in materia di PNRR*"), al cui interno (libro primo, titolo III), proprio in ragione della mancanza di un codice di diritto sostanziale, sono individuate le diverse tipologie di azioni esperibili nei confronti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati.

In termini più generali, occorre segnalare che, nonostante gli sforzi di "riordino" e di "sistematizzazione", il contesto normativo della nostra materia è continuamente modificato anche dalle puntiformi, ma importanti, "novità" introdotte dalle molteplici leggi "*omnibus*", come le cd "leggi finanziarie", gli ormai classici "decreti mille proroghe" e le "leggi annuali concorrenza" (che, dopo anni di stallo, sembrano essere "ripartite") e, da ultime, le leggi annuali di "semplificazione".

A ciò si aggiunge che molte leggi sono state con norme secondarie di attuazione (regolamenti governativi e ministeriali) e sono oggetto di un vero e proprio dedalo di atti interpretativi e di "indirizzo".

3. Cenni alle più recenti tendenze del sistema e al difficile equilibrio tra celerità e certezza.

Come detto, l'intero sistema ha subito ed è verosimilmente destinato a subire nell'immediato futuro ulteriori importanti modifiche per effetto delle nuove misure di semplificazione e di liberalizzazione tese a reagire alla grave crisi economica determinata dalla straordinaria emergenza da COVID-19, a rispettare gli impegni assunti con il PNRR e a fronteggiare le forti problematiche determinate, soprattutto in campo energetico e alimentare, dal conflitto Russia-Ucraina. Il tutto, mentre, con tutto il mondo, si deve combattere contro il devastante cambio climatico e i rischi della siccità e ci si deve confrontare anche con l'avvento delle nuove tecnologie digitali, che impattano evidentemente anche sulle modalità di esercizio del potere amministrativo e sulle garanzie procedimentali e sulla

tutela giurisdizionale (L. Torchia, *Lo stato digitale*, Bologna, 2023).

Il titolo II del d.l. n. 76 del 16 luglio 2020 (c.d. "Decreto Semplificazioni") è intervenuto in modo significativo su diverse disposizioni della l. n. 241, a partire da quelle sui principi, cui ha aggiunto il richiamo ai principi della buona fede e della leale collaborazione. Ha poi introdotto rilevanti modifiche con riferimento all'obbligo di provvedere (prescrivendo la misurazione e la pubblicità dei "*tempi effettivi di conclusione dei procedimenti di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese*") e agli effetti della sua violazione (anche in termini di stabilizzazione dei titoli e di maggior rigore ai fini della responsabilità erariale rispetto a quella per i comportamenti attivi); all'uso degli strumenti informatici e telematici; all'accesso agli atti del procedimento; alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento del- l'istanza e ai limiti al potere di integrarli *in progress*; alle conseguenze della mancata adozione dei pareri obbligatori e facoltativi; agli effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni; alla conferenza di servizi; alle autodichiarazioni e alle acquisizioni di dati e documenti ai sensi dell'art. 18. Sotto quest'ultimo profilo merita peraltro particolare attenzione il menzionato t.u. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (d.P.R. n. 445 del 2000, oggetto di importanti modificazioni nel 2020), che, agli artt. 46 e ss., disciplina le dichiarazioni sostitutive di certificazioni e di atti di notorietà, progressivamente chiamate, in modo sempre più esteso, unitamente alle attestazioni e asseverazioni dei tecnici abilitati, a sostituire la documentazione comprovante gli stati, le qualità personali, i fatti e, in genere, i requisiti soggettivi e oggettivi richiesti dalla normativa vigente, non soltanto per l'ottenimento di benefici economici, comunque denominati, da parte di pubbliche amministrazioni, ma anche per l'esercizio "autocertificato" di attività (s.c.i.a. e c.i.l.a.) e "*per il rilascio di autorizzazioni e nulla osta comunque denominati*" (cfr., da ultimo, l'art. 12 del d.l. n. 76 del 2020, convertito nella l. n. 120 dello stesso anno). Sotto l'egida delle "semplificazioni", anche a causa di alcune posizioni assunte dalla giurisprudenza, si realizza in tal modo un graduale trasferimento di responsabilità dalle amministrazioni ai privati, che inevitabilmente incide (come meglio si vedrà negli specifici contributi sulle autodichiarazioni, sulla s.c.i.a. e sul silenzio assenso provvedimentale e in quelli sulla sospensione e sull'annullamento d'ufficio) sulla spendibilità e sulla stessa stabilità dei titoli e, soprattutto, dei "benefici". In relazione a questi ultimi (particolarmente estesi per far fronte alle gravi conseguenze economiche determinate dall'emergenza COVID-19), le ultime riforme (art. 264, comma 2, d.l. n. 34 del 2020, c.d. "Decreto Rilancio", convertito, senza modificazioni *in parte qua*, nella l. n. 77 del 17 luglio 2020) hanno invero fortemente inasprito il regime sanzionatorio dettato dal capo VI del suddetto t.u. a fronte dell'eventuale riscontro della falsità o mendacia della dichiarazione, creando problemi di coordinamento con il nuovo paradigma dell'autotutela caducatoria per vizi originari del provvedimento concepito dall'art. 21-*nonies* l. n. 241 (richiamato dall'art. 19 per il controllo tardivo sulla s.c.i.a.) per garantire la stabilità dei titoli; e conseguentemente aggravando la ricostruzione di un sistema già oggetto di varie questioni interpretative.

Nel rinviare agli appositi contributi (in particolare quelli di M.A. Sandulli, G. Mari, M. Sinisi e A.G. Pietrosanti), si segnala al riguardo la distonia di un modello che, mentre tende a responsabilizzare i privati

(cui le amministrazioni e la giurisprudenza imputano come "false dichiarazioni" e "false rappresentazioni della realtà" anche gli errori di ricostruzione e valutazione di un quadro normativo oggettivamente complesso e contraddittorio), si muove in direzione opposta nei confronti degli amministratori pubblici. Per ovviare al diffuso fenomeno della "paura della firma", determinata dalla preoccupazione degli agenti pubblici di incorrere in responsabilità amministrative e penali per possibili errori interpretativi e valutativi derivanti dall'oggettiva difficoltà di tale ricostruzione, il d.l. n. 76 del 2020 (di fatto coevo alla legge di conversione del riportato art. 264 d.l. n. 34) ha, per un verso, disposto la (formalmente temporanea, ma già ripetutamente prorogata fino, da ultimo, al 31 dicembre 2024) limitazione della "*responsabilità erariale*" (responsabilità amministrativa dei dipendenti pubblici e dei soggetti equiparati per danni all'erario) per atti e comportamenti "commissivi" ai casi di dolo (da comprovare attraverso la dimostrazione della "*volontà dell'evento dannoso*"),mantenendo la responsabilità per colpa (già in ogni caso circoscritta alla "*colpa grave*") soltanto per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente, e, per l'altro verso, rigorosamente ridefinito (a regime) l'ipotesi di reato per c.d. "*abuso d'ufficio*". L'art. 23 del decreto è infatti intervenuto direttamente sull'art. 323 c.p. limitando la configurabilità di tale reato alla violazione (affatto difficilmente ravvisabile) "*di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*".

Il d.l n. 77 del 2021 è poi nuovamente tornato sulla c.d. semplificazione, riducendo a dodici mesi il termine per l'esercizio del potere di autoannullamento e del potere di controllo tardivo sulla s.c.i.a. e prevedendo un sistema di "attestazione" della formazione del silenzio-assenso che si traduce però, ancora una volta, in una "autoresponsabilizzazione" dell'istante, chiamato, nel presumibile caso di inerzia dell'amministrazione, ad effettuare una "*autodichiarazione sostitutiva dell'attestazione*".

E numerose forme di semplificazione sono state introdotte anche dal d.l. n. 13 del 2023, conv. con modificazioni, nella l. 21aprile 2023, n. 41 e dai vari dPCM che vi hanno dato seguito.

Mentre il nuovissimo codice dei contratti pubblici, nel riconoscere, come anticipato, più ampi margini di discrezionalità agli enti committenti e alle stazioni appaltanti e concedenti, enuncia sintomaticamente, accanto al "*principio del risultato*" (che valorizza la tempestività e il miglior rapporto qualità-prezzo, nel rispetto della legalità della trasparenza e della concorrenza: in tema cfr. le considerazioni critiche di S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema de*finitivo *di codice dei contratti pubblici* in *Scritti in onore di F. Salvia* Napoli 2023 e in D SOC, 3/2022, 551 ss. e, *infra*, il contributo di M.R. Spasiano, nonché l'ampio saggio dello stesso A., *Codi*fi*cazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023), il "*principio della* fi*ducia*" (dichiaratamente diretto a "tranquillizzare" i funzionari pubblici sul superamento di un pregiudiziale "sospetto" nei loro confronti, ma che, come contraltare, chiama in gioco la responsabilità sull'aggiudicatario che i primi abbiano illegittimamente individuato).

4. Il ruolo dei prinicìpi.

Le precedenti considerazioni rendono facile comprendere l'importanza che assu-

mono, nel nostro sistema di diritto amministrativo, i "princìpi" che informano la materia e la rilevanza, tanto sul piano teorico che sul piano pratico, del relativo approfondimento. A fronte di un quadro normativo estremamente complesso e mutevole, oltre che spesso oscuro e contraddittorio (come dimostrano anche i frequenti contrasti giurisprudenziali), i principi costituiscono un essenziale collante della legislazione di settore e un faro indispensabile per un logico e coerente orientamento tra le diverse disposizioni e per una consapevole ed efficace contestazione dei vizi che, a vario titolo, possono inficiare l'operato dei pubblici poteri e, a livello più alto, le stesse regole che dovrebbero disciplinarlo.

L'art. 12 delle preleggi richiama del resto significativamente i principi generali dell'ordinamento giuridico come criterio per decidere una controversia in assenza di disposizioni specifiche o analoghe.

Anche la Costituzione si apre con l'enunciazione dei "principi fondamentali", che, in molti casi, coincidono con valori (si pensi, alla democrazia, all'eguaglianza, alla pace).

I "princìpi" assumono poi una fondamentale rilevanza nei rapporti tra le fonti: si ricorda che l'art. 76 Cost. consente la delega al governo della funzione legislativa soltanto "*con la determinazione di principi e criteri direttivi*" e che l'art. 117, comma 3, della stessa Carta, nel riconoscere alle regioni la potestà legislativa concorrente nelle materie ivi indicate, fa comunque salva "*la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato*". Mentre il comma 1 dello stesso articolo, nell'imporre al legislatore (statale e regionale) il rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (oggi, più correttamente, "eurounitario") e dagli obblighi internazionali, fa implicitamente richiamo al rispetto dei principi espressi o ricavabili da tali fonti sovraordinate (su cui v. *infra* il richiamato contributo di D.U. Galetta).

Anche le leggi ordinarie fanno ormai sempre più spesso esplicito riferimento ai princìpi: ad essi sono significativamente dedicati i primi articoli della l. n. 241 del 1990 e del codice del processo amministrativo e, da ultimo, quelli del codice dei contratti pubblici.

Già nel 1961 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 3, rilevava del resto che "*il diritto amministrativo risulta appunto non soltanto da norme, ma anche da principi che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato e ridotto ad unità e dignità di sistema*".

Da ciò l'importanza di fermare l'attenzione di chi si accosta alla nostra materia sui principi che informano l'azione e l'organizzazione dei pubblici poteri, fermo restando che essi hanno bisogno dell'interpolazione della legge e che l'interprete non può farne diretta applicazione, in spregio a quest'ultima (sui rischi di un uso abusivo dei principi, si vedano in termini generali, G. Alpa, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, in RGC C OMM, 2014, 1 ss.; A. Cataudella, *L'uso abusivo dei principi*, in RIV DC, 2014, 749 ss.).

5. Osservazioni conclusive.

Ho sottolineato in apertura che la pandemia e il PNRR hanno riportato l'accento sul ruolo dell'amministrazione e, di conseguenza, confermano e accrescono l'importanza del diritto amministrativo, che non può essere cancellato da una malintesa superiorità del "diritto globale".

Le norme per la ripresa e la resilienza valorizzano giustamente la formazione dei funzionari pubblici, non soltanto in vista

del migliore esercizio dell'attività amministrativa, nelle sue molteplici espressioni, ma anche in vista della migliore redazione dei testi delle prossime riforme.

Ed ecco, di nuovo, il senso di questo volume.

Il primo passo per una buona formazione è indirizzare gli operatori ad agire nel rispetto della nostra Costituzione e dei principi e delle regole del nostro diritto amministrativo: regole che vanno scritte, riscritte, corrette, ricontestualizzate, ma sempre nel rispetto e nell'attenzione a un equilibrio tra i diversi principi contenuti nella Costituzione, *in primis* quelli enunciati dall'art. 97. Bisogna dunque rispettare, in un equo temperamento, tutti tali principi – di legalità, di trasparenza, di efficienza e di economicità della pubblica amministrazione – e non soltanto garantire l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico, come pure disposto dal nuovo comma dello stesso articolo introdotto dalla l. cost. n. 1 del 2012. Bisogna cioè rispettare, nelle sue varie espressioni, il più classico e generale "principio di buon andamento", che è poi strettamente (anche se non esclusivamente) correlato a quello di "buona amministrazione", sancito dall'art. 41 della Carta Fondamentale dei Diritti dell'Unione (c.d. Carta di Nizza).

Il principio di buon andamento, peraltro, non può essere effettivamente garantito se non c'è un effettivo controllo sull'operato delle pubbliche Amministrazioni: quindi le riforme avranno bisogno di controllori e, soprattutto, di un giudice che le faccia effettivamente rispettare. Si discute della tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione inadempiente, della posizione del terzo controinteressato all'esercizio delle attività avviate in base ad autodichiarazioni di conformità, delle cooperazioni e dei conflitti tra Amministrazioni. E, di conseguenza, delle difficoltà di gestire il contenzioso.

Ma, contraddittoriamente, si insiste sulla riduzione dei tempi del processo. Limitando, evidentemente, le mie riflessioni alla giustizia amministrativa, gli ultimi interventi in questo senso si devono ai dd. ll. nn. 77 e 80 del 2021 e rispettive leggi di conversione e al più recente art. 12-*bis* del d.l. n. 68 del 2022, introdotto (con una tecnica di dubbia costituzionalità), in sede di conversione, al. n. 108 del 5 agosto 2022) che sono, ancora una volta, intervenuti sul c.p.a. e sui termini processuali.

A questo proposito non posso che ripetere quanto già osservato in varie occasioni.

Abbiamo bisogno di una giustizia efficiente, non di una giustizia con le gambe tagliate, non di una decisione qualsiasi, purché arrivi al più presto e dia "l'impressione" che vi sia una giustizia efficiente, ma di una decisione attenta, chiara, ponderata, e, soprattutto, giusta ed efficace, che intervenga sull'atto o comportamento amministrativo illegittimo e gli impedisca di produrre effetti. Se il provvedimento illegittimo non viene eliminato – e, se occorre, sospeso – la collettività rischia di essere esposta a ulteriori inefficienze e ulteriori spese; e, comunque, perde la fiducia nelle istituzioni, cosa che evidentemente non aiuta la ripresa economica.

Analogo discorso vale per il reclutamento e la formazione dei pubblici funzionari. Se essi non vengono adeguatamente reclutati, con sistemi che privilegiano la ricerca della capacità e della professionalità, avremo inevitabilmente ulteriori aggravi anche per l'economia. Ci sarà pure, nell'immediato, una crescita dell'occupazione e un apparente miglioramento del Paese, perché la riduzione del tasso di disoccupazione implicherà un aumento dei consumi da parte da parte dei nuovi assunti, ma questo non varrà a

coprire e a bilanciare la spesa derivante da tali assunzioni. Bisogna allora fare in modo che queste assunzioni siano, a loro volta, "produttive", in termini di reale implemento dell'efficienza della macchina pubblica, e, per l'effetto, di rilancio dell'economia.

Queste – elementari – considerazioni, svolte già in sede di primo commento all'approvazione del PNRR (in un intervento al *webinar* organizzato dall'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo-AIPDA il 28 aprile 2021, leggibile su *Federalismi.it*, *Osservatorio di Diritto sanitario*), valgono per tutte le ri- forme previste dal Piano: se esse non riescono a produrre nuove, reali, risorse, nuovo movimento dell'economia, si risolveranno in mere spese e ci costringe- ranno a tornare alle misure di riduzione della spesa pubblica e a nuovi oneri fiscali.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
In corso di pubblicazione nella sezione "Diritto e processo amministrativo" della Rivista

Sull'ordinaria diligenza esigibile dal soggetto danneggiato ai sensi degli artt. 1227 c.c. e 30 c.p.a.

(nota a Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 2023, n. 8149)

Clara Silvano

Sommario: 1. La vicenda contenziosa. – **2.** Le questioni di rito. – **3.** E quelle di merito: in particolare la domanda risarcitoria. – **4.** Conclusioni.

1. La vicenda contenziosa.

La sentenza qui in esame[1] consente di tornare a riflettere sul modo con cui il giudice amministrativo si pone rispetto alla tutela risarcitoria richiesta dal privato nei confronti dell'amministrazione e, in particolar modo, sull'onere di diligenza esigibile dal soggetto danneggiato ai sensi degli artt. 1227 c.c.[2] e

[1] Si tratta invero di una sentenza non definitiva in quanto il giudice ha disposto incombenti istruttori al fine di definire il *quantum* risarcitorio dovuto alla società appellante.

[2] Come noto, l'art. 1227 c.c. individua due fattispecie tra loro distinte; secondo la ricostruzione di C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1988, 403 «*La prima ricorre quando la condotta del danneggiato ha contribuito a cagionare la lesione iniziale ovvero ha inciso sul rapporto di causalità materiale con il danno-evento. La seconda è integrata quando il creditore non si attivi per evitare l'aggravarsi della lesione iniziale ovvero influisca sul rapporto di causalità giuridica con il danno-conseguenza. La prima fattispecie implica un giudizio di imputazione causale del danno, la seconda si traduce in un giudizio sul dovere di correttezza che impone al danneggiato di comportarsi in modo diligente per evitare il danno scaturito dall'inadempimento o dal fatto illecito*». Ai fini che qui più interessano, è importante osservare come per la giurisprudenza civile l'onere di diligenza richiedibile al soggetto danneggiato non implichi l'obbligo di iniziare una azione giudiziaria, considerata per definizione attività gravosa e comportante rischi e spese. Si confronti sul punto Cass. civ., sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2422; Cass. civ., sez. III, 25 settembre 2009, n. 20684; Cass. civ., sez. III, 29 settembre 2017, n. 22820; Cass. civ., sez. III, 05 ottobre 2018, n. 24522. Di contrario avviso l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 23 marzo 2011 n. 3, per la quale: «*Si deve allora preferire al tradizionale indirizzo che esclude, per definizione, la sincadabilità delle condotte processuali ai sensi del capoverso dell'art. 1227 c.c., un più duttile criterio interpretativo che, in coerenza con le clausole generali in materia di correttezza, buona fede e solidarietà di cui la norma in esame è espressione, consenta la valutazione della condotta complessiva, anche processuale, del creditore, con riguardo alle specificità del caso concreto*». Per un'analisi di questa sentenza si veda *infra*, in particolare nota 11 e nota 13.

30, comma 3, c.p.a.[3], offrendo sul punto una soluzione che, come si avrà modo di vedere, si pone in maniera innovativa rispetto alla giurisprudenza maggioritaria.

La decisione arriva all'esito di un articolato contezioso che vede contrapporsi, da un lato, una società immobiliare, dall'altro la Società Autostrade per l'Italia s.p.a.[4].

Con specifico riguardo al contenzioso relativo alla domanda risarcitoria, la Società aveva formulato davanti al T.a.r. per la Toscana[5] una domanda di condanna al risarcimento dei danni nei confronti di Società Autostrade, sostenendo di non aver potuto completare l'intervento edilizio assentito dal Comune a causa della sospensione dei lavori in conseguenza di due diffide di Società Autostrade, motivate sull'assunto, rivelatosi poi erroneo, che le opere edilizie autorizzate dal Comune avrebbero dovuto collocarsi ad una distanza non inferiore a quella di 60 metri dalla sede stradale, in conformità a quanto previsto dal D.M. 1° aprile 1968 n. 1404, distanza non rispettata nel caso di specie.

La ricorrente lamentava che la sospensione dei lavori avrebbe determinato l'impossibilità di concludere i lavori, anche per il mancato accesso al credito bancario, e di procedere alla consegna degli appartamenti ai promissari acquirenti, con conseguente attivazione, nei suoi confronti, di azioni giudiziarie da parte degli stessi, causandole un grave pregiudizio, quantificato complessivamente in euro 6.911.097,24[6].

[3] L'art. 30, comma 3, c.p.a. al secondo periodo recita: «*Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*». Per l'analisi e l'applicazione giurisprudenziale di questo articolo si rimanda al paragrafo 3 del presente contributo.

[4] Nello specifico, la Società, in forza del permesso di costruire n. 1569/2007, rilasciato dal Comune di Prato aveva intrapreso i lavori per la realizzazione di un complesso residenziale situato in prossimità di uno svincolo autostradale. La società Autostrade, con nota del 20 marzo e del 19 novembre 2008, diffidava la società dal continuare i lavori in quanto le opere edilizie autorizzate dal Comune avrebbero dovuto collocarsi ad una distanza non inferiore a quella di 60 metri dalla sede stradale, in conformità a quanto previsto dal D.M. 1° aprile 1968 n. 1404. Tali diffide venivano tempestivamente impugnate dalla Proprietà davanti al T.a.r. Toscana, che con sentenza n. 2449/2010 respingeva il ricorso proposto sull'assorbente motivo della non applicabilità delle norme invocate dalla ricorrente alla fattispecie sottoposta alla sua cognizione. Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 1118/2012, respingeva a sua volta l'appello proposto dalla società, dichiarando le censure presentate inammissibili perché formulate con memoria difensiva non notificata alla controparte. Tuttavia, il giudice di secondo grado, in sede di appello, osservava comunque che: «*dovrebbe auspicabilmente considerarsi che l'area di Greta Immobiliare è compresa in un insediamento non solo compatibile con il P.R.G. del Comune, ma puntualmente inserito nel tessuto urbano, e segnatamente nel c.d. "Sistema della Residenza, Subsistema R4 – la città in aggiunta", non essendo pertanto per esso ragionevolmente applicabile la disciplina di cui al D.M. 1404 del 1968 dettata per le edificazioni al di fuori del perimetro dei centri abitati e degli insediamenti che, come per l'appunto nel caso in esame, sono previsti dalla vigente strumentazione urbanistica. Pertanto, a fronte di una vigente previsione normativa di una fascia di rispetto di m. 25, la materiale esistenza di una distanza di m. 32 dal ciglio autostradale dovrebbe reputarsi congrua in un'augurabile riconsiderazione della fattispecie*». Sulla base di tale sentenza, il Comune di Prato ha rilasciato il permesso di costruire n. 538/2012 per il completamento dell'intervento in questione, fondato sulla rilevata operatività della fascia di rispetto di 25 metri dalla sede autostradale ai sensi dell'art. 9 della legge n. 729/1961.

[5] In verità, la domanda risarcitoria era stata posta, in prima battuta, davanti al giudice civile e, a seguito di regolamento di giurisdizione promosso da Autostrade per l'Italia, la Corte di Cassazione, a sezioni unite, con ordinanza n. 13194/2018, ha individuato il giudice amministrativo come quello munito di giurisdizione con riguardo alla controversia di natura risarcitoria.

[6] Precisamente le voci di danno fatte valere sono così riassumibili:
- mancato profitto, pari alla differenza tra il valore di vendita delle singole unità immobiliari e il costo dell'intera costruzione, ivi compreso il terreno, detratto il valore di quanto residuato, a valore commerciale attuale;
- maggiori costi connessi allo spostamento del cantiere a seguito della variante progettuale del 2008;
- danni corrispondenti alla perdita di valore delle opere realizzate;
- danni da risoluzione dei contratti preliminari di compravendita delle unità immobiliari da realizzare e connesse richieste risarcitorie ad opera dei promissari acquirenti;
- danni originati dall'impossibilità di rispettare i contratti stipulati da Greta Immobiliare con i propri fornitori e dalle azioni di

Il T.a.r. per la Toscana, con sentenza n. 535 del 5 maggio 2020, respingeva il ricorso proposto dalla Società, condannandola alla rifusione delle spese processuali. La società appellante ha impugnato la sentenza, contestandola con un unico articolato motivo, per non aver il giudice di prime cure fatto corretta applicazione dei principi derivanti dall'art. 1227 c.c. e dall'art. 30 c.p.a.

Prima però di entrare nel merito della questione risarcitoria, il giudice amministrativo è chiamato a dirimere due eccezioni di rito sollevate da parte appellata, relative all'irricevibilità del ricorso introduttivo del giudizio e alla sua inammissibilità, eccezioni che, toccando comunque profili relativi alla domanda risarcitoria e al suo rapporto con la tutela di tipo demolitorio, meritano di essere esaminate in questa sede[7].

2. Le questioni di rito.

Come detto, il Consiglio di Stato si trova a dirimere una prima eccezione con la quale Società Autostrade per l'Italia contesta la tardività del ricorso introduttivo del giudizio, presentato davanti al giudice ordinario nel 2015, in asserita violazione del termine decadenziale di 120 giorni previsto dall'art. 30 c.p.a. per la proposizione della domanda risarcitoria[8].

Tale eccezione viene superata dal giudice d'appello, richiamando il principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria del 6 luglio 2015 n. 6[9], per il quale il termine

recupero crediti promosse da costoro;
- costi sostenuti per compensi ai professionisti coinvolti nella progettazione del complesso immobiliare e, successivamente, nei contenziosi insorti per effetto della mancata realizzazione del progetto;
- danno da perdita del credito bancario, che avrebbe in ultima analisi provocato la definitiva cessazione dell'attività d'impresa della ricorrente;
- danni connesso al pagamento di oneri e maggiori oneri contributivi, assistenziali, previdenziali, fiscali e relative sanzioni.

[7] Si precisa che tali eccezioni non sono state esaminate dal giudice di prime cure il quale «*in nome del principio della "ragione più liquida"*» respinge il ricorso nel merito, derogando all'ordine logico delle questioni.

[8] In merito all'applicazione del termine decadenziale all'azione di condanna nei confronti della pubblica amministrazione si confronti A. Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012 e, più recentemente, G. Taglianetti, *L'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi tra garanzie di giustizia ed esigenze di certezza*, in *Il Processo*, 1/2022, 101. Dubitano della legittimità costituzionale di questa disposizione A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 2018, 213; G. Poli, *Il risarcimento del danno ingiusto nella logica del Codice del processo amministrativo: brevi osservazioni in tema di costituzionalità*, in *Dir. e proc. amm.*, 2/2011, 441; F. Merusi, *In viaggio con Laband…*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2010, 658; F. Saitta, *Tutela risarcitoria degli interessi legittimi e termine di decadenza*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2017, 1208, dove vengono elencati, in maniera efficacemente sintetica, i dubbi di costituzionalità sollevati da questa disposizione, oltre a quello di irragionevole disparità di trattamento tra le situazioni giuridiche soggettive di diritto soggettivo e di interesse legittimo. Tuttavia, la Corte costituzionale, nella sentenza 19 ottobre 2017, n. 9464, dichiara la questione di costituzionalità sottopostole in merito alla previsione di siffatto termine decadenziale non fondata, invocando esigenze sia di tutela della «*certezza degli effetti del rapporto giuridico amministrativo*» sia di «*stabilità dei bilanci delle pubbliche amministrazioni*». La sentenza è stata oggetto di vivo interesse da parte della dottrina, la quale le ha dedicato diversi commenti, tra i quali si segnalano F.G. Scoca, *Sul termine per proporre l'azione risarcitoria autonoma nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giur. cost.*, 3/2017, 980; F. Cortese, *Autonomia dell'azione di condanna e termine di decadenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2017, 662; F. Pagano, *Il principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale e il termine di decadenza per proporre l'azione autonoma di condanna nel processo amministrativo (nota a Corte cost. n. 94 del 2017)*, in *AIC Osservatorio cost.*, 2/2017, 3; S. Foà, *Risarcimento degli interessi legittimi e termine decadenziale. La lettura italiana del principio di effettività della tutela*, in *Federalismi.it*, 18/2017; A. Marra, *Termine di decadenza e azione di condanna risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2018, 1077.

[9] Cons. Stato, Ad. Plen., 6 luglio 2015 n. 6, in *Foro it.*, 2015, III, 501. La Plenaria, chiamata a risolvere il problema interpretativo relativo all'applicabilità del termine decadenziale previsto dall'articolo 30, comma 3, del codice del processo amministrativo, agli illeciti consumati in epoca anteriore a detto *jus superveniens*, esprime il seguente principio di diritto: «*Il termine decadenziale di centoventi giorni previsto, per la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi, dall'articolo 30, comma 3, del codice del processo amministrativo, non è applicabile ai fatti illeciti anteriori all'entrata in vigore del codice*», trovando tale

decadenziale di 120 giorni non trova applicazione ai fatti illeciti anteriori all'entrata in vigore del codice.

Nel caso di specie, quindi, dal momento che gli atti causativi dei danni lamentati risalgono al 2008, deve trovare applicazione il termine di prescrizione quinquennale[10], termine che, dovendo considerarsi interrotto durante il giudizio impugnatorio, è stato rispettato da parte della ricorrente con la proposizione della domanda risarcitoria nel 2015.

Il giudice rigetta anche l'eccezione di inammissibilità del ricorso, fondata sul fatto che la domanda risarcitoria proposta dalla

interpretazione avallo nella giurisprudenza costituzionale. Con la sentenza 31 maggio 2015, n. 57, il Giudice delle Leggi ha, infatti, ritenuto che l'art. 2 del Titolo II dell'Allegato 3 (Norme transitorie) al codice del processo amministrativo, «*non è altrimenti interpretabile che nel senso della sua riferibilità anche (e a maggior ragione) all'ipotesi di successione tra un termine sostanziale, qual è quello di prescrizione, ed un termine processuale precedentemente non previsto, quale appunto il termine di decadenza sub art. 30 citato, essendo una diversa lettura della predetta disposizione (nel senso, restrittivo, della sua riferibilità solo a termini processuali «in corso») innegabilmente contra Constitutionem, per la compromissione, che ne deriverebbe, non solo della tutela ma della esistenza stessa della situazione soggettiva*». Per un commento a questa sentenza si confronti G. Cocozza, *Giudice amministrativo e Corte costituzionale a confronto sulla legittimità costituzionale dell'art. 30 c.p.a.*, in *www.giustamm.it*, 8/2017, 1.

[10] La giurisprudenza è sostanzialmente unanime nel ricondurre la responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi al paradigma della responsabilità extracontrattuale. Si confronti sul punto T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 16 ottobre 2018, n. 2309; Cons. Stato sez. V, 10 febbraio 2015, n. 675; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 10 gennaio 2015, n. 94; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 05 giugno 2014, n. 510; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 06 novembre 2013, n. 9470. Questo indirizzo è stato sugellato dal Consiglio di Stato, con l'Adunanza Plenaria 23 aprile 2021, n. 7 ove si legge che: «*Il paradigma cui è improntato il sistema della responsabilità dell'amministrazione per l'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o per il mancato esercizio di quella doverosa, devoluto alla giurisdizione amministrativa, è quello della responsabilità da fatto illecito*». In dottrina propendono per la natura extracontrattuale della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, comprendendo anche la lesione causata dal ritardo o dall'inerzia, F.D. Busnelli, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 335, il quale conferma questa presa di posizione nel più recente F.D. Busnelli, *La responsabilità per illegittimo esercizio della funzione amministrativa vista con gli occhi del civilista*, in *Dir. amm.*, 4/2012, 531; R. Caranta, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano. La responsabilità della P.A. dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2001; L. Torchia, *La responsabilità*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, tomo II, Milano, 2003, 1649; F. Liguori, *Caratteri della funzione amministrativa e norme sulla responsabilità,* in *Dir. e società*, 2004, 485. Applicano invece la nota teoria del "contatto sociale" elaborata da C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in Aa.Vv., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni, tomo I, - Diritto Civile*, Milano, 1995, 147, che teorizza un terzo *genus* di responsabilità, la responsabilità che nasce da un contatto sociale, alla quale si applicano le regole della responsabilità contrattuale, ritenendo che il "contatto" creatosi tra amministrazione e cittadino nel corso del procedimento fa sorgere in capo all'amministrazione degli "obblighi di protezione" (ma non di prestazione) nei confronti del soggetto privato, che vanta un vero e proprio diritto a che l'amministrazione si comporti secondo buona fede, il cui mancato rispetto determina una responsabilità contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c. M. Protto, *È crollato il muro della irrisarcibilità degli interessi legittimi: una svolta epocale?*, in *Urb. e app.*, 1999, 1092; F.G. Scoca, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, 4045, in particolare 4060 ss.; G.P. Cirillo, *Danno da illegittimità dell'azione amministrativa e giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2001, specie 77 e ss.; G.D. Comporti, *Torto e contratto nella responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Torino, 2003, 129 ss.; L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza, al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisprudenza amministrativa,* Milano, 2003, 175 ss.; G.M. Racca, *Il risarcimento del danno e l'interesse legittimo*, in R. Garofoli, G.M. Racca, M. De Palma (a cura di), *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 171 ss.; C. Castronovo, *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione, in Eur. e dir. priv.,* 3/2013, 637 ss. Ritiene invece che si possa sostenere l'esistenza di un vincolo obbligatorio anche senza ricorrere necessariamente alla categoria degli obblighi di protezione M.C. Cavallaro, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004, 217 e *passim*, la quale ritiene che, a seguito dell'avvio del procedimento, sorge in capo al soggetto pubblico, in virtù dell'art. 1173 c.c., un'obbligazione di mezzi che ha come oggetto l'obbligo per la pubblica amministrazione di tenere un determinato comportamento nei confronti del privato. Ritengono invece che le categorie civilistiche della responsabilità mal si attaglino alla responsabilità della pubblica amministrazione, necessitando la stessa di appositi e autonomi modelli, L. Garofalo, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 1/2005, 1; A. Zito, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo,* Napoli, 2003, 172 ss.; D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 266 ss.

Società era basata su una specifica censura di illegittimità delle due diffide emanate da Società Autostrade – consistente nella violazione del combinato disposto dell'art. 1 del D.M. 1404/1968 e dell'art. 9 l. 726/1961 – non ritualmente dedotta nel giudizio di impugnazione[11].

Il giudice, come detto, respinge tale eccezione, sulla base, in primo luogo, dell'autonomia dei due giudizi – quello annullatorio e quello risarcitorio[12] – e, in secondo luogo, della particolare valenza da riconoscersi al giudicato nel processo amministrativo.

In particolare, la reiezione della domanda demolitoria nell'ambito del primo giudizio non preclude la proposizione della domanda risarcitoria basata su vizi di legittimità non esaminati dal giudice di primo grado, in quanto su tali vizi non si è formato il giudicato che si forma, per l'appunto, solo con riferimento ai vizi dell'atto ritenuti sussistenti, e questo perché, nel processo amministrativo il principio per il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile non troverebbe piena esplicazione[13].

[11] Nell'ambito del giudizio impugnatorio, come ricordato nella nota 4 del presente contributo, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 1118/2012, ha respinto l'appello proposto dalla società, dichiarando le censure presentate inammissibili perché formulate con memoria difensiva non notificata alla controparte. Tuttavia, il giudice di secondo grado, in sede di appello, osservava comunque che: «*dovrebbe auspicabilmente considerarsi che l'area di Greta Immobiliare è compresa in un insediamento non solo compatibile con il P.R.G. del Comune, ma puntualmente inserito nel tessuto urbano, e segnatamente nel c.d. "Sistema della Residenza, Subsistema R4 – la città in aggiunta", non essendo pertanto per esso ragionevolmente applicabile la disciplina di cui al D.M. 1404 del 1968 dettata per le edificazioni al di fuori del perimetro dei centri abitati e degli insediamenti che, come per l'appunto nel caso in esame, sono previsti dalla vigente strumentazione urbanistica. Pertanto, a fronte di una vigente previsione normativa di una fascia di rispetto di m. 25, la materiale esistenza di una distanza di m. 32 dal ciglio autostradale dovrebbe reputarsi congrua in un'augurabile riconsiderazione della fattispecie*"». Sulla base di tale sentenza, il Comune di Prato ha rilasciato il permesso di costruire n. 538/2012 per il completamento dell'intervento in questione, sul presupposto della rilevata accettabilità della distanza di mt. 32 del fabbricato dal confine autostradale.

[12] L'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento è sancita in modo espresso dall'Adunanza Plenaria n. 3/2011, che ricava tale autonomia dall'analisi, in primo luogo, delle disposizioni contenute nel codice del processo amministrativo, in particolare dall'art. 30, da leggersi unitamente all'art. 7, comma 4, l'art. 34, comma 2 e comma 3, affermando che: «*Questo reticolo di norme consacra, in termini netti, la reciproca autonomia processuale tra i diversi sistemi di tutela, con l'affrancazione del modello risarcitorio dalla logica della necessaria "ancillarità" e "sussidiarietà" rispetto al paradigma caducatorio*». Per un primo commento a questa importante sentenza si confronti 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*, 7/2011, 1. Tuttavia, la dottrina ha evidenziato come tale autonomia non sia un'autonomia piena, ma piuttosto un' autonomia «formale», «temperata», «debole» e «disincentivata», dal momento che il mancato esperimento dell'azione di annullamento, contro il silenzio o di adempimento si ripercuote in maniera significativa sul giudizio risarcitorio, dal momento che l'art. 30, comma 3, c.p.a. prevede espressamente che: «*Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*». Osserva sul punto G. Conti, *Concorso di colpa del danneggiato e pregiudizialità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2015, 769 come: «*l'omessa impugnativa continua a rivestire una importanza di fatto decisiva con riferimento agli elementi da valutare nella determinazione del danno: sicché si attribuisce una rilevanza discriminante (in negativo) alla condotta del danneggiato, che abbia omesso di impugnare il provvedimento*».

[13] Per una chiara definizione della regola del "dedotto e del deducibile" si confronti G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 341, ove l'Illustre Autore riconnette tale regola alla «*[…] preclusione di tutte le questioni, che furono fatte e di tutte le questioni che si sarebbero potute fare intorno alla volontà concreta di legge, al fine di ottenere il riconoscimento del bene negato o il disconoscimento del bene riconosciuto*». Per una declinazione della definizione con riguardo al processo amministrativo cfr. M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 151, per il quale: «*deducibile nel processo amministrativo è ogni fatto che può dar origine al diritto potestativo all'annullamento oppure […] che sia rilevante per la produzione dell'effetto costitutivo (annullamento) invocato. Il ricorrente è soggetto ad un vero e proprio onere di dedurre nell'atto introduttivo del giudizio tutti i motivi di invalidità dell'atto impugnato. Se non ottempera all'onere, e fatta salva la possibilità di proporre motivi aggiunti ove ne ricorrano i presupposti, la sentenza di rigetto passata in giudicato non può essere messa più in discussione in un secondo giudizio […]*». Ritiene applicabile in maniera "piena" la preclusione del dedotto e del deducibile nel processo amministrativo, A.

3. Le questioni di merito: in particolare la domanda risarcitoria.

Esaurite le questioni di rito sollevate dall'amministrazione appellata, il giudice affronta l'articolato motivo di appello proposto dalla società, con il quale la stessa contesta la sentenza di prime cure per aver mal applicato i principi desumibili dagli artt. 1227 c.c. e 30 c.p.a. nel decidere in merito alla domanda risarcitoria.

L'art. 30 c.p.a., effettuando una ricognizione dei principi civilistici in materia di autoresponsabilità e di concorso del danneggiato nella causazione del danno[14], espressi dall'art. 1227 c.c., prevede che: «*Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*»[15].

Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, 581, per il quale:«*[…] così come si deve ammettere, nel corso del processo, una determinata fungibilità dei motivi da cui vien fatto dipendere l'accoglimento della domanda, così si deve anche, parallelamente, riconoscere che la cognizione del giudice, per quanto sia e debba essere limitata – positivamente e negativamente – dalle deduzioni e produzioni delle parti, produce, con la decisione finale, l'effetto di coprire, in relazione al rapporto controverso, il dedotto ed il deducibile*». *Contra*, R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 580-582, per il quale: «*[…] non si può accettare la tesi che il giudicato copre il dedotto e il deducibile: esso si riferisce soltanto ai vizi di legittimità denunciati; su tutti gli altri aspetti del provvedimento il giudice non compie alcuna indagine, né si forma alcun accertamento. Ciò è importante non tanto per la possibilità di impugnare una seconda volta l'atto in relazione a motivi diversi, stante la brevità dei termini perentori, quanto perché, se la pubblica amministrazione emana un nuovo provvedimento, dopo il ritiro del precedente, non vi è alcuna forza d'accertamento della sua legittimità, al di là dei vizi presi in considerazione dalla pronuncia cassatoria […]*»; nonché G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 182, nella parte in cui, procedendo alla critica della concezione enucleata da Piras, rileva che: «*[…] le cennate presunzioni (aggiungiamo per quanto qui rileva: la preclusione del "dedotto e deducibile"), in mancanza di una esplicita disciplina positiva, possono essere riconosciute come vigenti soltanto in un sistema di giudizio di annullamento imperniato sull'accertamento del rapporto; poiché, viceversa, il nostro ordinamento positivo ha predisposto, a mio modo di vedere, un diverso tipo di giudizio di annullamento, le cennate presunzioni appaiono innanzitutto prive di solido fondamento normativo. Esse, comunque, non risultano idonee a garantire il "recupero" dell'accertamento dell'intero rapporto amministrativo nel nostro giudizio d'annullamento e non sono in grado pertanto di colmare del tutto il divario esistente tra la materia del contendere in siffatto giudizio e l'effettivo conflitto di interessi sostanziali, intercorrente tra Amministrazione e destinatario dell'atto*». Più recentemente, con riguardo alla regola del "dedotto e del deducibile" ritiene «*non giustificato, alla luce di quanto dinanzi messo in rilievo e considerate le norme processuali che costruiscono il giudizio di impugnazione, il trapianto automatico della regola in argomento dal processo civile al processo amministrativo*» S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 208. Al di là delle oscillazioni dottrinali sopra riportate, la tesi fatta propria dalla sentenza qui in commento ricalca quella fatta propria dall'Adunanza Plenaria 15 gennaio 2013, n. 2, per la quale la piena espansione del principio del dedotto e del deducibile è impedita dalle peculiarità del processo amministrativo e, pertanto, il giudicato amministrativo «*non può che formarsi con esclusivo riferimento ai vizi dell'atto ritenuti sussistenti, alla stregua dei motivi dedotti nel ricorso*», con la conseguenza che la sede per sindacare la legittimità dei provvedimenti emanati nel caso di riedizione del potere amministrativo sotto profili non oggetto delle statuizioni della sentenza sarà il giudizio ordinario di cognizione e non il giudizio di ottemperanza.

[14] Sul valore ricognitivo dell'art. 30 c.p.a., si esprime molto chiaramente l'Adunanza Plenaria n. 3/2011 *supra* ampiamente richiamata la quale «*reputa che la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione e degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, oggi sancita dall'art. 30, comma 3, del codice del processo amministrativo, sia ricognitiva di principi già evincibili alla stregua di un' interpretazione evolutiva del capoverso dell'articolo 1227 cit.*». Alla luce di tale valenza ricognitiva, la Plenaria afferma che l'art. 30 cit. «*enuncia principi che, in quanto già presenti nell'art. 1227 c.c., sono applicabili anche alle azioni risarcitorie proposte prima della sua entrata in vigore, in quanto espressione del principio generale di correttezza nei rapporti bilaterali, mirando a prevenire comportamenti opportunistici finalizzati a trarre occasioni di lucro da situazioni che hanno leso solo in modo marginale gli interessi dei destinatari del provvedimento, la cui lesività avrebbe potuto essere prevenuta con la normale diligenza*».

[15] Per un'applicazione di questo articolo si confronti di recente T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 05 maggio 2023, n. 7646, per il quale: «*Costituisce principio irretrattabilmente sancito*

In particolare, il T.A.R. Toscana aveva ritenuto che la negligenza imputabile alla società per non aver usufruito correttamente di tutti gli strumenti di tutela disponibili, non avendo proposto ritualmente l'unico motivo ritenuto (in astratto) suscettibile di accoglimento, determinerebbe l'esclusione del risarcimento dei danni che la stessa avrebbe potuto evitare con l'ordinaria diligenza ai sensi dell'art. 30 c.p.a. e 1227 c.c.[16].

Avverso tale ricostruzione la Società evidenza, tuttavia, che il T.a.r. avrebbe omesso di considerare il risarcimento dei danni che non si sarebbero potuti evitare con la proposizione di un ricorso tempestivo e rituale contro le diffide di Autostrade s.p.a. e, nemmeno con un eventuale provvedimento cautelare favorevole del T.a.r., danni che la stessa ha ampiamente dimostrato esserle derivati direttamente dalle diffide emesse da Società Autostrade.

Invero, la Società riteneva di aver dato prova del fatto che sin dalla notifica delle suddette diffide si era prodotta in capo alla stessa un danno grave, in quanto il fermo cantiere aveva messo in moto una irreversibile concatenazione di conseguenze dannose non evitabile con l'azione impugnatoria, che in ogni caso era stata tempestivamente promossa, tenendo conto dei tempi fisiologici di chiusura del contenzioso, ma che non si sarebbero potuti evitare nemmeno in forza di un eventuale provvedimento cautelare favorevole da parte del T.a.r. perché avrebbe richiesto alla società un onere di diligenza eccessivo, imponendole di costruire e di portare a termine l'opera sulla base di un mero provvedimento cautelare, nelle more della completa definizione del giudizio.

Il Collegio accoglie la ricostruzione dell'appellante, ritenendo che la sentenza di prime cure avrebbe interpretato il combinato disposto degli artt. 2043 c.c.[17], 1227

in giurisprudenza, sin dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 3/2011, che la mancata impugnazione dell'atto amministrativo illegittimo, pur non precludendo la possibilità di esperire un'autonoma azione di risarcimento dei danni da esso conseguenti, costituisce un comportamento apprezzabile da parte del giudice ai fini dell' esclusione o della mitigazione del danno medesimo, laddove si appuri che le condotte attive trascurate non avrebbero implicato un sacrificio significativo ed avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo o limitativo, sul perimetro del danno, non essendo risarcibili quei danni che il destinatario dell'atto amministrativo lesivo avrebbe potuto evitare con la sua impugnazione e con la diligente utilizzazione degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, secondo quanto previsto dall'art. 30, comma 3, c.p.a, ricognitivo dei principi espressi dall'art. 1227 c.c., secondo cui il creditore è gravato non soltanto da un obbligo negativo consistente nell'astenersi dall'aggravare il danno, ma anche dall'obbligo positivo di tenere quelle condotte rivolte a evitare o ridurre il danno, nel rispetto delle generali clausole di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.». In termini si confronti T.A.R. Lazio, Roma, sez. V, 03 maggio 2023, n. 7529; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 23 novembre 2022, n. 2617; Cons. Stato sez. IV, 31 ottobre 2022, n. 9421; Cons. Stato sez. IV, 13 maggio 2022, n. 3774; Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2021, n. 962; sez. IV, 4 dicembre 2020, n. 7699.

[16] Si legge testualmente nella sentenza che: «*In altri termini, sul piano processuale la situazione è esattamente equiparabile al caso in cui l'azione risarcitoria sia stata proposta in assenza della preventiva impugnazione dei provvedimenti lesivi, con la particolarità che in questo caso l'impugnazione vi è stata, ma per motivi/in relazione a vizi differenti da quello in ragione del quale è oggi dedotta, a fini risarcitori, l'illegittimità commessa dalla resistente*».

[17] Con riguardo all'individuazione degli elementi dell'illecito aquiliano nel caso di specie, il Consiglio di Stato, ravvisa l'illegittimità delle due diffide, che avevano stabilito quale distanza da rispettare dallo svincolo autostradale quella di 60 metri, dovendosi invece considerare quale distanza sufficiente quella di 30 metri. Su questo punto il Supremo Consesso precisa che tale circostanza non deriva dall'*obiter dictum* contenuto nella sentenza del Consiglio di Stato, sopra richiamato, dal momento che «*nel processo amministrativo il giudicato si forma in relazione ai motivi di gravame e non anche alle affermazioni ulteriori eventualmente contenute nella sentenza, in quanto l'autorità di giudicato è circoscritta oggettivamente in conformità alla funzione della pronuncia giudiziale, diretta a dirimere la lite nei limiti delle domande proposte*», ma dal permesso di costruire n. 538/2012 rilasciato dal Comune di Prato per il completamento dell'intervento, nel quale l'amministrazione ha riconosciuto la legittimità della realizzazione dell'intervento edilizio *de quo* ad una distanza di mt. 32 dal confine autostradale e dalla mancata impugnazione di tale provvedimento da parte di Autostrade per

c.c. e 30 c.p.a. «*in modo talmente rigido da tradursi di fatto, in una forma di denegata giustizia*», dovendo invece il giudice amministrativo «*approfondire sotto ogni aspetto la pretesa economica oltre che giuridica delle parti, facendosi carico anche dell'evoluzione di un contesto di mercato (anzi di mercati) sempre più complesso*».

In altri termini, sempre secondo il Supremo consesso, «*la declinazione del duty to mitigate sancito dal secondo comma dell'art. 1227 c.c., in attuazione del canone solidaristico di buona fede, non può assumere, laddove riguardi un interesse legittimo, un rigore tale da condurre alla reazione di un non ammissibile "diritto speciale della p.a." in materia risarcitoria*».

Il giudice ricorda che l'omessa attivazione degli «*strumenti di tutela*», tra i quali è inclusa la tutela cautelare, rappresenta un dato valutabile, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini della mitigazione e finanche dell'esclusione del danno, in quanto evitabile con l'ordinaria diligenza, secondo quanto previsto dall'art. 30 c.p.a.[18].

Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ritiene che la società non sia venuta meno al dovere di ordinaria diligenza imposto al danneggiato, avendo la stessa tempestivamente impugnato e chiesto la sospensiva dei due atti di diffida, coltivando la pretesa sia in primo grado sia in grado si appello.

Ancora, il fatto che non sia stata proposta dalla società la censura che avrebbe fatto accogliere l'istanza cautelare non è elemento sufficiente ad escludere il nesso di causa *ex* art. 1227, secondo comma, c.c., potendo eventualmente rilevare ai fini della riduzione del *quantum* dovuto, ai sensi del primo comma del suddetto articolo[19].

In ogni caso, il Consiglio di Stato sembrerebbe ritenere che il non aver proposto in modo corretto la censura di illegittimità da parte della Società non sia un comportamento esigibile da parte del danneggiato e questo «*per la congerie di fonti normative e la controversa qualificazione urbanistica dell'area, con conseguente difficoltà obiettiva ad individuare la disciplina normativa di riferimento*».

Infine, nella valutazione dell'onere di diligenza posto in capo al soggetto danneggiato, il giudice d'appello ritiene che la scelta della Società di non proseguire i lavori, in attesa della conclusione del giudizio contro le diffide impugnate, non sia stata una scelta irragionevole, alla luce dell'autorevolezza dell'ente dal quale tali diffide provenivano e delle conseguenze (la demolizione delle opere edilizie) che si sarebbero verificate in caso di esito negativo del giudizio.

Avendo quindi accertato l'*an* della pretesa risarcitoria della Società nei confronti di Società Autostrade, il giudice demanda a una verificazione[20] la definizione dell'am-

l'Italia. Sul rapporto tra giudicato e *obiter dicta* si confronti Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2023, n. 2246 che richiama in termini Cons. Stato, III, 24 settembre 2020, n. 5585; sez. III, 21 novembre 2019, n. 7934; sez. V 18 gennaio 2017, n. 202, 19 maggio 2016, n. 2091, e 30 ottobre 2015, n. 4972; Sez. IV, 28 luglio 2016, n. 3415, e 11 settembre 2001, n. 4744; Sez. VI, 19 gennaio 2012, n. 206.

[18] Per l'interpretazione di tale articolo si confronti la nota 15 del presente contributo.

[19] L'art. 1227 c.c. prevede che, in caso di concorso di colpa del creditore nella causazione del danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

[20] Tale verificazione si rende invero necessaria in quanto la Società «*pur censurando la sentenza impugnata nella parte in cui ha escluso la risarcibilità del danno anche con riguardo alla parte di danno prodottosi nell'arco temporale intercorrente tra le diffide di Autostrade per l'Italia del 2008 e la pronuncia del Consiglio di Stato n. 1118/2012, ha riproposto (per intero) la domanda risarcitoria, formulata nel ricorso introduttivo del giudizio, quantificando complessivamente la pretesa risarcitoria in € 6.911.097,24*». Sull'utilizzo della verificazione nel processo amministrativo e sul suo rapporto con la consulenza tecnica

montare dei danni effettivamente dovuti alla Società, formulando un articolato elenco di questioni[21], rimandando la definizione del giudizio all'espletamento degli incombenti istruttori disposti.

4. Conclusioni.

La sentenza qui in esame, benché non definitiva, è particolarmente interessante per il modo innovativo con il quale il giudice amministrativo si pone rispetto alla domanda risarcitoria formulata dal privato nei confronti della pubblica amministrazione.

La dottrina ha, infatti, messo ben in evidenza la ritrosia con il quale il giudice amministrativo si è sempre posto nei confronti di questo tipo di tutela[22], evidenziando come lo stesso, vuoi per minor familiarità con le questioni risarcitorie, vuoi per tutelare le casse dell'amministrazione, il più delle volte rigetti la domanda risarcitoria formulata nel processo amministrativo.

Nella sentenza, invece, il giudice ritiene che: «*la cognizione piena in materia risarcitoria gli imponga di approfondire sotto ogni aspetto la pretesa economica oltre che giuridica delle parti, facendosi carico anche dell'evoluzione di un contesto di mercato (anzi, di mercati) sempre più complesso*», affermando che le difficoltà che spesso ci sono nella concreta quantificazione del danno da parte del giudice possono essere superate ricorrendo, come il giudice poi concretamente ha fatto, agli strumenti processuali messi a disposizione per supplire alla mancanza di conoscenze tecniche.

La diversa attenzione con la quale il giudice d'appello si approccia, in questo caso, alla questione risarcitoria, lo porta a compiere una valutazione concreta e tagliata sul caso di specie dell'onere di diligenza

d'ufficio si confronti V. Caracciolo La Grotteria, *Verificazione e consulenza tecnica nel processo amministrativo* (Nota a Cons. Stato 24 marzo 2023 n. 3025) in questa *Rivista*, 21 giugno 2023 e dottrina ivi citata. È interessante notare che, nel caso di specie, il Consiglio di Stato determina le modalità di svolgimento della verificazione in modo da rispettare il contradditorio tra le parti, in questo modo supplendo ad uno dei problemi evidenziati dalla dottrina con riferimento all'utilizzo di questo mezzo di prova.

[21] Questi i quesiti formulati nello specifico:

a) se e in che misura l'intervento edilizio assentito con il permesso di costruire n. 358/2012, rilasciato alla società Greta Immobiliare dal Comune di Prato e divenuto inoppugnabile per acquiescenza della società Autostrade, si discosti da quelli precedentemente assentiti dal predetto Comune e oggetto delle diffide emanate da Autostrade per l'Italia nel 2008;

b) l'attuale stato delle opere realizzate dalla società Greta Immobiliare nell'area *de qua* e il costo sostenuto dalla predetta società per la loro realizzazione;

c) il valore commerciale che l'opera avrebbe avuto, in base al mercato immobiliare della zona, se fosse stata realizzata in base al progetto presentato nel 2008 e il costo complessivo previsto per la sua realizzazione (da rapportare alla presumibile data di realizzazione dell'intervento, se non fosse intervenuta la sospensione delle attività di cantiere, e tenendo presenti i possibili rischi di cantiere); l'utile che l'impresa avrebbe presumibilmente ricavato dalla realizzazione dell'intervento edilizio, in relazione alla tipologia dell'intervento progettato;

d) le spese effettivamente sostenute dalla società Greta Immobiliare, sulla base della documentazione prodotta dall'interessata in giudizio o in sede di verificazione, per lo spostamento del cantiere e per far fronte alle richieste risarcitorie dei promissari acquirenti;

e) la verosimile incidenza, secondo una valutazione di tipo prognostico (tenendo conto della sua situazione contabile nel 2008), della sospensione dei lavori in questione sulla attuale situazione finanziaria e patrimoniale della società;

f) la sussistenza di eventuali, ulteriori profili di danno rinvenibili dall'esame della documentazione prodotta dall'interessata in giudizio o in sede di verificazione, nei limiti di quanto sopra affermato ai punti 9 ss.

[22] La tendenza a tutelare l'amministrazione rispetto a eventuali sentenze di condanna al risarcimento del danno o, comunque, al pagamento di una somma, è ben percepibile dall'analisi della giurisprudenza amministrativa che adotta nei confronti di quest'ultima un atteggiamento protettivo. Su questi aspetti si confronti M. Clarich, *Riflessioni sparse sul dualismo giurisdizionale non paritario*, in *Questione Giustizia*, 1/2021, 123, il quale osserva come: «*il giudice amministrativo ha ancora oggi una minor familiarità rispetto al giudice ordinario con le questioni risarcitorie*». Ancora più incisivamente F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, *Ivi*, 136 per il quale «*il giudizio amministrativo è – e si è comunque dimostrato inidoneo a erogare la tutela risarcitoria*».

imposto al soggetto danneggiato per prevenire o comunque mitigare le conseguenze dannose, ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a., discostandosi in questo modo dalla giurisprudenza prevalente[23] che, applicando in maniera rigida e severa questa disposizione, ha fatto giustamente parlare la dottrina di una "pregiudizialità mascherata", in quanto il mancato esperimento preventivo dell'azione di annullamento costituisce comunque un ostacolo al pieno esplicarsi della tutela risarcitoria[24].

In particolare, nella giurisprudenza sopra richiamata, la mancata tempestiva impugnazione del provvedimento di cui si lamenta l'illegittimità a fini risarcitori è configurata quale condotta idonea a escludere il nesso di causalità giuridica tra condotta e danno ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c.[25], limitando in concreto l'autonomia riconosciuta in astratto all'azione risarcitoria dal codice del processo amministrativo che richiede allora, per il suo pieno esplicarsi, il previo (e satisfattivo) esercizio dell'azione di annullamento.

Il Consiglio di Stato, infatti, a differenza del giudice di prime cure, e, in maniera innovativa rispetto alla giurisprudenza prevalente, ritiene che nel caso in cui in sede di impugnazione non sia stato fatto valere in maniera rituale il profilo di illegittimità che avrebbe portato all'annullamento delle diffide impugnate, non è circostanza di per sé idonea a recidere il nesso di causalità giuridica *ex* art. 1227, comma 2, c.c., potendo al più rilevare ai fini di una riduzione del *quantum* risarcitorio dovuto ai sensi del primo comma del medesimo articolo.

Questo profilo è di particolare interesse, non solo perché esclude rigidi automatismi nell'applicazione del c.d. "*duty to mitigate*" sancito dagli artt. 1227 c.c. e 30 c.p.a., ma restituisce una reale autonomia alla domanda risarcitoria che secondo la ricostruzione del giudice, può essere fatta valere per profili di illegittimità diversi da quelli fatti valere nel giudizio di annullamento.

Autonomia vieppiù confermata dal fatto che la domanda risarcitoria era stata formulata con riferimento a quei danni che la Società ha dimostrato esserle occorsi nell'immediatezza delle due diffide e che

[23] Cfr. nota 15 del presente contributo.

[24] P. Pozzani, *Proposte definitorie circa la pregiudizialità amministrativa in senso sostanziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1/2018, 279, il quale ricorda come «*illustre dottrina sottolinea che l'approccio sostanzialista non è ancora sufficiente ad offrire piena tutela al soggetto leso poiché la valutazione del mancato esperimento della tutela demolitoria appare determinante al fine di ottenere il risarcimento, il quale, pertanto, ancora lascia il soggetto privato in posizione debole rispetto a quello pubblico. Sarebbe preferibile, secondo questa opinione, l'apprezzamento del comportamento complessivo delle parti e della buona fede che non dovrebbero coincidere con l'esperimento del rimedio impugnatorio, bensì essere ricondotte a parametri diversi come ad esempio la eventuale stimolazione all'autotutela dell'amministrazione tramite diffida*».

[25] Limitandosi alle sentenze già richiamate alla nota 15 del presente contributo si legge che, non avendo il ricorrente impugnato il provvedimento ritenuto illegittimo «*nessun pregio possono vantare adesso le pretese di ristoro dell'illecito subito dal ricorrente, illecito che, quand'anche sia avvenuto, ha visto la condotta del danneggiato non essere estranea alla sua causazione, ai sensi dell'art. 1227, comma secondo, c.c. Ne consegue, quindi, il rigetto della pretesa risarcitoria in quanto sprovvista di fondamento alcuno*» (T.a.r. Lazio, Roma, n. 7646/2023). Sempre il T.a.r. Lazio, nella sentenza 7529/2023 osserva come: «*ai fini risarcitori non soltanto è necessaria la dimostrazione da parte dell'istante che il danno sussista, sia ingiusto (ovvero incida su un interesse materiale sottostante) e venga provato, ma è altresì necessario che nella sua causazione non vi sia stato il concorso del fatto colposo del creditore ai sensi dell'art. 1227 c.c.*», ritenendo che, nel caso di specie: «*il danno lamentato avrebbe potuto essere evitato attraverso un uso corretto e tempestivo degli strumenti (amministrativi e giustiziali) predisposti dall'ordinamento a tutela della posizione soggettiva di cui il creditore è portatore, e che tale danno, ove anche in tesi sussistente, sarebbe comunque conseguenza anche del comportamento inerte del creditore medesimo, nella misura in cui avrebbe dovuto previamente e sollecitamente richiedere all'amministrazione l'attivazione del procedimento di valutazione dell'idoneità costituente presupposto per la riammissione in servizio, in forza di rituale certificazione dalla commissione medico-ospedaliera – C.M.O.*».

nemmeno la proposizione tempestiva del ricorso e della relativa istanza cautelare avrebbe potuto evitare, danni che comunque si sono maturati fino alla definizione del giudizio di appello.

Così, sempre nell'ottica di evitare un'interpretazione delle norme che «*configuri la preclusione di ogni pretesa risarcitoria in modo talmente ampio e rigido da tradursi, di fatto, in una forma di denegata giustizia*», il Consiglio di Stato valorizza tale circostanza, ben evidenziata dalla società appellante, ritenendo altresì ragionevole la scelta della Società di attendere l'esito del giudizio prima di riprendere i lavori e ciò sia per le conseguenze negative che si sarebbero determinate in caso di rigetto del ricorso contro le diffide, ossia la demolizione di quanto *medio tempore* costruito, sia comunque per l'autorevolezza dell'ente dal quale provenivano suddette diffide che, primo fra tutti, avrebbe dovuto conoscere e correttamente applicare le norme in materia di rispetto delle distanze delle costruzioni dalle strade[26].

In attesa della definizione del giudizio, non si può che auspicare che l'attenzione e la sensibilità mostrata dal giudice amministrativo nei confronti della pretesa risarcitoria del privato in questa vicenda possa consolidarsi anche nelle future decisioni, valorizzando la tutela risarcitoria quale mezzo di costruzione di una tutela finalmente piena ed effettiva[27].

[26] Anche nel valutare questa circostanza il Consiglio di Stato adotta la prospettiva economica necessaria «*in un contesto di mercati sempre crescente*» evidenziando come «*La realizzazione da parte di un soggetto imprenditoriale di opere edilizie di una certa rilevanza economica implica l'impiego di ingenti risorse strumentali, umane e finanziarie, che richiedono una valutazione ponderata delle scelte imprenditoriali, al fine di non esporre l'impresa a gravi conseguenze finanziarie e patrimoniali; nel caso di specie, la scelta della società appellante di attendere l'esito del giudizio intrapreso, prima di portare a compimento la esecuzione dell'intervento progettato, non può essere considerata come espressione di una libera determinazione dell'imprenditore di farsi carico (volontariamente) delle conseguenze dannose derivanti dalla (non obbligatoria) sospensione delle attività di cantiere*».

[27] In questo senso sembra muoversi un'altra interessante sentenza del Consiglio di Stato, (sez. IV, 3 agosto 2023, n. 7503) che condanna un comune sardo al risarcimento del danno, stigmatizzando il comportamento dallo stesso tenuto in quanto: «*La sua inerzia (prima) e contraddittorietà (dopo) possono essere, almeno in pate, ricondotte a quel fenomeno che la dottrina definisce "burocrazia difensiva" (espressione che si associa a quella – altrettanto diffusa – della c.d. "paura della firma"). Questo fenomeno, che discende da un malinteso senso si "auto-protezione" della struttura amministrativa, finisce per anteporre tale protezione a quella dei cittadini e degli interessi pubblici che la stessa struttura dovrebbe prioritariamente tutelare*». Sul fenomeno della burocrazia difensiva si confronti, *ex multis*, L. Lorenzoni, *La responsabilità amministrativa in relazione al fenomeno della cosiddetta burocrazia difensiva*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 4/2021, 761.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2823 – 29 giugno 2023

"Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico"

Michele Trimarchi intervista Giuseppe Tropea

Giuseppe Tropea, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria, è autore del volume "*Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*" (Napoli, Editoriale Scientifica, 2023). Ne illustra i contenuti nell'intervista curata da Michele Trimarchi, di seguito pubblicata.

(M.T.) Il titolo che Giuseppe Tropea ha scelto per il suo ultimo libro, "Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico", può indurre a credere che obiettivo dello studio sia di proporre una lettura in chiave biopolitica delle misure adottate per il contrasto dell'epidemia e delle conseguenti trasformazioni dell'amministrazione e del suo giudice, una lettura cioè che mette in risalto l'esistere, e il manifestarsi al massimo grado proprio in queste contingenze, di "un'implicazione diretta e immediata tra la dimensione della politica e quella della vita intesa nella sua caratterizzazione strettamente biologica" (R. Esposito).

In ciò vi è del vero, ma il libro non può essere ridotto a questo. Il volume in effetti condensa riflessioni nate e formulate in larga parte durante il periodo pandemico, ma solo alcune traggono spunto dalle misure legislative e dalle prassi giurisprudenziali volte al contrasto della pandemia. L'impressione, in generale, è che la pandemia e le conseguenti modifiche dell'ordinamento siano essenzialmente un pretesto, che l'A. ha colto per varare un progetto culturale di più ampio respiro. Ed è lo stesso Tropea a confessarlo nelle conclusioni, quando scrive "il mio interesse attuale non è (sol)tanto contenutistico quanto appunto metodologico, e spero che questo approccio possa suscitare un dibattito, il che già mi renderebbe soddisfatto del lavoro fatto".

Prima di iniziare l'intervista, può forse essere utile individuare telegraficamente quelli che mi sembrano i due pilastri fondamentali di questo più vasto programma.

Il primo è di mettere in luce che molti caratteri del diritto amministrativo contemporaneo (pandemico e non) sono espressione del modello di governamentalità neoliberale descritto da Foucault, un modello che riduce il diritto a strumento dell'economia e lo piega alle logiche del mercato. In questa prospettiva andrebbero letti il ricorso alle spinte gentili in luogo degli ordini e dei divieti, l'insistenza del legislatore e della cultura giuridica sulle dimensioni dell'efficienza e dell'efficacia dell'amministrazione, la propensione all'utilizzo della *soft law*, l'atteggiamento del giudice

che si distacca dalla legge o invade attribuzioni altrui poiché percepisce la norma non come vincolo ma come mezzo rispetto a un fine di cui egli stesso si fa interprete, etc. Al modello neoliberale mi sembra che Tropea opponga, promuovendolo, il ritorno al primato della sovranità popolare e dei suoi valori, dunque il principio di legalità in senso forte, la separazione dei poteri, il *self restraint* giudiziale, la funzione reattiva e non proattiva del processo (il processo come luogo di soluzione di controversie, non di attuazione di politiche pubbliche), e la rivendicazione di un ruolo autonomo e caratterizzante della scienza giuridica rispetto alle altre scienze sociali.

Il secondo pilastro fondamentale del progetto culturale di Tropea consiste nello studiare il diritto con un approccio filosofico diverso e per molti versi alternativo a quello che negli ultimi cinquant'anni almeno è stato il più praticato, cioè l'approccio della filosofia analitica. Tropea propone come chiave interpretativa la filosofia continentale post strutturalista e in particolare il pensiero di Foucault. Quale Foucault? Sicuramente l'impietoso osservatore del neoliberalismo, alla cui analisi molto deve quella di Tropea, ma anche il teorico della biopolitica. Tropea osserva che la biopolitica di Foucault oggi è utilizzata dai filosofi sia per additare le scelte del governo che sempre di più si preoccupano della vita e della salute degli individui, comprimendo le loro libertà, sia per l'esatto contrario, cioè per segnalare l'esigenza di un governo attento al benessere e alla felicità degli individui. Anche se il punto è molto delicato, mi sembra che Tropea aderisca a questo secondo filone di pensiero, laddove prende le distanze da Agamben e si dichiara per una biopolitica affermativa.

Vorrei però esser chiaro. Tropea non solo predica il metodo giuridico, ma anche lo applica nella analisi degli istituti da cui volta per volta prendono mossa le sue osservazioni. Ecco perché, pur a fronte di un progetto culturale così ambizioso stimolante e suscettibile di dibattito sul piano delle convinzioni di fondo e del metodo del giurista, sarebbe fuorviante distogliere del tutto l'attenzione dalle questioni di merito, che l'A. affronta da par suo in questo libro.

(M.T.) 1) Ti chiederei innanzitutto di illustrarci cosa intendi per neoliberalismo e quale sia la relazione tra questo e il diritto amministrativo. Inoltre, perché ritieni di doverne fare l'obiettivo polemico di fondo delle tue riflessioni? Mi rendo conto che il tuo libro nella sua interezza costituisce una risposta a queste domande. Ma ti chiederei qui uno sforzo di sintesi proprio per far emergere le linee di fondo del lavoro.

(G.T.) Intanto ringrazio Michele Trimarchi per avermi letto con tanta cura e attenzione, come emerge dal suo preciso e già stimolante discorso introduttivo.

Ove traspare un aspetto cruciale: come nelle lezioni al College de France del 1978-79 per Foucault parlare di biopolitica è stato un pretesto, ben presto abbandonato, per effettuare una genealogia del neoliberalismo, allo stesso modo questo libro vuole essere, pur nella distanza siderale col pensatore francese, un'analisi critica su come il neoliberalismo abbia agito profondamente nel nostro diritto amministrativo sostanziale e processuale, spesso alterandone sia i tratti più tradizionalmente liberali, sia quelli più di recente relativi alle trasformazioni dello Stato sociale e di prestazione.

Contrariamente ad un'opinione diffusa nel dibattito scientifico italiano (e non solo) che vorrebbe il neoliberismo globale come un mero ritorno in auge del "guardiano notturno" e del laissez-faire ottocentesco, nel

neoliberismo contemporaneo non vi è affatto un "ritiro dello Stato" dall'economia. Il neoliberismo attuale produce infatti le proprie regole giuridiche e crea le proprie istituzioni, ovvero modella quelle esistenti a proprio uso e consumo: nella logica neoliberista, pertanto, il giuridico è sin da subìto parte dei rapporti di produzione economica. Il diritto, in breve, plasma "dall'interno" l'economia e, in questo modo, "produce" il mercato come istituzione artificiale, perdendo però al contempo il proprio ruolo tradizionale di scienza autonoma, in quanto si funzionalizza allo status dell'efficacia e delle logiche del mercato, ossia alla logica del profitto e dell'efficienza.

A me pare, in questo senso, che il modello di potere per inquadrare la fase attuale, sempre restando a Foucault, sia quello del "tardo" Foucault, non già "ultra-radicale" dei primi anni '70, ma della svolta "pragmatica", più in linea con la nozione di governamentalità, non a caso sviluppata nei corsi al Collège de France della seconda metà degli anni '70. Per intenderci, il Foucault che sintetizzava il passaggio dal liberalismo al neoliberalismo sottolineando che nel primo il protagonista è il soggetto considerato come partner di uno scambio, mentre nel secondo il soggetto è teorizzato come un imprenditore di sé stesso.

Il punto di fondo è dato dal fatto che è insito nel pensiero neoliberale il profilo della libertà di scelta, ricostruita attraverso modelli di comportamento di mercato foucaultianamente estesi a tutte le situazioni e a tutti i rapporti sociali. Del diritto viene a ricavarsi, così, un'immagine di ordine "non politico": nel modello neoliberale il mercato è un'occasione di massimizzazione e la realizzazione del public good dipende dal successo delle singole transazioni massimizzanti. In tale contesto si è affermato uno «stile giuridico neoliberale» (Denozza), connotato da: intensificazione e tecnicizzazione delle regole, frammentazione dell'ordinamento, concorrenza sostituita dalla competitività.

In questo quadro frastagliato e indefinito è il neoliberalismo amministrativo come "emergenza" costante (De Carolis) che meriterebbe maggiore attenzione. A differenza del paradigma moderno della sovranità, infatti, nel dispositivo governamentale l'emergenza è la strutturazione della quotidianità nell'ottica dell'imprevisto governabile, risolvibile: tale tecnica governamentale diviene, così, un «gigantesco generatore di eccezioni».

Si ha così un'inedita centralità dell'amministrazione nell'ordinamento neoliberale, che mi sembrava meritevole di approfondimento critico.

(M.T.) 2) Come tu stesso osservi, il neoliberalismo coincide con l'economia sociale di mercato proposta dagli ordoliberali. L'economia sociale di mercato è espressamente richiamata e posta a fondamento dei Trattati dell'Unione. In quale misura la tua critica al neoliberalismo è una critica ai fondamenti stessi del diritto dell'unione europea?

(G.T.) Il tuo rilievo è molto acuto.

Come ho appena detto, l'amministrativista deve finalmente prendere consapevolezza di una sua rinnovata centralità critica.

Finora, infatti, si è ritenuto, non senza una certa ragione, che per lo studioso del diritto amministrativo, l'integrazione europea non abbia posto, almeno fino alla sua crisi recente, problemi "esistenziali", stante la funzione "servente" e "tecnica" che a tale diritto poteva attribuirsi, laddove per il costituzionalista le cose sono state da sempre più complicate. Ho sviluppato queste tematiche di dogmatica giuridica nel paragrafo su norme tecniche e soft law.

Il punto centrale è intendersi sul senso dell'economia sociale di mercato sottesa al modello concorrenziale ordoliberale. Nei Trattati, infatti, l'aggettivo "sociale" ha significato ben diverso di quello recepito o presupposto nella nostra Costituzione. L'economia sociale di mercato non è l'economia di mercato corretta dalla garanzia costituzionale e legislativa dei diritti sociali di welfare, come spesso si sente dire in Italia, travisando completamente il senso autentico della formula, la quale indica un modello che si basa esclusivamente sulla tutela della concorrenza e che muove dal presupposto che questo funzionamento concorrenziale del mercato produca di per sé delle ricadute sociali positive. La nostra Corte costituzionale ha dapprima gerarchizzato i rapporti tra utilità sociale e concorrenza, subordinando la seconda alla prima. Poi però, sotto l'influsso egemonico dello spirito sotteso allo *european competition law*, ha mutato indirizzo e cominciato a immaginare che tra utilità sociale e concorrenza ci potesse essere un bilanciamento, come se fossero entrambi principi di uguale rango costituzionale e perciò bisognosi di convivere in modo paritario ed equilibrato. Anche la Relazione al Codice dei contratti pubblici, nella misura in cui richiama come esempi di "demitizzazione" della concorrenza due sentenze della Consulta, la n. 131/2020 e la n. 218/2021, andrebbe forse riconsiderata, trattandosi di sentenze non riferite direttamente all'applicazione di principi connessi con la disciplina complessiva del codice dei contratti, ma a situazioni estremamente circoscritte e particolari (terzo settore; obbligo di gara per l'80% per contratti dei concessionari): nessuna delle due esprime, quindi, una valutazione riferita al principio di concorrenza come recessivo rispetto al "risultato".

Torna così la questione di metodo, centrale nel mio lavoro.

Da un lato si pone il discorso sull'impatto del neoliberismo sulle categorie tradizionali porta ad interrogarsi sullo statuto del diritto post-moderno, sulla sua schizofrenia o la sua eclissi, mettendo in luce come nell'epoca neoliberale il giudice sia un funzionario di un corpo amministrativo investito del compito di approssimare la realtà quanto più possibile al modello della concorrenza perfetta.

Dall'altro evidenzio il dibattito sul ruolo del diritto in Europa, che vede tra i suoi interlocutori autori come Aldo Sandulli in Italia e Armin von Bogdandy in Germania. L'idea di fondo è quella di rivitalizzare lo *jus publicum europaeum* (di cui Schmitt traccia la parabola e vede il tramonto nella seconda metà del XIX secolo con l'affermarsi del positivismo legalista e statocentrico) attraverso un re-embedding del mercato finanziario europeo. La scienza giuridica deve, in quest'ottica, agire da katéchon contro i mercati globali, freno contro la deriva funzionalizzante, declinando gli imperativi delle scienze dell'economia alla luce dei diritti fondamentali, dei principi costituzionali e delle conoscenze di altre materie in modo da promuovere l'integrazione sociale.

Bisogna osservare come nell'ultimo decennio vi è stato pure un altro approccio alla nuova governance europea, specie dopo la crisi economica del 2008, in base al quale, riprendendo la parte meno "irenica" del pensiero di Schmitt, si è paventato l'avvento di un nuovo stato di eccezione, connotato dalla prevalenza della tecnica, o di "liberalismo autoritario", per menzionare la tesi di Hermann Heller. Un allontanamento, quindi, del modello dell'integrazione attraverso il diritto, e l'avvento di un nuovo modello di regolazione soft che finisce paradossalmente per rafforzare l'unilateralità della tec-

nologia di governo. Altri hanno evocato, in questo senso, proprio le tesi foucaultiane del pastorato e del disciplinamento (De Lucia), cui sarebbero sottoposti oggi gli esecutivi nazionali rispetto alla Commissione europea.

Mi sembra particolarmente interessante che un discorso sul metodo, quale quello condotto da Aldo Sandulli, riveli l'acuta consapevolezza della necessità di ripensare l'Unione europea a partire dal diritto, richiamando peraltro, seppure in un contesto diverso, la lezione di Schmitt.

E non mi pare un caso che Schmitt sia al centro del recente libro di Portaluri, che è stato oggetto di un altro "incontro del lunedì" della Rivista, e che come noto ha da par suo criticato in modo serrato le origini nazionalsocialiste della teoria della meritevolezza della tutela, vista come filtro per negare tutela tutte le volte che l'azione collida con «valori emergenti dal basso, che finiscono per diventare le regole ordinative della comunità interpretativa», ammettendo solo una meritevolezza in bonam partem.

(M.T.) 3) Veniamo a qualche tema che riguarda più da vicino il diritto amministrativo, ma sempre nella prospettiva generale che è propria del libro. Occupandoti del potere di ordinanza e delle sue plurime manifestazioni, quasi sempre legate all'esigenza di governare l'emergenza, osservi che, secondo l'impostazione diffusa tra gli amministrativisti, l'ordinanza costituisce l'eccezione rispetto alla totale giurisdizionalizzazione del potere che risponde al modello ideale dello stato di diritto. Per te si tratta invece di un elemento che mette in discussione lo stesso fondamento del potere amministrativo nella legge e che in fin dei conti indica la persistenza e attualità del c.d. stato amministrativo, uno stato che fa a meno del fondamento legale del potere e che si comporta come un continuo generatore di eccezioni, di risposte caso per caso a singoli problemi, risposte affidate essenzialmente alla discrezionalità amministrativa. Lo stesso tema torna nel capitolo su norme tecniche e *soft law*. Mi piacerebbe che tu chiarissi a questo punto quale dovrebbe essere per te il ruolo del giurista nel contesto che descrivi con lucidità e disincanto. Per un verso mi sembra che tu consideri velleitario, se non ingenuo, il continuo stracciarsi le vesti per i cedimenti della legalità. Ma al contempo rivendichi lo sguardo critico del giurista. Come convivono questi due atteggiamenti?

(G.T.) Anche in questo caso le tue osservazioni sono molto penetranti.

Foucault e Schmitt mi servono come lenti per osservare la realtà, ma questo non mi impedisce di provare a impostare un discorso prescrittivo, che capisco bene possa essere considerato di retroguardia (si pensi al modo in cui rileggo la nozione romaniana di "istituzione" cercando di allontanarla dalle derive della governance), ma tant'è, continuo a credere nei capisaldi dello Stato di diritto, e in tal senso l'approccio metodologico che mi sono sentito di confermare è quello che fa leva sul giuspositivismo temperato (di cui si è già parlato nell'incontro sul bel libro di F. Saitta).

Probabilmente sarà una lotta impari, visto che la sovranità statale, ultimo vero modello di katéchon, è sopravanzata dal modello della crisi permanente, cioè dalla catallassi dell'ingegneria neoliberale, dall'emergenza permanente e dallo Stato amministrativo.

A proposito di Stato amministrativo, menzionavi il tema del potere di ordinanza, anche alla luce del periodo pandemico.

Mi è parso che questo tema intrecci proprio quello, di cui abbiamo già parlato, della governamentalità neoliberale.

L'attenuazione dei confini fra giurisdizione amministrativa e legislazione e fra amministrazione e giurisdizione è segno della predominanza in questa fase del cd. Stato amministrativo di schmittiana memoria, che ultimamente tende ad essere vieppiù riscoperto nelle più meditate indagini sul tema dell'emergenza, anche pandemica. Lo Stato amministrativo (in senso organizzativo) è lo Stato nel quale le autorità amministrative non solo governano e amministrano, ma pongono regole di comportamento e giudicano intorno alla loro applicazione. Inoltre (in senso funzionale) è lo Stato in cui anche legislazione e giurisdizione si trasformano in amministrazione: la legge e la sentenza perdono la loro funzione tipica e divengono anch'esse misure amministrative.

Allo stesso modo, nel modello neoliberale quel che spicca è una tendenza alla amministrativizzazione della norma e della sentenza e una pervasività della norma tecnica soft.

Su quest'ultimo punto, da te richiamato nella domanda, mi interessava di nuovo il discorso di metodo (più che di merito) sotteso alla questione delle norme tecniche e della soft law.

Ove ho evidenziato un diverso modo di approcciare al tema.

Quella più mainstream è l'impostazione che vede l'ascesa di fonti diverse da quelle primarie e secondarie nell'era della globalizzazione dei mercati e della tecnicizzazione del mondo. È presente in questa lettura la presa d'atto della crisi della legalità in esso insita, e il contestuale tentativo di trovare "freni" all'anti-sovrano (Luciani), che vanno dalla legalità procedurale al controllo delle corti. Questo primo punto di vista presuppone un'idea di "norma tecnica" più legata all'uso corrente della locuzione, intesa come "normativa tecnica", cioè come insieme di regole che qualificano deonticamente una tecnica o che attuano norme più generali, ossia ne specificano le modalità di esecuzione/applicazione.

C'è poi la definizione più filosoficamente connotata di "regola tecnica", che si fonda sulla distinzione kantiana tra imperativo ipotetico e imperativo categorico, poi sviluppata dai filosofi analitici, che inquadra le regole tecniche, diverse da quelle categoriche, fra le regole che prescrivono un comportamento in quanto mezzo per perseguire un determinato fine, secondo lo schema: se si vuole Y, si deve X. Questo concetto di regola tecnica, a rigore, si distingue dalle regole tecniche sopra indicate, definibili invece come regole tecnonomiche e come regole tecniche d'attuazione.

La prima prospettiva, maggiormente presente fra i costituzionalisti, porta sovente ad accedere ad un'idea non tanto di crisi della legge, ma più ampiamente di crisi del diritto come sistema di veridificazione del potere, per dirla con Foucault , e sempre con quest'ultimo ad evidenziare il sistema sapere/potere insito a questi fenomeni, connotando la soft law come "resa" del sistema democratico rappresentativo a una serie di ideologie forti, su tutte quella neoliberale dell'effettività , che prevale sul modello kelseniano della validità.

La seconda appare più neutra, in quanto volta a sottolineare le origini della soft law nel diritto internazionale e in quello societario, le sue diverse manifestazioni (cd. pre-law, post-law, para- law), i suoi caratteri, e soprattutto a mostrarne la naturale connessione con la "tecnificazione" del mondo e quindi del diritto. Questa prospettiva predilige percorsi di "giustificazione" e indagini sulla "giuridificazione" del fenomeno (e di allontanamento di esso dal modello nichilista alla Irti-Severino, e prima heideggeriano) ad esempio valutando in profondità questi meccanismi come strumenti di

riduzione luhmanniana della complessità, e così rileggendo fenomeni come quello delle "norme interne" (Fracchia-Occhiena). Questo secondo approccio, più diffuso fra gli amministrativisti, sembra assecondare meglio la prospettiva della filosofia analitica sopra richiamata, che non a caso vede nella regola tecnica un sistema defettibile, più trasparente e adatto, proprio in quanto confutabile, ai contesti socioculturali che viviamo, all'insegna del principio di effettività sopra richiamato.

(M.T.) 4) Controcorrente è anche il tuo approccio alla digitalizzazione. Esamini tutte le questioni oggi sul tappeto, dai limiti all'impiego degli algoritmi, al controllo giurisdizionale sulle decisioni automatizzate. Ma metti in rilievo una questione di particolare interesse, che quasi sempre sfugge agli osservatori. Ovvero che le maggiori insidie della digitalizzazione risiedono non tanto nelle decisioni automatizzate, poiché il tema è sotto gli occhi di tutti e si stanno predisponendo principi per il controllo delle stesse, ma nelle analisi predittive del comportamento dei consociati attraverso gli strumenti informatici. Queste analisi, tu dici, non si traducono immediatamente in una decisione puntuale ma condizionano in vario modo l'attività amministrativa, dall'apertura dei procedimenti allo sviluppo dell'istruttoria, fino alla vera e propria decisione. Ti chiederei di sviluppare se possibile brevemente questi spunti e di farci cogliere più da vicino quale possa essere il condizionamento dell'attività amministrativa puntuale attraverso l'impiego della tecnologia informatica a monte. Rischiamo che l'interesse pubblico primario definito dalla legge sia sostituito dall'interesse pubblico come risultante dalle analisi predittive degli elaboratori informatici?

(G.T.) Concordo.

Nell'ambito delle riforme un tema di grande rilievo è certamente quello della digitalizzazione dell'amministrazione, altra sfida al centro del PNRR per l'efficientamento amministrativo, ma al contempo potenziale risvolto neo-autoritario del neoliberalismo panottico e della sorveglianza, descritto nel famoso libro di Zuboff. Peraltro, la moltiplicazione dei dati a disposizione e la crescente complessità delle decisioni amministrative da prendere apre le porte al tema della decisione algoritmica, che impatta in modo enorme sul procedimento e l'attività amministrativa tradizionali, si pensi al tema della decisione discrezionale e al rapporto coi principi di responsabilità/imputabilità e legalità.

Come hai rilevato giustamente, sul punto la nostra giurisprudenza amministrativa è molto avanzata, sulla scorta dei principi del human in the loop, della non discriminazione algoritmica, della trasparenza vista come conoscibilità ma soprattutto comprensibilità dell'algoritmo.

E tuttavia restano aperte immani questioni, ad esempio nei procedimenti ad alto tasso di discrezionalità, in cui le incognite sono moltissime e la capacità computazionale e predittiva dei big data può essere più proficua.

Per non parlare di altri temi connessi alla questione della digitalizzazione dell'amministrazione, cioè alla regolazione e alle politiche pubbliche in materia, e quindi di nuovo al tema della sorveglianza digitale e dei grandi poteri privati, traguardati sotto il profilo inedito della regolazione soft, che sperimenta oggi nuove forme, come il nudge, talora declinato nelle innovative, per molti inquietanti, tecniche della gamification e del social scoring nelle politiche pubbliche.

Nel primo caso si tratta dell'utilizzo di elementi ludici, spesso digitali, a supporto di funzioni di regolazione pubblica, nei campi più svariati, che vanno dalle politiche ambientali a quelle del traporto pubblico, passando, appunto, per la sicurezza e il decoro urbano.

Quanto al social scoring, si pensi al seguente esempio. Siamo nel 2010, nella municipalità di Suining. I residenti che hanno compiuto il quattordicesimo anno di età sono i primi a testare il sistema di credito sociale. L'esperimento misura i comportamenti individuali. Premia i virtuosi e punisce chi non rispetta le regole del vivere civile. Vi prendete cura di un familiare anziano? Cinquanta punti per voi. Vi arrestano per guida in stato di ebbrezza? Avete perso cinquanta punti. I cittadini di fascia A ottengono la priorità all'accesso a tutti i servizi sociali. Per i cittadini di fascia D, invece, ottenere licenze e autorizzazioni può richiedere tempi molto superiori alla media. Accedere ai servizi pubblici essenziali è più difficile, o più costoso. Viaggiare fuori dal Paese può divenire impossibile.

Si hanno svariate criticità: sia quella di natura etica, legata al rischio della manipolazione, sia quella connessa del «paradosso dei disincentivi», che si manifesta nel cittadino che, proprio a fronte di tale tecnica manipolatoria, finisce per avere una percezione critica del regolatore pubblico. A ben guardare, peraltro la critica assume dimensioni anche giuridiche, nella misura in cui si ritenga che l'autonoma formazione della volontà costituisca una componente essenziale della "libertà reale", ossia della effettiva libertà di scelta fra più comportamenti giuridicamente leciti, garantita dalla Costituzione.

Si è parlato di "psicopolitica" per descrivere un fenomeno in cui si passa dalla biopolitica, alla quale interessava il controllo regolativo della "popolazione" e in tal senso usava le statistiche demografiche, a un modello regolatorio nuovo connotato dai big data, più adeguato all'assetto neoliberale, nella misura in cui si accede così agli strati più profondi della psiche collettiva.

(M.T.) 5) Dedichi grande attenzione alle tendenze attuali del comportamentismo e soprattutto alla c.d. *nudge theory* in quanto ritieni che la sostituzione del modello di ordini e divieti con la spinta gentile sia un tratto caratterizzante del modello della governamentalità neoliberale. Di particolare interesse è l'analisi dell'impatto del *nudge* su concetti tipici del diritto amministrativo che svolgi commentando il libro di A. Zito di questi temi. Zito sostiene che bisogna guardare al potere amministrativo non solo come situazione giuridica soggettiva esercitata dalla p.a. per la produzione di un effetto giuridico ma come "fenomeno di influenza intenzionale sulle azioni altrui, per il raggiungimento di uno scopo proprio di chi esercita il potere" Mi domando se sono due definizioni mutualmente esclusive. In ogni caso, vorresti dirci quali sono a tuo avviso i pregi e i limiti di questa impostazione che utilizza il comportamentismo per la rilettura delle categorie tipiche del diritto amministrativo?

(G.T.) Il libro di Zito è tra i più originali e interessanti che siano stati scritti negli ultimi anni.

Zito è ben consapevole che la teoria del nudge non può essere semplicemente accolta attraverso mere giustapposizioni comparate o la semplice ibridazione con le competenze di economisti, psicologi e linguisti, sicché teorizza una radicale ridefinizione del potere amministrativo, enfatizzando la categoria foucaultiana di potere governamentale.

Egli ha ragione nel rilevare che la tendenza a risolvere il potere nel solo potere giuridico ha impedito l'analisi su altri tipi di potere che non possono dirsi del tutto privi di rilevanza giuridica. Effettuando tale interessante tentativo di traslazione sul piano delle categorie giuridiche familiari al giuspubblicista, osserva che il potere governamentale non si esercita attraverso la predisposizione di regole di condotta e non ricorre alla minaccia o alla costrizione; allo stesso modo, nell'ambito giuridico ci si dovrebbe discostare dalla tradizionale tecnica del command and control, connotante i più tradizionali schemi di potere normativo e disciplinare. Si rileva, quindi, che, in questo rinnovato scenario: «potere amministrativo in senso giuridico non sarà più solo quello che si snoda lungo la sequenza potere-atto-effetto, ma anche quello che si snoda lungo la sequenza potere-atto-effetto nella realtà materiale».

Consiglierei per cogliere questo fondamentale passaggio la lettura di un filosofo del diritto palermitano (Brigaglia), ben conosciuto e richiamato da Zito, che riflettendo su Foucault ha osservato che il potere in Foucault viene progressivamente sganciato dall'ipoteca giuridica, nella quale tutto sommato si trovava ancora nella concezione conflittualistica e ultra-radicale delle prime opere, per pervenire a un'idea di potere governamentale più pervasiva e puntiforme proprio con l'affermazione definitiva del neoliberalismo.

Corollario garantistico di tale ampliamento della nozione di potere giuridico è che sia nel caso del classico potere autoritativo che nel caso del potere volto a influenzare le condotte dei destinatari si sarà comunque in presenza di esercizio della funzione amministrativa volta alla cura dell'interesse pubblico, con la conseguenza della necessaria applicazione delle regole formali e sostanziali che ne disciplinano l'esercizio.

A me pare, tuttavia, che persistano delle questioni aperte.

Zito, nella misura in cui sposa – coerentemente – una visione non edulcorata del nudge, che ne implica la non trasparenza, taglia implicitamente fuori tutte quella ricostruzioni che, invece, ne ammettono la configurabilità sistematica a patto di preservare detta trasparenza.

D'altra parte, se il vero nudge è quello non trasparente, non si comprende poi come sia possibile (peraltro al prezzo di una forzatura normativa), ritenere che gli atti regolatori generali e pianificatori comportanti nudge debbano aprirsi alla partecipazione del cittadino, al fine di compensare il deficit di legalità sostanziale che esso porta con sé.

Per non parlare del tema della sindacabilità giurisdizionale, anch'esso ritenuto correttivo importante rispetto alle insidie del nudge, ma che tende ineluttabilmente a recedere di fronte a scelte che più che tecniche appaiono di tipo politico-amministrativo, dunque connotate da grande discrezionalità.

Lungi dal configurarsi come una "terza via" tra utilitarismo e teorie decisioniste "à la Schmitt", il nudge sembra riproporre lo schema utilitaristico del «governo degli interessi» e il lato oscuro del diritto amministrativo "alla felicità" di cui oggi tanto si parla.

C'è quindi una evidente relazione tra utilitarismo benthamiano, nudge, e neoliberalismo. Nella Nascita della biopolitica, Foucault definisce questo metodo di governo come l'approccio utilitarista del liberalismo, «quello con cui abbiamo minore familiarità, ma senza il quale non riusciamo a comprendere correttamente il neoliberismo contemporaneo».

Il nudge finisce per essere, in tale schema, il dispositivo di questo potere, che è

tanto più flessibile, fluttuante e mutevole quanto più richiede di esserlo l'insieme dei meccanismi che rendono possibili i processi di assoggettamento al potere connotato utilitaristicamente come governo degli interessi. L'influenza paternalistica si allea con la libertà individuale, creando all'interno del nudge le condizioni di questa convergenza.

Nell'epoca neoliberale, quindi, il nudge emerge come una sorta di meccanismo correttivo tra la tendenziale incompatibilità del diritto col soggetto di interesse, tra l'homo juridicus e l'homo economicus. Si configura, così, una strategia normalizzante, un potere che, come una "catena invisibile", cerca di evitare l'azione repressiva plasmando desideri legittimi.

(M.T.) 6) Sempre in relazione al *nudge* non manchi di manifestare le tue preoccupazioni rispetto alla formazione autonoma della volontà degli individui che è un presupposto della loro libertà. Che il *nudge* risenta profondamente del paternalismo non c'è dubbio e fai bene a mio avviso nel sottolineare le aporie del c.d. paternalismo libertario. Tuttavia vorrei farti una domanda specifica: prevedere che il possesso del *green pass* sia necessario per svolgere determinate attività è più o meno limitativo delle libertà dell'individuo rispetto all'imposizione dell'obbligo vaccinale?

(G.T.) Capisco perfettamente il senso della tua domanda.

A mio avviso il nostro giudice amministrativo e quello costituzionale in entrambi i casi hanno correttamente legittimato l'azione del Governo, ma i fenomeni vanno distinti.

Mentre nel primo caso il leit motiv delle sentenze in materia di obbligo vaccinale pare [...] essere stato il bilanciamento tra diritto alla salute inteso nella sua sfera individuale e diritto alla salute della collettività, intesa come intera comunità [...] non solo nazionale, nel secondo caso si è trattato di nudging, con cui si intende promuovere per l'appunto la vaccinazione.

Specie per il "Super Green pass" taluni problemi sussistevano effettivamente, come la mancanza di un chiaro limite temporale di durata di quelle misure emergenziali e varie discriminazioni che possono porsi, per cui non si è reputato un taboo prospettare un obbligo vaccinale generalizzato.

Ma a mio avviso il tema principale è stato un altro, ossia la trasparenza.

Un documento critico di A.N.M., pur smentito poi da dottrina e giurisprudenza, tocca un punto importante, nella misura in cui – senza menzionare espressamente il tema del nudge – intreccia la questione della trasparenza, differenziando l'intervento italiano da quello francese.

In questo secondo caso si nota, infatti, l'assunzione di una decisione in un quadro di trasparente dibattito pubblico e con il coinvolgimento di tutti gli attori istituzionali.

Il nostro Consiglio di Stato, consapevole forse di tali rilievi, nella nota sentenza sull'obbligo vaccinale anti-Covid nei confronti dei sanitari, collega il nudge alla trasparenza, ritenendo il primo veicolo di consenso informato e autodeterminazione.

Torna qui la questione sopra richiamata: se in questi casi il nudge è trasparente, di vero e proprio nudge si tratta?

(M.T.) 7) Non poteva mancare un capitolo sulla sicurezza pubblica, che è motivo ricorrente in tutte le analisi biopolitiche. Commentando un recente libro di R. Ursi, affronti pressoché tutte le questioni attuali su questa multiforme tematica. Vorrei solo fermare due osservazioni. La prima è che

la crisi del *welfare state* ha determinato una riespansione della sicurezza pubblica: le politiche di sicurezza prendono il posto delle politiche sociali. A questo proposito vorrei chiederti se questa evoluzione segna soltanto un cambio di etichetta oppure influisce sul contenuto delle politiche. In altre parole, quale è il tipo di intervento sociale di uno Stato che a tal fine si serve delle misure di sicurezza pubblica?

Il secondo aspetto che ho trovato di grande interesse è la critica alla dimensione c.d. orizzontale assunta dalla sicurezza. Prima l'ordine pubblico era considerato monopolio statale, adesso vi sono forme diffuse di esternalizzazione della sicurezza, dalle ronde alla gestione privata della vigilanza nelle carceri. Quali sono a tuo avviso i lati oscuri della sussidiarietà orizzontale in questo ambito?

(G.T.) La questione implicherebbe la necessità di soffermarsi su come i seguaci di Foucault (penso per tutti a Castel) abbiano approfondito il rapporto fra biopolitica e stato sociale, poco sviluppato in Foucault.

Mentre in Agamben vi è un'interpretazione più drammatica della biopolitica, che egli lega alla sovranità, nella linea foucaultiana la biopolitica è decostruzione della sovranità perché oppone alla sovranità il paradigma disciplinante dall'interno e non dall'alto. Naturalmente si considera qui anche quel filone di studi che discende da Foucault, che ha utilizzato la nozione di dispositivo biopolitico per problematizzare e meglio decodificare dinamiche derivanti dalla crisi del Welfare State nel capitalismo maturo.

Il processo di macro-trasformazione che investe il legal system, legato alla parabola Welfare State biopolitico, si sviluppa in due momenti, connessi rispettivamente, a "funzionamento" e "disfunzionamento" del Welfare State, investendo due distinte dimensioni del legal system: prima, la dimensione di produzione normativa, dando luogo al processo di giuridificazione sociale; in un secondo momento (quando il Welfare State declina) il mutamento riguarda gli apparati giurisdizionali, dando luogo al fenomeno della giudiziarizzazione del sociale, effetto, quest'ultimo, condizionato da una modificazione qualitativamente intensa della cultura giuridica del tempo, come termine di mediazione tra mutamento sociale e mutamento giuridico.

Una vera e propria amministrativizzazione dell'attività del giudice, che appunto si manifesta con particolare rilevanza e veemenza soprattutto nel campo paradigmatico della tutela della concorrenza, all'insegna della parola chiave effettività, vettore di tale eccedenza.

Mentre la biopolitica del Welfare è essenzialmente una strategia governamentale che accetta la triade libertà-proprietà-mercato, ma risponde almeno parzialmente alla sfida dell'insicurezza prodotta dal mercato, la biopolitica neoliberale governa i processi sociali attraverso l'individualizzazione. Priva cioè i singoli dei supporti del Welfare e li spinge ad adeguarsi responsabilmente alle logiche del mercato.

Sui lati oscuri della sussidiarietà orizzontale in questo ambito, nella tua domanda c'è già un abbozzo di risposta. Non tornerò quindi su temi noti, quali le ronde o l'esternalizzazione delle carceri.

Mi limito ad aggiungere, per collegare la risposta alla prima parte della questione, che vi è chi teorizza pure una biopolitica post-disciplinare, propria dei tempi di crisi del Welfare State.

Alla base di ciò c'è una "truffa delle etichette": qualche anno fa quando alcune correnti dottrinali, fondandosi sul carattere (asseritamente) aperto dell'art. 2 Cost.,

hanno teorizzato un inedito (almeno per la nostra tradizione continentale) "diritto alla sicurezza", con le ricadute negative che ciò ha avuto nelle discutibili applicazioni dei princìpi di sussidiarietà – verticale e orizzontale – che hanno fondato le politiche pubbliche della sicurezza negli ultimi anni, non solo in Italia.

L'esaurimento delle tecniche di controllo disciplinare operative attraverso dispositivi e istituzioni, che anticipavano e rendevano possibile l'assoggettamento/soggettivazione biopolitico (comunque meno cogente di quanto sostenuto da Foucault), non significava fine della biopolitica, ma probabilmente, evoluzione della stessa. Lo scopo specifico del modello neobiopolitico d'integrazione lato sensu sociale, appare la responsabilizzazione del soggetto, l'individualizzazione del sociale, promuovendo una forma governamentale di potere finalizzata ad irreggimentare le forme cognitive, linguistiche e comunicative dei singoli; un sistema, quello neobiopolitico, basato su flessibilità, esaltazione di responsabilità individuali e facoltà cognitive, un sistema produttivo aperto, basato sulla collaborazione, sulla rete e su soggettività adattabili a ogni contesto. Centralità in questo modello viene data alle risorse comunicative e relazionali, alle risorse "sociali" produttive di "comunità", utilizzate (paradossalmente) per la de-socializzazione della moltitudine, la singolarizzazione delle responsabilità. La giustizia riparativa, ad esempio, potrebbe rappresentare un veicolo per questa forma tardo-moderna di biopolitica.

Si pensi anche, oltre ai temi da te menzionati, al governo del territorio. Il dinamismo delle trasformazioni impone alle istituzioni di mantenere costante consapevolezza della reale destinazione dei luoghi. Talora è necessario prendere atto di svolte non previste nella funzionalizzazione di spazi. La crisi del welfare e l'abbandono delle politiche della casa popolare alimenta la spazializzazione dei conflitti. Mi riferisco alle cd. gated communities. Si tratta di aree residenziali, con accesso limitato che rende privati spazi normalmente pubblici. L'accesso è controllato da barriere fisiche, pareti o perimetri recintati e da ingressi custoditi o chiusi da cancelli. Le gated communities precludono l'accesso del pubblico alle strade, ai marciapiedi, ai parchi, agli spazi aperti, e alle aree da gioco, tutte risorse che sarebbero state aperte e accessibili a tutti i cittadini di una località.

È chiara qui la crisi delle teorie sulla «città sostenibile» quale luogo di affermazione del diritto fondamentale «alla città» ed elemento delle politiche di sviluppo sostenibile elaborate a livello internazionale ed europeo.

(M.T.) 8) Il capitolo finale è dedicato alla giustizia amministrativa. In realtà l'attenzione alla giurisdizione è una costante dell'intero libro come della tua vasta produzione scientifica. In quasi tutti i capitoli emerge l'immagine di un giudice che esorbita dalla funzione tradizionale del processo, che è quella di risolvere liti. Il protagonismo del giudice è fenomeno oggi osservato da tutti e a tutti i livelli, ma la caratteristica del tuo lavoro è di trovarne una spiegazione all'interno del modello neoliberale. La governamentalità diffusa che caratterizza questo modello fa sì che il giudice si senta e agisca anch'egli come tessitore di una trama funzionale all'esaltazione del mercato e della concorrenza. Anzi, di più: il giudice subisce nella sua azione la logica del mercato e in qualche modo mette a servizio dello stesso il suo potere precettivo. Vorresti indicarci brevemente perché intravedi tutto questo in prassi giudiziali che anch'io osservo con una certezza preoccupazione: dall'insistenza del giudice sulla clausola dell'abuso del

processo, alla rivalutazione dell'interesse procedimentale nell'ambito del contenzioso sui contratti pubblici, per finire al *prospective overruling*?

(G.T.) Ho cercato qui, in effetti, di trovare una linea esplicativa di fenomeni che noi tutti abbiamo quotidianamente modo di osservare, anche nella rivista e in chat. E ho questa volta compiuto un'indagine di metagiurisprudenza su quella che mi sembra l'ideologia di fondo del nostro g.a.

Un'operazione che andava molto di moda negli anni '60 (Cappelletti, Cassese), ma oggi ha perso un po' di fascino. Al contrario, In Francia si segnalano indagini sulla giurisprudenza amministrativa in chiave neoliberale, ma si tratta di analisi eminentemente storiche.

A mio avviso ci troviamo dinnanzi a un nuovo, e inedito, neoliberale "uso alternativo del diritto".

In un senso più mainstream tale definizione può considerarsi insita nei caratteri del giudice amministrativo inteso quale giudice del grande contenzioso economico del nostro Paese, e non solo.

Mi pare però opportuno mettere in luce un secondo punto di vista, meno scontato. Il nostro giudice e la sua sentenza si collocano al centro del rimodellamento dello Stato in Stato amministrativo, che ha sinora trovato la sua acme nell'esperienza pandemica ma che, specie nel settore della concorrenza e della sua tutela, ha già manifestato importanti mutazioni di ordine istituzionale. Il fenomeno è generale: si parla (F. Ost) di un passaggio da un giudice- Giove, il giudice arbitro dello Stato liberale fedele al principio dispositivo, a un giudice- Ercole, il giudice dello Stato interventista che si occupa della gestione degli interessi minacciati nello Stato sociale; ma soprattutto si aggiunge una nuova figura: il giudice-Ermes, che illustra perfettamente il fenomeno di una nuova regolamentazione propria di una società dove le regole e i governi istituiti gerarchicamente lasciano il posto ad una moltitudine di reti e di poteri in costante interazione. In tale contesto lo Stato rinuncia alle grandi politiche di welfare e diventa riflessivo e procedurale, preferendo affidare ai partner interessati lo sviluppo di un diritto concordato, flessibile, regolabile e fluido.

Ciò è avvenuto all'insegna di alcuni vettori retorico-argomentativi della governamentalità neoliberale: la buona fede e l'abuso del diritto e del processo, la tutela della concorrenza appunto, il principio di effettività della tutela (applicato spesso per erodere il principio di autonomia procedurale degli Stati dell'UE).

La nozione di effettività e quella di giusto processo divengono vettore di politiche giurisprudenziali neoliberali, consentendo progressivi smottamenti dall'istanza nomofilattica a quella nomopoietica. Essa appare come grimaldello interpretativo capace di fare affermare la prospettiva assiologica dell'interprete, specie se declinato nel contesto valoriale proconcorrenziale europeo.

Peraltro, qui c'è una seconda "truffa delle etichette", come si evidenzia nella questione dell'abuso del processo e della meritevolezza della tutela. Il suggestivo "mantra" della giurisdizione come "servizio pubblico", e non più "funzione pubblica" tradizionale (tesi che già in sé sarebbe discutibile, in quanto in senso molto lato anche la difesa e l'ordine pubblico sono "servizi" rivolti al cittadino, ma di essi non si mette in dubbio il carattere di "funzione"), svela un uso fuorviante di un concetto che – solo apparentemente – si rivela in linea con i diritti costituzionalmente tutelati del cittadino, portando, al contrario, come conferma l'insistito richiamo al principio di proporzionalità nel processo, alla diversa (e temi-

bile) prospettiva "orizzontale" del bilanciamento, fra un diritto fondamentale (diritto d'azione) e un interesse pubblico (giusto processo nella sua declinazione in termini "economico/efficientistici") .

L'effettività della tutela resta certamente centrale per la giurisprudenza, ma alla dottrina spetta un importante compito di segnalazione e controllo, affinché i rischi della «distorsione da desiderabilità sociale» (Villata) non determinino un'alterazione eccessiva del confine, sì mobile, ma a un certo stadio invalicabile, dell'assetto costituzionale tra Giudice e Amministrazione e Giudice e Legislatore.

(M.T.) 9) L'incipit del titolo dell'epilogo del libro è eloquente: "senza respiro?". In effetti dalla lettura complessiva del libro emerge un panorama desolante. La rappresentanza politica non conta più niente. Le funzioni dello Stato sono confuse e si sovrappongono continuamente. Tutto obbedisce a una sola logica, che è la logica del neoliberalismo. Però tu sostieni che nel libro "non c'è solo decostruzione, facile se si segue la strada della radicalizzazione biopolitica, ma c'è anche desiderio di ricostruzione". La ricostruzione, tu dici, passa "dal recupero dei capisaldi del pensiero liberale, e da un certo formalismo e positivismo temperato che ha sempre animato il mio lavoro". Ma, se è corretta la tua analisi biopolitica, non sono questi a propria volta dogmi che la realtà si è presa carico di smentire, e da tempo? Inoltre, la proposta di trovare la soluzione in una "rivisitazione in chiave produttiva e affermativa della biopolitica", e in particolare nella promozione di un'etica e una politica come "immunizzazione di gruppo contro la bassezza", non ti pare una soluzione tendenzialmente elitaria?

(G.T.) Sul positivismo temperato ho già detto.

Vorrei qui aggiungere qualcosa sulla prospettiva della biopolitica affermativa, per provare a rintuzzare il tuo rilievo sulla prospettiva elitaria che pare discendere da questa proposta.

Al contrario, a me pare elitario e desolante lo scenario di Agamben. L'approccio di questo importantissimo filosofo lascia spesso il giurista in uno stato di sgomento, dinanzi alla deriva decostruttivista cui è andato sovente incontro; ma è anche per questa ragione che il giurista deve provare a dare una risposta alla sfida lanciata dalle componenti più radicali del pensiero moderno: *quare siletis juristae in munere vestro*? In questi mesi qualche giurista (es. Laura Buffoni) ha provato a dare risposte alle domande di Agamben, ma esse sono state tenute in non cale dal filosofo, che tuttora parla di un'intera società complice e di un nuovo patto hobbesiano, estrema configurazione della biopolitica, in cui il non-complice è escluso dal patto sociale.

Ho pensato di scrivere questo libro anche perché mi è parso che in questi anni la biopolitica sia stata usata dal giurista più come orpello argomentativo che scendendo nelle sue implicazioni più intime (con alcune notevoli eccezioni, che non a caso sono state molto approfondite, penso ai libri di Perfetti, Zito, Portaluri, Fracchia-Occhiena).

Si è trattato di un tentativo apparentemente aporetico, se si considera lo scetticismo per la versione giuridica del potere presente in Foucault, e soprattutto i suoi sviluppi "destituenti" (la tanatopolitica) in pensatori come appunto Agamben.

Sennonché a mio avviso non è solo questo il modo in cui il potere e il diritto amministrativo possono avvalersi di quel pensiero, come dimostrano correnti filosofiche maggiormente disposte a colliquare col di-

ritto pubblico, ad esempio l'elaborazione feconda della nozione di *istituzione* in Roberto Esposito.

Il filosofo napoletano ha prima rielaborato la nozione di *pensiero istituente*, in cui si tenta una ricomposizione tra vita e istituzione, drasticamente separate proprio dalla figura del potere. Ciò è confermato dalla speculare visione di Foucault e Arendt: se il primo critica le istituzioni perché repressive del libero corso della vita, la seconda individua nella vita biologica la forza irresistibile che dissesta le istituzioni, consegnandole alla violenza. Si conclude così nel senso di ripensare la categoria della biopolitica, superando quella divaricazione latente tra quello che ad alcuni appare potere assoluto sulla vita e ad altri una vita libera da ogni potere. Bisogna, quindi, integrare il paradigma istituente e quello biopolitico in modo produttivo per entrambi.

Più di recente egli ha ritenuto – con la felice sintesi ossimorica dell'*immunità comune* – che l'immunità possa non essere, come in passato, una lama che taglia la comunità svelando il lato oscuro/securitario delle varie forme del paradigma moderno di immunizzazione (sovranità, proprietà, libertà), ma che possa divenire la stessa forma della comunità.

Ecco perché si parla di biopolitica affermativa, non più sulla vita ma della vita, conciliabile finalmente con la libertà e la vita degli individui.

Nella mia citazione finale a Sloterdijk il disprezzo è riferito all'approccio cinico e rassegnato del complottista in questi terribili anni, mentre la prospettiva è quella che, pur consapevole dei tanti rischi di derive autoritarie insite nell'evoluzione tecnica e scientifica, non rinuncia a cercare modelli di integrazione – anche sul piano giuridico – tra tecnica e natura.

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2978 – 7 dicembre 2023

Il ricorso incidentale per l'accesso ai documenti amministrativi *ex* art. 116, co. 2, c.p.a.: questioni perplesse sull'onere di notifica ai soggetti controinteressati

(nota a Cons. Stato, sez. III, ord. 28 luglio 2023, n. 7399)

Stefano Vaccari

Sommario: 1. Premessa: ricorso autonomo vs. ricorso incidentale in materia di accesso ai documenti amministrativi. – **2.** Il caso concreto: la proposizione del ricorso incidentale *ex* art. 116, co. 2, c.p.a. con notifica a un solo controinteressato. – **3.** (Segue): La decisione del Consiglio di Stato e la lettura 'differenziante' tra le fattispecie processuali *ex* art. 116, co. 1 e 2, c.p.a. – **4.** Alcuni rilievi critici in favore di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 116, co. 2, c.p.a

1. Premessa: ricorso autonomo vs. ricorso incidentale in materia di accesso ai documenti amministrativi.

La tutela avverso le determinazioni o il silenzio in materia di accesso ai documenti amministrativi si esplica attraverso un'azione tipica con *petitum* 'ordinatorio'[1] trattata – per ragioni di peculiarità delle sottese posizioni sostanziali[2] – nell'ambito di un rito

[1] A prescindere dall'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa la natura della situazione giuridica (diritto soggettivo o interesse legittimo) oggetto del giudizio in materia di accesso, nonché della sua natura propriamente impugnatoria ovvero direttamente riferita alla pretesa sostanziale, è importante precisare che l'art. 116, co. 4, c.p.a. accorda una tutela giudiziale non meramente costitutiva, bensì di tipo 'ordinatorio' (il giudice «sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione e, ove previsto, la pubblicazione, dei documenti richiesti»).

[2] Cfr. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XV ed., Torino, 2023, 360. Per ogni ulteriore approfondimento si v., *ex multis*, A.

speciale (art. 116 c.p.a.) di natura camerale (art. 87, co. 2, lett. c, c.p.a.).

Sul piano strettamente processuale, l'art. 116, co. 1, c.p.a. regola anzitutto l'ipotesi del ricorso autonomo, da proporre «*entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio, mediante notificazione all'amministrazione e ad almeno un controinteressato*», specificando espressamente che – anche nell'ambito dell'anzidetto rito speciale – «[s]*i applica l'articolo 49*» del Codice in tema di integrazione del contraddittorio[3].

Per ragioni di economia processuale, avverso le medesime decisioni amministrative (espresse o tacite) l'art. 116, co. 2, c.p.a. accorda la facoltà di proposizione del ricorso in via incidentale[4], e segnatamente nelle forme di un'«*istanza depositata presso la segreteria della sezione cui* è *assegnato il ricorso principale, previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati*». Verificata la sussistenza del presupposto legale della 'connessione' della richiesta di accesso con il giudizio già pendente, la domanda incidentale è decisa con ordinanza[5] separatamente dal giudizio principale ovvero con la sentenza che definisce il giudizio.

2. Il caso concreto: la proposizione del ricorso incidentale *ex* art. 116, co. 2, c.p.a. con notifica a un solo controinteressato.

Nell'ambito di un giudizio avente a oggetto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione di un accordo quadro per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare integrata da parte di una A.S.L., la ricorrente principale proponeva con motivi aggiunti azione incidentale *ex* art. 116, co. 2, c.p.a. avverso il provvedimento di diniego parziale disposto dall'amministrazione resistente in relazione all'istanza di accesso alla documentazione di gara, alle domande di partecipazione e alle offerte degli operatori economici controinteressati.

Avendo riscontrato che il suddetto ricorso per l'accesso ai documenti amministrativi in corso di causa era stato notificato a un

---

Simonati, *Commento all'art. 116 c.p.a.*, in G. Falcon - F. Cortese - B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Padova, 2021, 902 ss.; F. Figorilli, *Il rito dell'accesso*, in B. Sassani - R. Villata (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 735 ss.; M. Lipari, *Commento all'art. 116 c.p.a.*, in A. Quaranta - V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, 914 ss.; L. Bertonazzi, *Note sulla consistenza del c.d. diritto di accesso e sul suo regime sostanziale e processuale: critica alle decisioni nn. 6 e 7 del 2006 con cui l'Adunanza plenaria, pur senza dichiararlo apertamente e motivatamente, opta per la qualificazione della pretesa ostensiva in termini di interesse legittimo pretensivo, in continuità con la decisione n. 16 del 1999*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, I, 165 ss.; M. Clarich, *Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, III, 430 ss.; F. Figorilli, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, II, 206 ss.

[3] Cfr., in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. VI, 31 dicembre 2018, n. 7319, in *Giustizia-amministrativa.it*. Per ogni ulteriore approfondimento sull'istituto cfr., per tutti, G. Mannucci, *Commento all'art. 49 c.p.a.*, in G. Falcon - F. Cortese - B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, cit., 548 ss.

[4] Una siffatta possibilità era già ammessa, prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, dall'art. 25, co. 5, della l. 7 agosto 1990, n. 241, nella versione seguita alle modifiche apportate dall'art. 17, co. 1, lett. b), della l. 11 febbraio 2005, n. 15; e, ancora prima, dall'art. 21, co. 1, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, come introdotto dall'art. 1, co. 1, della l. 21 luglio 2000, n. 205.

[5] A tale riguardo, si segnala che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 4 del 24 gennaio 2023, in *Foro amm.*, 2023, I, 21 ss., ha di recente affermato il principio di diritto dell'appellabilità innanzi al Consiglio di Stato dell'ordinanza resa nel corso del processo di primo grado sull'istanza di accesso documentale *ex* art. 116, co. 2, c.p.a. in ragione della sua natura propriamente 'decisoria'.

solo controinteressato (*i.e.* la Società mandataria del raggruppamento aggiudicatario), oltre che – ovviamente – all'amministrazione resistente, il T.a.r. per l'Abruzzo-Pescara ordinava l'integrazione del contraddittorio *ex* art. 49 c.p.a. nei confronti dell'ulteriore controinteressato sostanziale (*i.e.* la Società 'seconda classificata'). Integralmente costituito il contraddittorio, il T.a.r. annullava l'impugnato diniego e ordinava all'amministrazione resistente di ostendere la documentazione richiesta, limitatamente al soggetto aggiudicatario, e di riesaminare l'istanza di accesso con riguardo alla Società seconda classificata[6].

Avverso la richiamata ordinanza di accoglimento, il raggruppamento aggiudicatario proponeva ricorso in appello, lamentando in particolare l'erronea applicazione dell'art. 49 c.p.a. da parte del giudice di prime cure, il quale avrebbe dovuto dichiarare l'inammissibilità del ricorso incidentale *ex* art. 116, co. 2, c.p.a. per violazione del principio del contraddittorio. In altri termini, secondo la prospettazione dell'appellante, la Società ricorrente in primo grado avrebbe dovuto notificare – a pena di inammissibilità – l'istanza per l'accesso in corso di causa a 'tutti' i soggetti controinteressati, e non soltanto a 'uno', non potendo supplire a tale omissione l'istituto dell'integrazione del contraddittorio *iussu iudicis*,pena un'impropria 'rimessione in termini' della parte.

3. La decisione del Consiglio di Stato: una (criticabile) lettura 'differenziante' tra le fattispecie processuali *ex* art. 116, co. 1 e 2, c.p.a.

La terza Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 7399 del 28 luglio 2023, ha accolto l'appello e, per l'effetto, ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale *ex* art. 116, co. 2, c.p.a. proposto dalla parte ricorrente in primo grado sulla base delle seguenti argomentazioni.

Come già anticipato nelle premesse, il Giudice amministrativo ricostruisce innanzitutto le due distinte ipotesi regolate dall'art. 116 c.p.a.: il ricorso autonomo (art. 116, co. 1) per la tutela avverso le determinazioni negative (espresse o tacite) dell'amministrazione rispetto a istanze di accesso proposte '*ante causam*' e indipendentemente dalla pendenza di un giudizio connesso; e il ricorso incidentale (art. 116, co. 2) per ottenere l'ostensione di documenti amministrativi nelle more di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa. Le anzidette fattispecie si differenziano, secondo il Consiglio di Stato, per il fatto che «*solo nel primo caso,* è *ammessa la notifica ad un solo controinteressato, dovendosi ritenere, viceversa, tenuta la parte ricorrente alla notifica del ricorso per l'accesso in corso di causa a tutti i controinteressati*».

Di talché, non si ritiene applicabile alle domande incidentali di accesso *ex* art. 116, co. 2, c.p.a. l'istituto dell'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 49 c.p.a. (richiamato espressamente –per la sola specie del ricorso autonomo – dall'art. 116, co. 1, c.p.a.), onde evitare una non consentita rimessione in termini della parte ricorrente rispetto a un onere di notificazione stabili-

[6] Cfr. T.a.r. Abruzzo-Pescara, sez. I, ord. 9 giugno 2023, n. 239, in *Giustizia-amministrativa.it*, in particolare nella parte in cui si afferma che «*nell'ipotesi in cui, come nella specie, dal diniego impugnato siano identificabili più di un soggetto controinteressato, trova applicazione la regola generale di cui al comma 1 dell'art. 49 c.p.a. secondo cui 'Quando il ricorso sia stato proposto solo contro taluno dei controinteressati, il Presidente o il Collegio ordina l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri'*».

to a pena di decadenza. Di conseguenza, il ricorso incidentale di accesso deve essere notificato all'amministrazione e agli 'eventuali controinteressati', che l'ordinanza in esame fa coincidere con «*tutti i soggetti individuati dalla p.a. come controinteressati*».

Una siffatta lettura dell'art. 116, co. 2, c.p.a. viene giustificata (anche) in relazione al canone di ragionevole durata del processo (art. 111, co. II, Cost.). A tale riguardo, si sostiene che – in presenza di processi già instaurati – non appare 'eccessivamente onerosa' una subordinazione dell'ampliamento del c.d. *thema decidendum* all'immediata assicurazione della completezza del contraddittorio, sotto forma di un onere di notifica (a pena di decadenza) del ricorso incidentale in materia di accesso a tutti i controinteressati sostanziali[7]. Il che consentirebbe di evitare l'imposizione «*al giudice e alle parti* [di] *un ulteriore passaggio processuale per l'integrazione del contraddittorio*».

Per queste ragioni, il Collegio ha ritenuto che la mancata notifica della domanda incidentale di accesso *ex* art. 116, co. 2, c.p.a. a tutti i controinteressati già individuati dall'amministrazione resistente nel corso del procedimento «*ha reso la domanda in radice inammissibile, senza che vi fosse spazio alcuno per un ordine giudiziale di integrazione del contraddittorio ai sensi dell'articolo 49 c.p.a.*».

4. Alcuni rilievi critici in favore di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 116, co. 2, c.p.a.

La soluzione espressa dal Consiglio di Stato è passibile di critica sotto plurimi profili.

In primo luogo, la decisione in commento sembrerebbe sovrapporre istituti processuali che risultano distinti sul piano teorico e applicativo, quali le condizioni di ammissibilità del ricorso (che rappresentano un '*prius*' logico-giuridico nella valutazione del giudicante) rispetto al successivo incombente dell'integrazione del contraddittorio disposto per ordine del giudice. Il Consiglio di Stato, invece, interpreta l'art. 116, co. 2, c.p.a. nel senso di imporre al ricorrente incidentale un onere di instaurazione completa del contraddittorio quale condizione di ammissibilità dell'azione, senza alcuna possibilità di integrazione successiva *iussu iudicis*.

In proposito, è possibile osservare che la natura (anche, ma non solo) impugnatoria[8]

[7] Cfr. l'ulteriore passaggio dell'ordinanza in commento ove si sostiene che la diversa formulazione lessicale dei co. 1 e 2 dell'art. 116 c.p.a. non è 'casuale', ma risponde alla ratio di «costituire immediatamente e ritualmente il giusto contraddittorio, anche perché, a contrario, nella misura in cui il legislatore avesse ritenuto sufficiente la notifica ad un solo controinteressato, con possibilità di integrare il contraddittorio, lo avrebbe espressamente previsto, dovendosi ritenere che il riferimento agli 'eventuali controinteressati', unitamente all'omesso richiamo all'art. 49 c.p.a., deponga nel senso dell'indispensabilità dell'immediata e tempestiva notifica della domanda incidentale in materia di *accesso proposta ai sensi dell'articolo 116, comma 2, c.p.a., a tutti coloro già coinvolti nel relativo procedimento e che, come nel caso in esame, potrebbero essere pregiudicati dall'ostensione*».

[8] In questo senso cfr. T.a.r. Piemonte, sez. I, 16 dicembre 2010, n. 4556, in *Foro amm. T.a.r.*, 2010, XII, 3764 ss., ove si precisa che il tenore letterale dell'art. 116 c.p.a., «*a prescindere dalla qualificazione della posizione giuridica soggettiva azionata, ricostruisce il rito in materia sulla scorta dell'ordinario rito impugnatorio, come per altro già ritenuto dalla giurisprudenza pregressa*»; ma anche Cons. Stato, Ad. Plen., 18 aprile 2006, n. 6, e Id., 20 aprile 2006, n. 7, in *Dir. proc. amm.*, 2007, I, 156 ss. (con nota critica di L. Bertonazzi). Si v., anche, M. Lipari, *Commento all'art. 116 c.p.a.*, cit., 924, ove si evidenzia che «[l]*a struttura formalmente impugnatoria del giudizio risulta densa di importanti conseguenze in ordine alla disciplina*

del giudizio in materia di accesso ai documenti amministrativi fa sì che esso sia regolato dalle disposizioni processuali ordinarie, fatta eccezione per le deroghe espresse poste dal rito speciale *ex* art. 116 c.p.a. Il che si giustifica in ragione del meccanismo del c.d. rinvio interno (art. 38 c.p.a.), in forza del quale «[i]*l processo amministrativo si svolge secondo le disposizioni del Libro II che, se non espressamente derogate, si applicano anche* […] *ai riti speciali*».

Tra le disposizioni del Libro II dedicate al processo amministrativo di primo grado si rinviene la regola generale di cui all'art. 41, co. 2, c.p.a.[9], secondo cui «[q]*ualora sia proposta azione di annullamento il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso entro il termine previsto dalla legge*». Ai fini dell'ammissibilità del ricorso, pertanto, è sufficiente la notifica a un solo controinteressato[10], anche laddove tali soggetti esistano sul piano sostanziale in numero maggiore. Di conseguenza, nelle fattispecie processuali in cui il contraddittorio non risulti 'integro' sin dalla (ammissibile) proposizione dell'azione di annullamento nei confronti della sola amministrazione resistente e di (almeno) un controinteressato, è il giudice a dover ordinare l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli ulteriori controinteressati sostanziali. Anche questa regola generale trova un fondamento positivo nel Libro II del Codice, e segnatamente nell'art. 49, co. 1, ove si dispone che «q*uando il ricorso sia stato proposto solo contro taluno dei controinteressati, il presidente o il collegio ordina l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri*».

Ebbene, rispetto alla suddetta disciplina ordinaria, non pare che il rito speciale in materia di accesso ai documenti amministrativi introduca 'deroghe espresse'. Non lo fa senz'altro con riferimento all'ipotesi del ricorso autonomo *ex* art. 116, co. 1, c.p.a., ove addirittura si richiama espressamente – in funzione rafforzativa[11] – il modello generale appena descritto («*mediante notificazione all'amministrazione e ad almeno un controinteressato. Si applica l'articolo 49*»). Ma non è neppure possibile ritenere che la lettera dell'art. 116, co. 2, c.p.a. («*previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati*»), dedicata alla proposizione della medesima azione in forma incidentale, introduca un regime derogatorio tale da imporre alla parte ricorrente un onere di notifica – a pena di inammissibilità – a 'tutti' i controinteressati sostanziali senza possibilità alcuna di integrazione successiva del contraddittorio.

Una siffatta lettura, fatta propria dall'ordinanza che si annota, non sembra superare il vaglio di ragionevolezza, se non altro in considerazione dell'assenza di diversità

della formazione del contraddittorio e alla individuazione dei destinatari della notificazione».

[9] Per ogni approfondimento si rinvia, per tutti, ad A. Giannelli - M. Renna, *Commento all'art. 41 c.p.a.*, in G. Falcon - F. Cortese - B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, cit., 443 ss.

[10] Per la nozione di controinteressato in materia di diritto di accesso agli atti cfr. l'art. 22, co. 1, lett. c), l. n. 241/1990: «*per 'controinteressati', tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza*».

[11] Ma anche per superare l'alternativa ricostruzione della fattispecie quale ipotesi di litisconsorzio necessario *ex* art. 102 c.p.c. (sulla quale si v. in giurisprudenza, per tutte, Cons. Stato, sez. IV, 11 giugno 1997, n. 643, in *Cons. Stato*, 1997, I, 683 ss.). Per ogni approfondimento cfr., quantomeno, L. Bertonazzi, *Accesso ai documenti e contraddittorio*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, III, 823 ss.; e F. Figorilli, *Il contraddittorio nel giudizio speciale sul diritto di accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, III, 584 ss.

di 'oggetto' tra le fattispecie del ricorso autonomo e di quello incidentale in materia di accesso ai documenti amministrativi. In entrambe le ipotesi, infatti, il '*petitum*' veicolato in giudizio è pur sempre l'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente di visionare ed estrarre copia di documenti detenuti da una pubblica amministrazione. Sicché, non è dato comprendere la *ratio* di un'eventuale differenza di disciplina processuale in punto di onere di notifica, e – di riflesso – di ammissibilità, tra i due ricorsi.

A tale conclusione non è possibile pervenire neppure richiamando il diffuso orientamento giurisprudenziale[12] dedicato all'individuazione dei controinteressati sostanziali in sede procedimentale *ex* art. 3, co. 1, del d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184[13], ove si prevede che «*la pubblica amministrazione cui* è *indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, di cui all'articolo 22, comma 1, lettera c), della legge,* è *tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione*». Com'è noto, la finalità di un siffatto incombente procedimentale è di permettere ai controinteressati di presentare una 'motivata opposizione' alla richiesta di accesso entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione da parte dell'amministrazione procedente (art. 3, co. 2, d.P.R. *cit.*).

Sulla scorta di tale disciplina, l'ordinanza in esame correla l'onere di notificazione (a pena di inammissibilità) del ricorso incidentale a tutti i soggetti controinteressati individuati dall'amministrazione nel corso del procedimento. Sennonché, ferma restando la differenza corrente tra le discipline normative dedicate al procedimento (art. 3 d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184) e al processo amministrativo (artt. 41, 49 e 116 c.p.a.), non passibili di indebite sovrapposizioni concettuali, emerge comunque un'errata lettura della richiamata giurisprudenza dedicata ai rapporti tra l'art. 3 del d.P.R. n. 184/2006 e la successiva tutela giurisdizionale. Invero, il giudice amministrativo si è limitato unicamente a rimarcare la regola per cui, laddove l'amministrazione non abbia individuato alcun controinteressato in sede sostanziale, il ricorso giurisdizionale deve essere considerato ammissibile anche in difetto della notifica ad almeno un soggetto (eventualmente) controinteressato. *A contrario*, non è possibile ricavare dal citato orientamento di matrice garantistica prescrizioni processuali divergenti dalle regole generali per l'opposta ipotesi in cui siano presenti più soggetti controinteressati già individuati dall'amministrazione in sede procedimentale: in questi casi, il ricorso è

[12] Cfr., *ex multis*, T.a.r. Sicilia-Catania, sez. IV, 29 marzo 2021, n. 979, in *Giustizia-amministrativa.it*, ove si richiama l'orientamento «*che induce la giurisprudenza amministrativa a non ritenere inammissibile, ai sensi dell'art. 3 co. 1 D.P.R. 12 aprile 2006 n. 184, il ricorso avverso il rifiuto di accesso agli atti della Pubblica Amministrazione per omessa notifica ai controinteressati, ogniqualvolta la stessa Amministrazione non abbia ritenuto di consentire la partecipazione in sede procedimentale di altri soggetti che potrebbero o avrebbero potuto subire un pregiudizio dall'accoglimento dell'istanza di accesso*»; Cons. Stato, sez. III, 11 giugno 2019, n. 3903, in *Foro amm.*, 2019, VI, 1017 ss., ove si è ribadito che «*non può essere dichiarato inammissibile il ricorso per l'accesso, per omessa notifica al controinteressato, quando la stessa amministrazione non abbia ritenuto di dover consentire la partecipazione di altri in sede procedimentale*»; C.g.a.r.s., sez. giur., 16 marzo 2017, n. 104, in *Foro amm.*, 2017, III, 680 ss., ove si afferma che «*in sede giurisdizionale non possa essere dichiarato inammissibile per omessa notifica al controinteressato un ricorso per l'accesso allorché, in precedenza, la stessa Amministrazione non avesse ritenuto di consentire, in occasione del proprio procedimento, la partecipazione di coloro che avrebbero potuto subire un pregiudizio dall'accoglimento dell'istanza di trasparenza*»; Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2012, n. 677, in *Giustizia-amministrativa.it*; e Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2093, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, IV, 822 ss.

[13] Regolamento recante la disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi.

da ritenersi ammissibile ove notificato (*ex* artt. 41 e 116 c.p.a.) all'amministrazione resistente e ad almeno un controinteressato, fatta salva la successiva integrazione del contraddittorio secondo le modalità stabilite dall'art. 49 c.p.a.

Diversamente opinando, si legittimerebbe una costruzione di fonte giurisprudenziale di regole sul contraddittorio processuale derogatorie rispetto al modello codicistico generale e giustificate sulla scorta di disposizioni normative dedicate al procedimento amministrativo, come tali rivolte alla dinamica dell'esercizio del potere sostanziale e non alla conformazione del rapporto processuale avanti al giudice amministrativo. Inoltre, è noto che il c.d. giusto processo debba essere necessariamente regolato dalla 'legge', nell'accezione di disposizioni di fonte primaria statale (art. 111, co. I, in combinato disposto con l'art. 117, co. 1, lett. l, Cost.), risultando senz'altro inidonee allo scopo previsioni di rango secondario quali quelle incluse nel regolamento governativo di cui al d.P.R. n. 184/2006.

In aggiunta, qualora fosse rilevante l'individuazione dei controinteressati in sede sostanziale per inferire un onere di notifica – a fini di ammissibilità – del ricorso incidentale (art. 116, co. 2, c.p.a.) a 'tutti' i soggetti destinatari delle comunicazioni procedimentali *ex* art. 3 del d.P.R.

n. 184/2006, non si riuscirebbe a comprendere perché un'analoga regola non debba valere ugualmente per la proposizione in via autonoma del medesimo ricorso (art. 116, co. 1, c.p.a.): anche in tal caso, l'azione processuale segue pur sempre a un procedimento amministrativo di accesso regolato dalle stesse regole sostanziali, *ivi* incluse quelle oggetto del richiamato art. 3 del d.P.R. n. 184/2006[14]. Il che dimostra, una volta di più, l'irragionevolezza di una lettura 'differenziante' tra le due possibili manifestazioni processuali del ricorso in materia di accesso ai documenti amministrativi, che – a più attento esame – denota un carattere sostanzialmente 'unitario'.

Del resto, l'introduzione di un regime processuale differenziato richiede necessariamente l'esistenza di una ragione giustificatrice sostanziale, non ravvisabile – pure ammettendosi una certa 'ambiguità' nella formulazione letterale – nella fattispecie di cui all'art. 116, co. 2, c.p.a.

Anche il ricorso all'argomento c.d. *per absurdum* consente di confermare le osservazioni sinora svolte. Immaginando un caso ove fossero presenti decine di soggetti controinteressati sostanziali già individuati dall'amministrazione nel corso del procedimento, secondo l'interpretazione sostenuta dal Consiglio di Stato nella decisione qui annotata il ricorrente incidentale sarebbe onerato – ai fini dell'ammissibilità dell'azione, e non della (successiva) integrazione del contraddittorio processuale – di un numero sproporzionato di notifiche da effettuare entro il breve termine decadenziale di trenta giorni previsto dal rito speciale[15].

---

[14] Cfr. F. Figorilli, *Il rito dell'accesso*, cit., 744, ove si chiarisce che in entrambe le ipotesi disciplinate dall'art. 116 c.p.a. «*il soggetto interessato parrebbe comunque tenuto a presentare un'istanza di accesso all'autorità competente e, solo in seguito all'inerzia o al rifiuto di quest'ultima, si creerebbero le condizioni per richiedere l'intervento del giudice*».

[15] Cfr. L. Bertonazzi, *Il regime dell'istanza incidentale di accesso, con particolare riferimento al termine perentorio per la sua proposizione e alla corretta instaurazione del contraddittorio*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, I, 327 s., ove si espone l'argomento di 'taglio pratico' per cui «*imporre al ricorrente di notificare l'istanza incidentale di accesso a tutti i controinteressati entro un termine perentorio che è già dimezzato rispetto a quello ordinario (trenta anziché sessanta giorni), potrebbe, in taluni casi, rendere estremamente arduo il rispetto del breve termine per proporre la domanda di accesso svolta nelle forme dell'istanza incidentale*».

Sul piano metodologico, tuttavia, è preferibile verificare la ragionevolezza di una data soluzione interpretativa in astratto e con riferimento a tutte le sue possibili manifestazioni, a differenza dell'ordinanza in commento nella quale il Consiglio di Stato si è basato principalmente sulle caratteristiche della singola fattispecie concreta per affermare che la presenza di due soli controinteressati sostanziali non avrebbe determinato un 'onere eccessivo' in capo alla parte ricorrente in primo grado.

Allo stesso modo, il fondamento della criticata soluzione riposto sul principio di ragionevole durata del processo pare contraddetto dal regime di 'facoltatività'[16] che regola il rapporto tra la proposizione del ricorso *ex* art. 116 c.p.a. in forma incidentale ovvero in via autonoma. Essendo sempre riconosciuta la possibilità di instaurare un autonomo giudizio per far valere la pretesa all'accesso di determinati documenti amministrativi, l'affermazione della tesi dell'onere di integrale instaurazione del contraddittorio ai fini dell'ammissibilità dell'azione si tradurrebbe in un incentivo alla proposizione del ricorso *ex* art. 116, co. 1, c.p.a., con conseguente *vulnus* alle esigenze di concentrazione sottese alla previsione dell'alternativa forma incidentale della domanda (per ragioni di connessione) nell'ambito del giudizio già pendente.

Alla luce delle suddette considerazioni, la lettura 'differenziante' dell'art. 116 c.p.a. potrebbe dar luogo a seri dubbi di costituzionalità per irragionevolezza e disparità di trattamento (art. 3 Cost.), nonché per un'eccessiva limitazione del diritto di azione (artt. 24 e 113 Cost.)[17], anche sul versante dell'effettività della tutela (art. 111 Cost.) e dell''equo processo' (art. 6 Cedu)[18].

Ed è proprio sulla base dei richiamati parametri di rango costituzionale che trova fondamento l'assunto per cui le cause di inammissibilità in sede processuale debbono considerarsi tassative e soggette a un

[16] Cfr. l'art. 116, co. 2, c.p.a. nella parte in cui il legislatore utilizzare la locuzione 'può' per l'alternativa proposizione in forma incidentale del ricorso disciplinato dal precedente co. 1. Si v., anche, M. Lipari, *Commento all'art. 116 c.p.a.*, cit., 928, ove si chiarisce che la disposizione *cit.* del Codice conferma «*la facoltatività dello strumento. Pertanto, la parte interessata può sempre decidere se proporre un ricorso separato e autonomo, oppure introdurre la propria domanda nell'ambito di un giudizio principale in corso*»; e L. Bertonazzi, *Il regime dell'istanza incidentale di accesso, con particolare riferimento al termine perentorio per la sua proposizione e alla corretta instaurazione del contraddittorio,cit.*, 317, ove si deduce dal 'parallelismo' tra l'autonoma *actio ad exhibendum* e l'istanza incidentale di accesso la rimessione al privato della scelta «*tra i due differenti strumenti processuali che l'ordinamento pone a presidio del diritto di accesso ai documenti*».

[17] Cfr., per tutte, Corte cost. 9 luglio 2021, n. 148, in *Foro amm.*, 2022, I, 6 ss., ove si rinviene il richiamo alla costante giurisprudenza costituzionale secondo cui «il legislatore dispone di un'ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali, incontrando il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute, che viene superato qualora emerga un'ingiustificabile compressione del diritto di agire in giudizio (*ex multis*, sentenze n. 102 del 2021, n. 253, n. 95, n. 80, n. 79 del 2020 e n. 271 del 2019)». Con particolare riferimento all'art. 24 Cost., la Corte ha altresì specificato che «esso non comporta che il cittadino debba conseguire *la tutela giurisdizionale sempre nello stesso modo e con i medesimi effetti, purché non vengano imposti oneri o prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale (tra le tante, sentenze n. 271 del 2019, n. 199 del 2017, n. 121 e n. 44 del 2016)*».

[18] Sulla natura 'concreta' ed 'effettiva' del diritto di accesso a un tribunale, nonché sulla necessità di un rapporto di proporzionalità tra i 'mezzi impiegati' e lo 'scopo perseguito', cfr., per tutte, Corte Edu, sez. V, 9 maggio 2022, in C-15567/20 ('Xavier Lucas c. Francia'), ove si rimarca che «*le droit d'accès à un tribunal doit être 'concret et effectif' et non 'théorique et illusoire' (Bellet c. France, 4 décembre 1995, § 36, série A no 333-B).* […] *Néanmoins, les limitations appliquées ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, elles ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (voir, entre autres, Zubac c. Croatie [GC], no 40160/12, § 78, 5 avril 2018)*».

canone di stretta interpretazione[19], attesa la loro natura di potenziali 'barriere' ostative all'ottenimento di una decisione sul merito delle domande giudiziali. Di qui l'altrettanto nota enfasi riposta sul carattere 'strumentale' delle regole processuali rispetto all'obiettivo principale della tutela delle pretese sostanziali veicolate in giudizio: le prime non assurgono mai a 'fine a sé stante', giustificandosi in coerenza con la funzionalizzazione costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.) agli obiettivi di effettività e satisfattività della tutela giurisdizionale[20].

Rassegnate le critiche all'interpretazione affermata dal Consiglio di Stato, occorre valutare la praticabilità di un'ermeneutica alternativa e '*secundum constitutionem*' dell'art. 116, co. 2, c.p.a. In particolare, il riferimento letterale alla '*notificazione agli eventuali controinteressati*' potrebbe essere correlato ai soggetti che sono già parte del giudizio in quanto destinatari della notificazione del ricorso principale, a condizione che essi coincidano con coloro cui è riferibile la connessa richiesta di accesso in forma incidentale. Diversamente, nelle fattispecie ove sussista una diversità tra l'amministrazione e i controinteressati sostanziali alla domanda di accesso, da un lato, e le parti già evocate in giudizio[21], dall'altro, dovrebbero trovare applicazione – per le richiamate ragioni di ordine sistematico – le regole processuali generali sulle condizioni di ammissibilità dell'azione e sull'integrazione del contraddittorio[22]: a questa stregua, non si recherebbe alcun pregiudizio al diritto di difesa e al contraddittorio di tali soggetti, e in particolar modo dei controinteressati,

[19] Cfr., *ex multis*, T.a.r. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 3 marzo 2022, n. 70, in *Giustizia-amministrativa.it*, ove si rinviene l'affermazione per cui «[i] *principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale esigono tendenzialmente che il giudizio si concluda con una risposta di merito alle domande portate alla cognizione del giudice amministrativo, con la conseguenza che una pronuncia di inammissibilità può essere adottata solo nelle ipotesi tassativamente previste dal codice di rito*»; e Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2022, n. 771, in *Giustizia-amministrativa.it*, nella parte in cui si richiamano i principî di tassatività delle cause di inammissibilità del ricorso e di effettività della tutela giurisdizionale per rimarcare il divieto «*di introdurre in via ermeneutica cause ostative all'accesso ad una decisione giurisdizionale di merito*».

[20] Cfr. Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, III, 753 ss., ove si ricorda che «[a]*l principio per cui le disposizioni processuali non sono fine a se stesse, ma funzionali alla miglior qualità della decisione di merito, si ispira pressoché costantemente – nel regolare questioni di rito – il vigente codice di procedura civile*».

[21] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 4/2023 *cit.*, nella parte in cui si è chiarito che nella fattispecie *ex* art. 116, co. 2, c.p.a. l'amministrazione e gli eventuali controinteressati «*potrebbero anche essere diversi dalle parti già evocate in giudizio, il che evidenzia come il rispetto delle regole del contraddittorio sia coerente con la logica della natura decisoria dell'ordinanza*». Si v., anche, L. Bertonazzi, *Il regime dell'istanza incidentale di accesso, con particolare riferimento al termine perentorio per la sua proposizione e alla corretta instaurazione del contraddittorio*, cit., 323 ss., in part. 325, ove si rileva che «*affermare la necessaria coincidenza tra i controinteressati nel giudizio 'principale' e i controinteressati rispetto all'istanza incidentale di accesso (in guisa che i secondi vengano meccanicamente individuati attraverso un semplice riferimento ai primi) significherebbe vanificare quei principi che la giurisprudenza amministrativa ha elaborato al precipuo fine di garantire tutela giurisdizionale ai titolari dell'interesse alla riservatezza, a fronte dell'azione esperita dal titolare dell'interesse all'accesso a determinati documenti amministrativi*».

[22] In dottrina, si v. L. Bertonazzi, *Il regime dell'istanza incidentale di accesso, con particolare riferimento al termine perentorio per la sua proposizione e alla corretta instaurazione del contraddittorio*, cit., 327, ove si ritiene senz'altro preferibile la lettura richiamata in corpo per ragioni di 'coerenza interna' del sistema processuale amministrativo. Ad avviso dell'a., infatti, occorre raggiungere risultati «*coincidenti con quelli cui si perverrebbe muovendo dal più volte menzionato 'parallelismo' tra autonoma azione in tema di accesso e istanza incidentale di accesso, che devono ritenersi sottoposte ad identica disciplina anche per il profilo della corretta instaurazione del contraddittorio*». In senso analogo, già M. Andreis, *Commento all'art. 21 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034*, in A. Romano (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001, 760, ove si suggeriva di interpretare il riferimento alla notifica ai 'controinteressati' incluso nell'art. 21, co. 1, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 «*in sintonia con la norma generale posta dalla prima parte del 1° co. dell'art. 21 in esame secondo la quale, il ricorso deve essere notificato 'ai controinteressati ai quali l'alto direttamente si riferisce, o almeno ad alcuno tra essi'*».

i quali – se non ricompresi tra i destinatari della notifica del ricorso incidentale – sarebbero in ogni caso chiamati in giudizio nelle forme dell'adempimento all'ordine giudiziale *ex* art. 49 c.p.a.[23].

[23] A tale riguardo, l'art. 49, co. 4, c.p.a. ha cura di precisare che «[i] *soggetti nei cui confronti è integrato il contraddittorio ai sensi del comma 1 non sono pregiudicati dagli atti processuali anteriormente compiuti*».

Registrazione: 05/05/2023 n. 68 presso il Tribunale di Roma
Diritto e processo amministrativo, n. 2981 – 8 dicembre 2023

L'azione di rivalsa nel contenzioso in materia di evidenze pubbliche

Francesco Volpe

Sommario: 1. Se l'azione di rivalsa preesistesse al codice dei contratti pubblici del 2023 – problemi di costituzionalità della nuova disciplina per violazione dell'art. 76 cost. – **2.** La nozione di operatore economico. – **3.** L'estensione dell'illecito commesso dall'operatore economico. – **4.** Buona fede della stazione appaltante e azione di rivalsa. – **5.** Il significato di *responsabilità concorrente* a raffronto con gli artt. 2055 e 1950 c.c. – **6.** Dall'azione di rivalsa alla sussistenza di un rapporto di responsabilità solidale tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario illegittimo, ai fini del risarcimento del danno. L'azione diretta nei confronti dell'aggiudicatario: giurisdizione ordinaria e diverso regime di diritto sostanziale. – **7.** Giurisdizione e limiti dell'azione di regresso dell'aggiudicatario illegittimo nei confronti della stazione appaltante. Conseguenze della doverosità dell'autoannullamento dell'aggiudicazione riconosciuta illegittima dal giudice ordinario nell'azione risarcitoria intentata dall'offerente pretermesso verso l'aggiudicatario

1. Se l'azione di rivalsa preesistesse al codice dei contratti pubblici del 2023 – problemi di costituzionalità della nuova disciplina per violazione dell'art. 76 Cost.

Il nuovo codice dei contratti pubblici ha introdotto un'azione di rivalsa che la stazione appaltante, condannata al risarcimento del danno, può esercitare nei confronti dell'operatore economico quando costui, con un suo comportamento illecito, abbia cagionato l'illegittimità dell'aggiudicazione[1].

Già in sede di esame preliminare emergono alcuni profili d'incertezza a proposito di detta azione.

È incerto, in primo luogo, se si tratti di una vera e propria novità. Il codice dice,

[1] La nuova azione si ricava dal combinato disposto dell'art. 5, comma 4, d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36, secondo il quale "Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito" con l'art. 124, comma 1, c.p.a, come riformato dal medesimo decreto legislativo e secondo il quale: "L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e di stipulare il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se non dichiara l'inefficacia del contratto, il giudice dispone il risarcimento per equivalente del danno subìto e provato. Il giudice conosce anche delle azioni risarcitorie e di quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo".

testualmente, che "*resta ferma*"[2] la responsabilità dell'operatore economico e questo potrebbe alludere a una sorta di retroattività *travestita*; vale a dire a uno di quei casi in cui s'intende introdurre una nuova disciplina che si applica anche per il passato, senza però volerlo esplicitare.

Forse, però, non è così, in questo caso. Che l'amministrazione possa *rifarsi* sull'operatore economico era questione già sostenuta da, pur non amplissima, giurisprudenza.

Ad esempio, una pronuncia del Consiglio di Stato[3] aveva ammesso tale forma di tutela, costruendo un ragionamento che passava per il richiamo operato dall'art. 41, comma 2, c.p.a. all'istituto del litisconsorzio necessario[4], mentre la stessa Plenaria[5] aveva

[2] Si veda l'art. 5, citato alla nota precedente.

[3] Cons. di Stato, VI, 15 ottobre 2012, n. 5279.

[4] Così la pronunzia sopra citata: "Sotto il profilo processuale, l'accertamento della responsabilità concorrente dell'a.t.i. aggiudicataria e delle quote concorsuali di riparto interno tra quest'ultima e l'amministrazione, cui la Sezione è pervenuta per le ragioni innanzi esposte, deve, nel caso di specie, ritenersi 'coperto' non solo dai principi fondanti la giustizia amministrativa (in base ai quali la controversia va decisa con l'esercizio di poteri decisori e conformativi), e dal sopra richiamato art. 41, comma 2 (il quale ha previsto il litisconsorzio necessario del beneficiario dell'atto, in ragione dei peculiari poteri concernenti le statuizioni da adottare anche nei confronti del beneficiario dell'atto illegittimo), ma anche dalle domande, eccezioni e difese versate in giudizio, con il conseguente rispetto del generale principio processuale della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato; ciò, sulla base di un'interpretazione sostanzialistica degli atti processuali di parte, formulati in modo onnicomprensivo e idoneo a ricomprendere nelle richieste e difese formulate dalle parti anche gli evidenziati momenti di accertamento".

[5] V. Cons. di Stato, Ad. pl., 12 maggio 2017, n. 2. La lite concerneva un caso in cui l'offerente pretermesso aveva chiesto il risarcimento (peraltro, in sede di giudizio di ottemperanza e a seguito della sopravvenuta impossibilità di ottenere un risarcimento in forma specifica) con condanna diretta dell'aggiudicatario pretermesso. Sul punto, la Plenaria ha così statuito: "Tutte le richiamate norme processuali vanno coordinate ed interpretate alla luce dei limiti che incontra la giurisdizione amministrativa. Esse sono, infatti, norme sul rito, che presuppongono (e non pongono) la giurisdizione, che deve, quindi, desumersi dai criteri generali di riparto e non direttamente da esse. In punto di riparto, la domanda che la parte privata danneggiata dall'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato proponga nei confronti dell'altra parte privata, beneficiaria del provvedimento illegittimo, esula dall'ambito della giurisdizione amministrativa. Si tratta, infatti, di una controversia tra due soggetti privati, avente ad oggetto un diritto soggettivo di contenuto patrimoniale. Sul punto va ricordato che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, anche di recente (cfr. Cass. Sez. Un. ord. 3 ottobre 2016, n. 19677), hanno ribadito che, in base agli articoli 103 Cost. e 7 c.p.a., il giudice amministrativo ha giurisdizione solo per le controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione o un soggetto ad essa equiparata; con la conseguenza che esula dalla sua giurisdizione la domanda di risarcimento del danno proposta da un privato contro un altro privato, ancorché connessa con una vicenda provvedimentale (nella specie, si trattava della domanda di risarcimento del danno contro il funzionario autore materiale del provvedimento illegittimo). Tale lettura riduttiva dell'estensione della giurisdizione amministrativa viene fondata sul dato testuale dell'art. 103 Cost. e dell'art. 7 c.p.a., in specie laddove, nell'individuare la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie, di diritti soggettivi, riferisce tali controversie a «l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo» e le afferma come «riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni». Tale ultimo inciso viene quindi valorizzato come limite all'estensione della giurisdizione amministrativa. 26. Né in senso contrario possono invocarsi ragioni di connessione, in quanto, come affermato anche da questa Adunanza plenaria con sentenza 29 gennaio 2014, n. 6, «salvo deroghe normative espresse, nell'ordinamento processuale vige il principio generale della inderogabilità della giurisdizione per motivi di connessione» (in termini cfr. Cass. Sez. Un. 19 aprile 2013, n. 9534; Cass. Sez. Un. 7 giugno 2012, n. 9185). 27. La carenza del presupposto processuale della giurisdizione risulta, quindi, risolutiva e costituisce, già di per sé, un ostacolo insormontabile all'interpretazione "sostanzialistica" sostenuta dall'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato. 28. Del resto, va osservato che l'art. 41, comma 2, ultimo periodo, c.p.a. non prevede, a rigore (e in senso tecnico), un litisconsorzio necessario nei confronti del privato beneficiario dell'atto illegittimo. Litisconsorzio la cui necessità è del resto esclusa, come è noto, anche nel caso di obbligazioni solidali. Nei confronti di tale soggetto, infatti, la citata norma processuale non consente la formale proposizione di una domanda risarcitoria, ma stabilisce solo che la domanda proposta contro l'amministrazione (che, quindi, è individuata come unica legittimata passiva), gli debba essere notificata, al fine di realizzare la c.d. denuntiatio litis. In base all'art. 41, comma 2, ultimo periodo c.p.a., in altri termini, il privato non è destinatario di una domanda di risarcimento del danno contro di lui diretta, ma solo destinatario della notificazione della domanda proposta contro l'amministrazione, al fine di rendere possibile l'opponibilità del giudicato. Lo scopo della norma in esame è, infatti, solo quello di fare in modo che l'eventuale giudicato di condanna tra il privato danneggiato dal

riconosciuto l'azionabilità in astratto della pretesa alla rivalsa, salvo prospettare, dubitativamente, che la sede giurisdizionalmente competente non potesse essere quella del giudice amministrativo.

Se, dunque, la rivalsa forse preesisteva al nuovo codice dei contratti pubblici, la vera novità consiste nel fatto che oggi è esplicitamente ammessa la sua azionabilità proprio davanti al giudice speciale[6], il cui sindacato risulterebbe essere stato, in tal modo, ampliato.

Si pone, così, un problema di validità costituzionale della riforma, perché al legislatore delegato che ha emanato il nuovo codice non era stato affidato il mandato d'incidere sul criterio di riparto[7] [8].

provvedimento e l'amministrazione possa essere opposto anche al terzo beneficiario, come "fatto" che accerta l'antigiuridicità, nell'eventuale giudizio di "rivalsa", quanto all'illegittimità dell'atto e ai presupposti della condanna risarcitoria subita dall'amministrazione". Sul punto della esperibilità di una rivalsa fatta valere dalla stazione appaltante, la Plenaria non ha preso esplicita posizione: "La ricostruzione che precede non esclude che l'amministrazione, chiamata a risarcire il danno ai sensi dell'art. 112, comma 3, c.p.a., possa vantare un'azione nei confronti del beneficiario che ha tratto vantaggio dal provvedimento illegittimo travolto dal giudicato. Si tratta di azione di regresso collegata a un'obbligazione risarcitoria di natura solidale o di azione di ingiustificato arricchimento per il disequilibrio causale derivante dal collegamento tra le posizioni sostanziali in gioco, essa – secondo la disciplina sostanziale e processuale propria dell'azione che si ritenga esperibile – presupporrebbe l'accertamento (della sussistenza) della giurisdizione di questo giudice, della sua proponibilità nell'ambito del giudizio di ottemperanza, anzi che con azione ordinaria, ma, soprattutto, richiederebbe una domanda in tal senso dell'amministrazione".

[6] Anche questa prospettiva, peraltro, aveva già ottenuto un riscontro positivo nella giurisprudenza. Così, Cons. Stato, II,13.12.2020, n. 8546.

[7] Il problema non era sfuggito al legislatore delegato, come dimostra la relazione al nuovo Codice dei contratti pubblici che ha cercato di risolvere la questione osservando che non è stato modificato il criterio di riparto, ma il regime di diritto sostanziale: "La prima questione che potrebbe porsi, in astratto, è quella di un possibile eccesso di delega della disposizione in esame. Essa, tuttavia, disciplina direttamente non un determinato rimedio processuale, ma un principio di diritto sostanziale (la cui applicazione ha poi inevitabili ricadute sul terreno dei rimedi): sicché non pare potersi ragionevolmente prefigurare un simile vizio della disposizione. In particolare, come ricorda la Relazione, l'articolo 1, comma 1, della legge delega prevede "l'adeguamento della disciplina vigente "ai principi espressi dalla giurisprudenza delle giurisdizioni superiori, interne ed internazionali". In questo senso il comma 3 dell'articolo 5, "nell'escludere il carattere incolpevole dell'affidamento in caso di illegittimità agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti", recepisce i princìpi enucleati nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 20 del 2021, disciplinando le "condizioni" di risarcibilità del danno da provvedimento favorevole poi annullato. La disposizione, inoltre, cala nella specifica materia i princìpi da tempo pacificamente operanti in materia in punto di delimitazione dell'area di danno risarcibile (limitata al c.d. interesse negativo), e alla necessità che il danno di cui si chiede il risarcimento sia "effettivo e provato". Sempre sul terreno della conformità al parametro costituzionale, potrebbe in tesi dubitarsi (avuto riguardo ai canoni tratteggiati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004) della conformità della scelta di riservare al giudice amministrativo la cognizione dell'azione di rivalsa dell'amministrazione. Tali dubbi, tuttavia, si superano solo che si abbia riguardo al collegamento, opportunamente sottolineato dalla Relazione al Codice, con l'esercizio del potere. La Relazione, invero, contiene tale riferimento in relazione all'ipotesi di lesione dell'affidamento del privato: "Pur non intervenendo sul riparto della giurisdizione (che non rientra nell'oggetto della legge-delega), la norma si basa, comunque, sul presupposto secondo cui la lesione dell'affidamento che viene in rilievo nell'ambito del procedimento di gara, anche quando realizzato attraverso comportamenti, presenta un collegamento forte con l'esercizio del potere e, pertanto, anche quando il privato lamenta la lesione della propria libertà di autodeterminazione negoziale, la relativa controversia risarcitoria non può che rientrare nella giurisdizione amministrativa, specie in considerazione del fatto che, nella materia degli appalti pubblici, il giudice amministrativo gode di giurisdizione esclusiva (art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.), che si estende, oltre che ai comportamenti amministrativi (in base alla previsione generale contenuta nell'art. 7 c.p.a.), anche alle "controversie risarcitorie". Tuttavia, non può dubitarsi che, nel caso speculare, l'affidamento dell'amministrazione è leso in sede di esercizio del potere: e dunque l'azione di rivalsa non è proposta iure privatorum, ma ha la funzione di ristorare il danno subìto nella fase di esercizio del potere amministrativo".

[8] Ritenere, come sostiene la Relazione, che il codice dei contratti

Per la verità, anzi, non era stato consegnato neppure il più generale compito di riscrivere l'intero processo in materia di appalti[9].

2. La nozione di operatore economico.

Un secondo punto incerto attiene alla definizione di chi sia l'*operatore economico* su cui rivalersi.

Secondo l'allegato I,1 del codice, esso è qualsiasi soggetto capace di offrire sul mercato prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto di una procedura di evidenza pubblica[10]. Quel che qualifica l'operatore economico, dunque, è solo una sua *attitudine*: quella di operare sui mercati e nemmeno sui soli mercati *pubblici*.

A fronte di una definizione così ampia, non sembra che, anche ai fini dell'azione di rivalsa, la figura dell'operatore economico debba essere circoscritta al solo aggiudicatario illegittimo. Nella categoria potrebbero

pubblici non avrebbe modificato la giurisdizione, limitandosi a recepire nel diritto sostanziale, un principio generale, potrebbe portare, peraltro, a opinare che l'azione di rivalsa possa essere esperita – proprio in quanto principio generale – anche al di fuori del contenzioso sui contratti pubblici. V., in tema P. Patrito, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - Il nuovo "rito appalti" e il parere di precontenzioso dell'Anac*, in *Giur. it.*, 2023, 1983: "Resta, ancora, da domandarsi se la regola di cui all'art. 124 c.p.a., riguardi le sole controversie in tema di contratti pubblici oppure se essa possa estendersi anche ad altre. Si pensi, ad esempio, all'impugnativa di un permesso di costruire con richiesta di risarcimento del danno: nel caso in cui risulti che il provvedimento lesivo, per cui l'Amministrazione è stata condannata al risarcimento, fosse stato originato da una falsa rappresentazione della realtà dipesa dall'istante, può ritenersi ammissibile l'esperimento da parte dell'Amministrazione della domanda riconvenzionale o quella in via principale in separato giudizio? Secondo un primo punto di vista, si potrebbe giustificare la giurisdizione amministrativa in tale fattispecie (e in altre simili) sulla base dell'eadem ratio: anche nell'ipotesi prospettata , è stato, per riprendere le espressioni di cui all'art. 124 c.p.a., il "comportamento illecito" del privato che "ha concorso a determinare" un provvedimento illegittimo e causativo del danno, per cui non dovrebbero ammettersi conclusioni diverse in punto di giurisdizione sulla domanda risarcitoria proposta dall'Amministrazione. Tale osservazione risulterebbe avvalorata se si ritenesse che l'art. 124 c.p.a. si è limitato a dare sanzione a orientamenti giurisprudenziali precedenti, che si sono quindi basati su principi generali, come tali percorribili anche per altri casi: nulla vieterebbe allora di considerare la disposizione in esame come la positivizzazione, in un ambito particolare, di una regola di portata generale. Va ancora osservato che, molto spesso, le regole processuali in tema di contratti pubblici vengono estese agli altri ambiti, fornendo l'appiglio normativo per offrire soluzioni, anticipate dal legislatore in tale materia, a fattispecie che ne fuoriescono: si pensi, ad esempio, all'orientamento del Consiglio di Stato in tema di modulazione degli effetti nel tempo della sentenza di annullamento, che, tra l'altro, motiva la possibilità per il giudice amministrativo di far decorrere tali effetti a partire da ora o per il futuro proprio con riferimento alla disciplina in tema di inefficacia del contratto ai sensi degli artt. 121 e seg., c.p.a. Tuttavia, è da dire che, nelle ipotesi prese ora in considerazione, manca l'espressa disposizione di diritto positivo che assegni la giurisdizione al giudice amministrativo, che, invece, sembra risultare necessaria, anche tenuto conto delle considerazioni, prima ricordate, dell'Adunanza Plenaria n. 2/2017, che dubitava della sufficienza dell'ermeneusi per radicare la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda riconvenzionale della stazione appaltante: da questo punto di vista, e alla luce del principio di stretta legalità processuale e della certezza o prevedibilità delle regole processuali, soprattutto nell'ottica della tutela del controinteressato o del privato asserito autore del danno, si dovrebbe concludere nel senso dell'esclusione – ed è questa la soluzione che pare più corretta – dell'estensione dell'art. 124 c.p.a., alle fattispecie ivi non espressamente considerate".

[9] Circa i problemi di eccesso di delega, rispetto alla legge 21 giugno 2022, n. 78, v. M. Lipari, *La tutela giurisdizionale amministrativa e il precontenzioso ANAC nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *lamministrativista.it*, 2023.

[10] Art. 1, All. cit: "Nel codice si intende per: (…) l) «operatore economico», qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica". Nel previgente codice (art. 3, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50), mancava, invece, la corrispondenza con l'oggetto della procedura: "Ai fini del presente codice si intende per: (…) p) «operatore economico», una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi".

rientrare altre figure che pure potrebbero concorrere a cagionare un'aggiudicazione illegittima e, quindi, un risarcendo danno. Ad esempio, potrebbe essere tale l'impresa ausiliaria nelle ipotesi di avvalimento; potrebbe essere un offerente, diverso dall'aggiudicatario, che abbia falsato la media delle offerte economiche o la media per il calcolo delle anomalie. Potrebbe essere *operatore economico* anche il subfornitore dell'aggiudicatario, il quale abbia falsamente attestato le certificazioni inerenti ai beni scambiati.

Ma se è così, si pone ancora una volta un problema di giurisdizione.

È pur vero, infatti, che, in materia di appalti, il giudice amministrativo si occupa anche di diritti soggettivi (e la rivalsa attiene a un diritto soggettivo). Ma, con riguardo a questa più ampia platea di *operatori economici*, è difficile sostenere che le controversie siano tutte lambite da quell'*esercizio del potere* provvedimentale che, secondo la Corte costituzionale[11], è necessario affinché la fattispecie possa essere sindacata, ancorché si verta in una materia di giurisdizione esclusiva[12].

3. L'estensione dell'illecito commesso dall'operatore economico.

Un terzo punto incerto attiene ai confini del comportamento illecito che esporrebbe l'operatore economico a rivalsa.

In estrema sintesi, se è facile comprendere che rientra nella sfera dell'illecito il comportamento dell'aggiudicatario che abbia prodotto in gara dichiarazioni false o false certificazioni, può essere considerato illecito anche il comportamento di quell'operatore, che, senza mentire e senza tacere, abbia invece presentato un'offerta difforme dalla *lex specialis*[13]?

A ben vedere anche questo offerente viola il diritto oggettivo perché viola gli artt. 91[14] e 107[15] c.c.p. E, secondo quanto ha affermato la sentenza *Preden*[16], se vi è una

[11] Il richiamo, ovviamente, è a Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204.

[12] Particolarmente rilevante, in questo senso, è l'esempio del subfornitore, il quale potrebbe essere anche del tutto ignaro del fatto che la sua controparte contrattuale intenda presentare la merce in una gara pubblica.

[13] La criticità è stata colta anche da M.A. Sandulli, *Il contenzioso sui contratti pubblici*, in *lamministrativista.it*, 2023: "Per non dire del rischio che, con un'interpretazione allargata del concetto di illecito, le conseguenze degli errori del committente – e, a monte, dell'incertezza delle regole – siano fatte sostanzialmente ricadere in massima parte sull'aggiudicatario, disincentivando gli imprenditori a partecipare alle gare indette nel nostro Paese".

[14] Art. 91, comma 5, cit.: "Le offerte tecniche ed economiche, redatte secondo le modalità di cui al comma 1, sono corredate dai documenti prescritti dal bando o dall'invito o dal capitolato di oneri. Nelle offerte l'operatore economico dichiara alla stazione appaltante il prezzo, i costi del personale e quelli aziendali per la sicurezza e le caratteristiche della prestazione, ovvero assume l'impegno ad eseguire la stessa alle condizioni indicate dalla stazione appaltante e dalla disciplina applicabile, nonché fornisce ogni altra informazione richiesta dalla stazione appaltante nei documenti di gara".

[15] Art. 107, comma 1, cit: "1. Gli appalti sono aggiudicati sulla base di criteri stabiliti conformemente agli articoli da 108 a 110 previa verifica, in applicazione dell'articolo 91 e dell'allegato II.8, quest'ultimo con riguardo ai mezzi di prova e al registro online, della sussistenza dei seguenti presupposti: a) l'offerta è conforme alle previsioni contenute nel bando di gara o nell'invito a confermare l'interesse nonché nei documenti di gara".

[16] Corte cass., Ss. Uu., 22 luglio 1999, n. 500: "Non può negarsi che nella disposizione in esame risulta netta la centralità del danno, del quale viene previsto il risarcimento qualora sia "ingiusto", mentre la colpevolezza della condotta (in quanto contrassegnata da dolo o colpa) attiene all'imputabilità della responsabilità. L'area della risarcibilità non è quindi definita da altre norme recanti divieti e quindi costitutive di diritti (con conseguente tipicità dell'illecito in quanto fatto lesivo di ben determinate situazioni ritenute dal legislatore meritevoli di tutela), bensì da una clausola generale, espressa dalla formula "danno ingiusto", in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, e cioè il danno arrecato non iure, da ravvisarsi nel danno inferto in difetto di una causa di giustificazione (non iure), che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento (altra opinione ricollega

violazione del diritto oggettivo accompagnata dalla lesione di una posizione giuridicamente qualificata, questo fatto costituisce causa di risarcimento del danno e quindi di illecito. Eppure, in questo caso, l'offerente non ha tenuto alcun comportamento fraudolento e l'errore ricade sulla stazione appaltante che ha valutato male l'offerta[17], cosicché non è incongruo chiedersi se sia corretto che la responsabilità dell'operatore economico debba essere a tal punto estesa.

4. Buona fede della stazione appaltante e azione di rivalsa.

Questi motivi di incertezza a cui sin qui si è accennato non si risolvono in *minimalia*. Preme, però, soffermarsi su altre, più ampie, questioni.

Innanzi tutto, in che modo questa *rivalsa* e questa *responsabilità concorrente* avrebbero a che fare con il principio di buona fede, stante che di questa responsabilità si parla nell'art. 5 c.c.p.?

Questo profilo pare più chiaro: se il risarcimento e la conseguente rivalsa vengono correlati alla buona fede, ciò avviene in senso inverso rispetto a quello con cui si invoca (spesso in modo incauto) l'incidenza di tale clausola generale sul diritto amministrativo.

Qui non è in gioco, se non per aspetti marginali[18], la buona fede nutrita dal privato nei confronti dell'agire provvedimentale della pubblica amministrazione, ma, al contrario, la buona fede che la stazione appaltante ripone sul fatto che l'operatore

l'ingiustizia del danno alla violazione del limite costituzionale di solidarietà, desumibile dagli artt. 2 e 41, comma 2, Cost., in riferimento a preesistenti situazioni del soggetto danneggiato giuridicamente rilevanti, e sotto tale ultimo profilo le tesi sostanzialmente convergono). Ne consegue che la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma (secondaria), volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui. In definitiva, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante. Quali siano gli interessi meritevoli di tutela non è possibile stabilirlo a priori: caratteristica del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c., inteso nei sensi suindicati come norma primaria di protezione, è infatti la sua atipicità. Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2043 c.c., è quindi quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un "danno ingiusto", ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza".

[17] Una interpretazione a tal punto rigida è stata, dunque, esclusa dalla citata pronuncia Cons. di Stato, II,13.12.2020, n. 8546.

[18] Il richiamo al principio di buona fede non è sufficiente, peraltro, a configurare il rapporto corrente tra la Stazione appaltante e l'aggiudicatario illegittimo in termini di responsabilità precontrattuale, ancorché questa sia verosimilmente la soluzione più convincente. Tale opinione era stata sostenuta, in effetti, da alcuni autori che esaminarono alcune delle poche sentenze sull'azione di rivalsa introdotte prima del nuovo codice dei contratti pubblici. Si veda così, in particolare, B. Biancardi, *Responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici - Responsabilità precontrattuale nelle procedure di evidenza pubblica: quali regole a parti invertite?*, in *Giur. it.*, 2021, 1708 s.s. A favore di detta tesi milita il fatto che, con l'offerta, il futuro aggiudicatario illegittimo, il quale abbia indotto la stazione appaltante a false rappresentazioni e quindi l'abbia spinta a un esito della gara illegittimo, non ha ancora instaurato un vero rapporto contrattuale, destinato a sorgere in seguito all'aggiudicazione stessa. Peraltro, il principio di buona fede trova campo di applicazione anche nella responsabilità contrattuale propriamente detta (1375 c.c.).

economico non terrà comportamenti scorretti nel formulare la sua offerta[19]. Comportamenti che, poi, potrebbero condurre a un'aggiudicazione illegittima e a un danno da risarcire a terzi. Sicché, quando questi comportamenti si verificassero, l'Amministrazione che avesse sostenuto gli oneri del risarcimento avrebbe titolo per agire contro i soggetti di cui essa si fosse *fidata*.

5. Il significato di *responsabilità concorrente* a raffronto con gli artt. 2055 e 1950 c.c.

Inquadrata in questo modo la questione, resta, però, da affrontare il problema principale: che cosa voglia dire "*rivalsa*" e che cosa voglia dire "*responsabilità concorrente*".

Questi termini alludono a una tutela civilistica o, almeno, para-civilistica[20].

Ma, se il richiamo alla rivalsa è piuttosto diffuso nel codice civile (ad esempio in materia di obblighi dei coeredi[21] o in materia di condominio[22]), i riferimenti testuali a una *responsabilità concorrente* nella disciplina codicistica sono rarefatti (per non dire quasi inesistenti), sì da generare il dubbio che il codice dei contratti pubblici, nell'enunciarla, abbia volutamente impiegato una formula ambigua, come tale capace di sottrarsi a categorie e a regimi già noti.

L'interprete, però, non può limitarsi a constatare che questa *responsabilità concorrente* sarebbe una cosa finora ignota, lasciando alla discrezionalità (o all'arbitrio) di chi poi giudicasse il compito di decidere come applicarla.

Un tentativo di ricostruzione va pur sempre compiuto.

Anche nella prospettiva di una esegesi analogica, osservo pertanto che sembra piuttosto simile a questa responsabilità quanto è previsto nell'art. 2055 del codice civile, che riguarda una fattispecie affine a quella ora in esame. Vale a dire quella in cui più persone siano responsabili dell'illecito aquiliano[23].

[19] Se mai, la buona fede dell'aggiudicatario illegittimo può valere al fine di valutare un eventuale esonero della propria responsabilità verso la stazione appaltante che agisce in rivalsa. Acquisisce dunque valore l'inciso, pure contenuto nel citato art. 5, ma comma 3, secondo il quale "l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti".

[20] Si pone così il problema se l'azione di rivalsa sia esperibile anche al di fuori dell'ambito dei contratti pubblici, in tutte le occasioni in cui una Amministrazione sia chiamata a risarcire il danno a terzi per l'emanazione di un provvedimento favorevole nei confronti di altro soggetto. Così, ad esempio, se il risarcimento fosse conseguenza di un titolo edilizio illegittimo. Sul punto pare convincente la tesi sostenuta da P. Patrito, *Il nuovo "rito"*, cit., 1989, il quale propende per la soluzione favorevole, sul presupposto che la rivalsa fosse istituto preesistente al nuovo Codice e applicabile in virtù di principi generali, salvo dover riconoscere che la giurisdizione, in difetto di disposizioni che attribuiscano un sindacato anche di tipo esclusivo, non dovrebbe appartenere al giudice speciale. Cosicché – si ritiene qui di dover osservare – davanti al giudice ordinario potrebbero contrapporsi due liti: quella introdotta dall'autorità amministrativa nei confronti del beneficiario illegittimo per il suo concorso nella generazione del risarcito danno e la lite introdotta invece dal medesimo beneficiario che, una volta visto annullato il provvedimento a sé favorevole, potrebbe invocare il risarcimento del proprio danno, nei confronti della amministrazione pubblica, per la lesione della propria buona fede. Le due liti, il cui accoglimento sembra reciprocamente escludente, verrebbero dunque a poggiare sull'individuazione di quale tra i due soggetti fosse effettivamente in buona fede e, a tal riguardo, si deve dubitare che i contorni con cui l'art. 5 del codice descrive la buona fede stessa (in particolar modo la clausola secondo la quale "l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti") possa estendersi alla generalità delle altre fattispecie provvedimentali.

[21] Art. 754 c.c.

[22] Artt. 1129 e 1132 c.c.

[23] Il richiamo all'art. 2055 c.c. era già presente nella citata sentenza Cons. di Stato, VI, 15 ottobre 2012, n. 5279: "Va fatta applicazione di un principio generale dell'ordinamento giuridico (cui si ispira anche l'art. 2055 del codice civile), per il quale vi è la solidarietà anche quando il danno sia stato concausato da due autori del

L'art. 2055 c.c., come è noto, riconosce a chi abbia risarcito il danno il regresso contro ciascuno degli altri soggetti che abbiano *concorso* a causarlo, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e del personale apporto eziologico.

Nel dubbio sulla gravità delle singole colpe, esse si presumono uguali, ma, ai nostri fini, potrebbe assumere rilievo la c.d. *fiducia*, a cui si riferisce l'art. 2 del codice dei contratti pubblici, che la stazione appaltante nutre, per volontà di legge[24], sul corretto comportamento degli offerenti. Forse, nel caso della *responsabilità concorrente* ora esaminata, questa presunzione *iuris tantum* sull'equiparazione delle colpe potrebbe avere, pertanto, un minor rilievo, quando non si debba riconoscere che essa sia stata addirittura rovesciata.

Vi è, anzi, da chiedersi se la *rivalsa* di cui parla il codice dei contratti pubblici significhi che la stazione appaltante possa rifarsi sull'operatore economico solo *pro quota* o se, piuttosto, essa implichi un regresso integrale per quanto corrisposto a titolo di risarcimento. Ché proprio a questa seconda soluzione sembra, in effetti, indirizzare il termine "*rivalsa*" e a questo sembra spingere, in verità, tutto l'impianto della riforma processuale in materia di appalti.

Vale a dire il favorire una sorta di *neutralità* della stazione appaltante rispetto al processo.

E così, in effetti, potrebbe concretarsi la questione, giacché, se l'aggiudicazione fosse annullata, l'appalto proseguirebbe con l'affidamento a un nuovo aggiudicatario (magari individuato dallo stesso giudice in sede di risarcimento in forma specifica); se, invece, la tutela costitutiva fosse sostituita o integrata da una tutela risarcitoria per equivalente, l'amministrazione potrebbe rivalersi, appunto, in modo integrale su quell'operatore economico che l'abbia spinta ad assumere un'aggiudicazione invalida. Conformemente al principio del risultato espresso nell'esordio del nuovo codice[25], in entrambe le ipotesi si procederebbe verso l'esecuzione dell'appalto, senza ulteriori oneri per l'ente pubblico[26].

fatto, le cui condotte siano rispettivamente una colposa e una dolosa".

[24] Art. 2, d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36: "L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici".

[25] Così, l'art. 1 del codice.

[26] Una prima lettura di detto principio, soprattutto con riferimento a nuove accezioni del principio di buon andamento a cui l'art. 1 del codice lo associa, è resa da A.M. Chiarello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 148 s. Spunti, nel senso qui prospettato, sono proposti anche da G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 287: "L'affermazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale mira a codificare una disciplina generale da applicare per la gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili tali da determinare una sostanziale alternazione nell'equilibrio contrattuale. Si tratta, peraltro, di ipotesi diventate molto frequenti nella congiuntura economica e sociale segnata dalla pandemia e dal conflitto in Ucraina. La relazione dichiara che le soluzioni al problema che nei vari ordinamenti giuridici va sotto il nome di *frustration of purpose, Wegfall der Geschäftsgrundlage, imprévision*, individuate nel Codice traggono ispirazione dai principi e dalla prassi internazionale dei rapporti commerciali tra privati, in particolare alla disciplina contenuta nei Principi Unidroit e nel Codice europeo dei contratti. Come è stato subito evidenziato da attenta dottrina, la scelta del legislatore di fare riferimento al diritto comune dei contratti commerciali invece che al diritto speciale dei contratti pubblici di altri ordinamenti indica una precisa opzione normativa, nel senso di una tendenziale parificazione della posizione delle parti e addirittura di una tutela rafforzata dell'esecutore anche rispetto a quanto attualmente previsto dal codice civile italiano. Invece della tutela meramente demolitoria apprestata dal codice civile, infatti, il nuovo Codice dei contratti pubblici mira a garantire la sopravvivenza del contratto e la salvaguardia degli interessi economici delle parti. Si intende così conciliare lo speciale interesse dell'amministrazione committente alla continuità delle prestazioni e delle forniture con quello degli operatori alla tutela dell'equilibrio economico-finanziario (a garanzia anche dei loro lavoratori e fornitori)".

Una tale impostazione, peraltro, sarebbe coerente anche con l'opinione, talora serpeggiante[27], secondo la quale le controversie in materia di appalti pubblici avrebbero sì carattere pubblicistico da un punto di vista formale, salvo il considerare che, da un punto di vista sostanziale, esse sarebbero invece controversie civilistiche che si agitano tra un ricorrente e un controinteressato impegnati a contendersi l'aggiudicazione, restando alla parte resistente quasi un ruolo di mera spettatrice della lite.

Se così fosse, il termine di riferimento, nel codice civile, all'azione di rivalsa dovrebbe forse individuarsi, più che nell'art. 2055 c.c., nell'art. 1950 c.c. La stazione appaltante, quando fosse chiamata a sostenere il risarcimento, finirebbe per somigliare a un fideiussore, o a un garante, che ha regresso integrale sul debitore principale. In questo caso, sull'operatore economico che ha cagionato l'illegittimo esito della gara.

6. Dall'azione di rivalsa alla sussistenza di un rapporto di responsabilità solidale tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario illegittimo, ai fini del risarcimento del danno. L'azione diretta nei confronti dell'aggiudicatario: giurisdizione ordinaria e diverso regime di diritto sostanziale.

Allo stato, mi pare difficile stabilire se si tratti di un caso di concorso nell'illecito o di un caso di fideiussione: l'oscurità del sintagma "*responsabilità concorrente*" è pur sempre funzionale a qualcosa.

Approfondire la questione, tuttavia, è, entro certi limiti, poco importante, benché sembri preferibile la prima ipotesi, non fosse altro perché il richiamo al concetto di *concorso* è presente pure nell'art. 2055 c.c.

Tanto che si faccia capo all'art. 2055 c.c., tanto che valga l'art. 1950 c.c., il rapporto che corre tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario illegittimo ricadrebbe, comunque, in un'ipotesi di responsabilità solidale[28].

Le implicazioni di questa conclusione sono evidenti.

Se si tratta di responsabilità solidale, questo significa che l'offerente illegittimamente pretermesso ha (come è consueto)

[27] La tesi è riportata anche da M.A. Sandulli, *Il contenzioso*, cit.: "Come rilevato in altre occasioni, non posso non esprimere serie preoccupazioni per la riferita disposizione, che, se letta nel contesto di un sistema di tutela giurisdizionale che indebitamente privilegia la tutela risarcitoria per equivalente rispetto a quella soprassessoria e caducatoria (in evidente spregio anche alla qualità della prestazione), corre il rischio di ridurre il contenzioso sui contratti de quibus a una controversia tra privati. Il che, oltretutto, farebbe dubitare della ratio della sua attribuzione alla giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo, che ha, invece, la sua ragion d'essere nel garantire la "giustizia nell'amministrazione", a necessaria e imprescindibile tutela dell'effettività dei principi enunciati dall'art. 97 e dalle altre disposizioni costituzionali che regolano e limitano l'esercizio del potere amministrativo".

[28] In questi termini, espressamente, si era già espressa la citata pronuncia Cons. di Stato, VI, 15 ottobre 2012, n. 5279.

azione risarcitoria diretta nei confronti della stazione appaltante.

Ma significa, pure, che egli ha azione diretta anche nei confronti dell'aggiudicatario illegittimo[29] [30].

S'inaugura così una nuova forma di tutela niente affatto trascurabile, non fosse altro perché l'aggiudicatario illegittimo può essere un debitore cospicuamente solvibile e perché i suoi beni, che non sono né demaniali né patrimoniali indisponibili, appaiono, almeno in astratto, più facilmente aggredibili.

Se, tuttavia, l'offerente volesse rivolgere gli strali risarcitori direttamente contro l'operatore economico concorrente, la controversia non sarebbe esperibile davanti al giudice amministrativo[31].

[29] A meno che non si intenda esprimersi, in questo caso, in termini di una sorta di "*responsabilità azzoppata*", come pure è stato suggerito, in epoca antecedente al codice dei contratti pubblici, da P. Patrito, *La responsabilità solidale dell'amministrazione e del beneficiario del provvedimento illegittimo: profili sostanziali e processuali*, in *Giur. it.*, 2013, 1428 s. Altro tema è quello di valutare le ragioni di una solidarietà, in senso proprio o improprio, tra la stazione appaltante e il privato beneficiario della aggiudicazione illegittima; se, cioè, essa miri, come è di consueto nella teoria delle obbligazioni, a favorire la scelta del patrimonio aggredibile, da parte del creditore, oppure se si ispiri a una sorta di corresponsabilità nell'esercizio della funzione pubblica (M. Bombardelli, *La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, 175; P. Patrito, *ibidem*, il quale ultimo, peraltro, richiama le tesi opposte a detta ultima prospettazione, sostenute da A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 14 e da S. Tarullo, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008, 344).

[30] A favore dell'esperibilità dell'azione risarcitoria diretta dell'offerente illegittimamente pretermesso nei riguardi dell'aggiudicatario si esprime, esplicitamente, anche la Relazione di accompagnamento al Codice (pag. 246): "L'innovazione punta a rafforzare la tutela risarcitoria sia del terzo pretermesso, leso dall'aggiudicazione illegittima, il quale può agire direttamente, oltre che nei confronti della stazione appaltante, anche nei confronti dell'operatore economico che, contravvenendo ai doveri di buona fede, ha conseguito una aggiudicazione illegittima; sia della stessa stazione appaltante, che può agire in rivalsa nei confronti di quest'ultimo o dell'eventuale terzo concorrente che abbia concorso con la sua condotta scorretta a determinare un esito della gara illegittimo".

[31] Il rilievo è stato colto anche da G. Pesce, *Le istanze di tutela nel nuovo codice dei contratti pubblici, tra principio dispositivo e interesse pubblico: prime riflessioni*, in *judicium.it*, 2023. V. anche P. Patrito, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - Il nuovo "rito appalti" e il parere di precontenzioso dell'Anac*, cit. e P. Tonnara, *Le modifiche al "rito appalti e concessioni" a seguito del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *lamministrativista.it*, 2013: "Rimane, invece, esclusa dalla giurisdizione amministrativa l'eventuale domanda risarcitoria che un concorrente volesse esperire nei confronti di un altro partecipante alla procedura di affidamento, atteso che "l'art. 103 Cost. non consente di ritenere che il giudice amministrativo possa conoscere di controversie di cui non sia parte una P.A., o soggetti ad essa equiparati".

Si consideri anche Cass., Ss.Uu., 9 marzo 2020, n. 6690, con riguardo alla domanda di risarcimento introdotta verso il funzionario preposto a un organo svolgente, nella specifica fattispecie, funzioni amministrative: "In tal senso, deve trovare applicazione il principio secondo cui "l'art. 103 Cost., non consente di ritenere che il giudice amministrativo possa conoscere di controversie di cui non sia parte una P.A., o soggetti ad essa equiparati, sicchè la pretesa risarcitoria avanzata nei confronti del funzionario in proprio, cui si imputi l'adozione del provvedimento illegittimo, va proposta dinanzi al giudice ordinario, non ostando a ciò la proposizione della domanda anche nei confronti dell'ente pubblico sotto il profilo della responsabilità solidale dello stesso, stante l'inderogabilità per ragioni di connessione della giurisdizione" (Cass., S.U., 13 giugno 2006, n. 13659).

A tal riguardo (come, segnatamente, messo in risalto da Cass., S.U., 3 ottobre 2016, n. 19677), il presupposto della giurisdizione amministrativa alla luce dell'art. 103 Cost., "è, infatti, che la tutela giurisdizionale coinvolgente le situazioni giuridiche nella giurisdizione di legittimità ed in quella esclusiva debba avere luogo con la partecipazione in posizione attiva o passiva della pubblica amministrazione" o "del soggetto che, pur non facendo parte dell'apparato organizzatorio di essa, eserciti le attribuzioni dell'Amministrazione, così ponendosi come pubblica amministrazione in senso oggettivo".

Il dettato costituzionale – che radica la giurisdizione del giudice amministrativo "nei confronti della pubblica amministrazione" – è confermato dallo stesso codice del processo amministrativo, il cui art. 7, comma 1, riferisce alle "pubbliche amministrazioni" (e in base del medesimo art. 7, al comma 2, anche ai soggetti ad esse "equiparati") l'esercizio del potere suscettibile di incidere sulle posizioni di interesse legittimo e (nelle particolari materie) di diritto soggettivo e, quindi, di attivare la cognizione del giudice amministrativo a tutela di dette situazioni soggettive.

In tal senso, il perimetro della giurisdizione del giudice amministrativo non può estendersi anche alle controversie in cui il potere amministrativo "venga in discussione in quanto esercitato dai soggetti all'Amministrazione legati da rapporto organico, cioè considerandosi il solo dato che il loro agire si è esplicato formalmente come espressione del potere amministrativo".

Il riferimento esplicito e chiaro alle forme dell'esercizio del potere in

Vi si oppone sia il fatto che il nuovo art. 124 c.p.a parla solo dell'azione di rivalsa introdotta dalla stazione appaltante verso l'operatore economico (e non parla d'altro), sia il considerare che difetterebbe, ancora una volta, quell'*esercizio del potere* di cui il medesimo aggiudicatario, chiamato a rispondere in via diretta del danno, non può essere neppure astrattamente titolare, in quanto soggetto di diritto privato.

L'aggiudicatario illegittimo, d'altra parte, compare nel processo amministrativo come controinteressato e non come parte resistente. Non è quindi semplice concepirlo come principale legittimato passivo delle domande avanzate dal ricorrente.

Per queste ragioni, si deve dunque ipotizzare che l'offerente pretermesso debba agire contro l'aggiudicatario davanti al giudice ordinario.

Questo assunto non si riduce solo a un problema di giurisdizione.

Con il giudice, viene a mutare l'intero regime di diritto sostanziale della pretesa fatta valere, perché davanti al giudice ordinario non si applica la disciplina dell'art. 30 c.p.a. Non si applica dunque il termine decadenziale di centoventi giorni per la proposizione della domanda risarcitoria autonoma[32]; l'attore non è tenuto a dimostrare di avere azionato tutti i mezzi di tutela possibili per ridurre l'ammontare del danno. A ben vedere, del resto, il giudice ordinario, che non ha il potere di annullare, non sarebbe neppure chiamato a disapplicare l'aggiudicazione. Anzi, proprio la permanenza degli effetti provvedimentali sarebbe causa diretta del danno[33].

Viene, in ogni caso, a emergere un doppio binario di tutela per l'offerente illegittimamente pretermesso.

A suo arbitrio, egli potrà rivolgersi al giudice amministrativo, per chiedere preliminarmente l'annullamento dell'aggiudicazione, dichiarando di essere disponibile a subentrare nell'appalto, introducendo un'eventuale domanda risarcitoria per equivalente nei prescritti termini degli artt. 30 e 120 c.p.a. e avendo cura di rispettare gli speciali oneri di diligenza che escludono il suo concorso nel danno. Il tutto in un processo caratterizzato da una fase istruttoria che la disciplina vigente regola in modo, ancor oggi, embrionale.

Diversamente, quel medesimo offerente pretermesso potrà disinteressarsi degli effetti dell'aggiudicazione e, lasciando che gli stessi rimangano inattaccati, potrà agire in sede civile contro l'aggiudicatario illegittimo nel termine prescrizionale di cinque anni, limitandosi a rispettare l'art. 1227 c.c. nel suo contenuto ordinario e godendo di una fase istruttoria certamente più definita, il cui valore, in materia risarcitoria, è ben evidente, sia che si tratti di determinare l'*an*, sia che si tratti di determinare il *quantum*.

Questa seconda forma di tutela risulta davvero incoraggiante e forse proprio a questo tende, sia pure senza dichiararlo, il recepimento dell'azione di rivalsa: a portare il contenzioso in materia di appalti fuori

quanto poste in essere da "pubbliche amministrazioni" evidenzia come "soggettivamente la controversia esige che una delle parti sia la pubblica amministrazione e l'altra il soggetto che faccia la questione sull'interesse legittimo o sul diritto soggettivo".

[32] È opportuno rammentare che, ai fini della notificazione del ricorso con cui si faccia valere una domanda risarcitoria autonoma, non vale il dimezzamento dei termini previsto dall'art. 120, comma 2, c.p.a., perché esso si applica alle sole domande costitutive di annullamento.

[33] La tesi fu sostenuta da chi scrive anche per contestare la fondatezza della c.d. *pregiudiziale amministrativa*, in epoca anteriore all'emanazione del codice di rito. Ci si permette, così, di rinviare a F. Volpe, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 388 s.

persino dallo stesso processo amministrativo, una volta che ci si sia assicurati che gli effetti dell'aggiudicazione rimangano impregiudicati e che non si aggiungano oneri patrimoniali in capo all'ente pubblico[34].

7. Giurisdizione e limiti dell'azione di regresso dell'aggiudicatario illegittimo nei confronti della stazione appaltante. Conseguenze della doverosità dell'autoannullamento dell'aggiudicazione riconosciuta illegittima dal giudice ordinario nell'azione risarcitoria intentata dall'offerente pretermesso verso l'aggiudicatario.

Anche quest'ultima salvaguardia della stazione appaltante viene, infatti, concretamente a imporsi.

Invero, se la fattispecie dovesse essere inquadrata nell'art. 2055 c.c. (anziché nell'art. 1950[35]), si dovrebbe considerare anche la prospettiva che l'aggiudicatario, il quale abbia sostenuto in sede civilistica l'onere del risarcimento, possa agire lui stesso in regresso contro la stazione appaltante, nei limiti della quota di responsabilità di quest'ultima.

Quest'azione di regresso dell'operatore economico sulla stazione appaltante apparterrebbe alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, perché la responsabilità della stazione dipende dall'aggiudicazione illegittima che essa stessa ha emanato. Ivi, non si potrebbe negare che il potere sia stato esercitato.

Tanto stabilito, una volta fatto valere il regresso sulla stazione appaltante davanti al giudice speciale, potrebbe essere contestato, in primo luogo, che la sentenza del giudice ordinario, pronunciata *inter alios*, non farebbe stato, secondo quanto previsto dall'art. 1306 c.c., e potrebbe, tra le altre cose, essere revocata in dubbio la stessa illegittimità dell'aggiudicazione già fatta oggetto di accertamento incidentale, e senza copertura di giudicato, da parte del giudice ordinario.

In ogni caso, la medesima stazione appaltante potrebbe riflettere sull'operatore economico le eccezioni personali che avrebbe potuto opporre se l'offerente si fosse rivolto direttamente contro di lei. E quindi potrebbe opporre sia l'eccezione sul termine decadenziale (nel frattempo inevitabilmente scaduto), sia l'eccezione relativa all'art. 1227 c.c. *aggravato*, quale recepito dall'art. 30 c.p.a. E, proprio per l'ipotesi as-

[34] Peraltro, si prospetterebbe, così, l'ipotesi che rimanga in essere una aggiudicazione illegittima, a favore di soggetto che non avrebbe potuto beneficiarne, in contrasto con i principi ispiratori sostenuti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di ricorsi (introduttivo e incidentale) reciprocamente escludenti (CGUE, 4 luglio 2013, in C-100/12; CGUE, 5 aprile 2016, in C- 689/13; CUGE, 10 maggio 2017, inC- 131/16; CGUE 5 settembre 2019, in C-333/18. Il problema del carattere obiettivo del giudizio amministrativo in materia di appalti, quale suggerito da siffatta giurisprudenza sovranazionale (sul punto, v. F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *giustiziainsieme.it*, 2020., verrebbe, in tal modo *eluso*, trasferendo la decisione sostanziale della controversia dal giudice amministrativo al giudice ordinario.

[35] L'ipotesi che la rivalsa presupponga un regresso integrale della stazione appaltante sull'aggiudicatario illegittimo non merita neppure di essere presa in considerazione, al fine di dimostrare la neutralità dell'autorità amministrativa al processo, perché proprio l'integralità del regresso la implica.

sunta, quest'ultima eccezione si rivelerebbe verosimilmente fondata, perché il danneggiato che avesse agito per il risarcimento del danno contro l'aggiudicatario illegittimo mai avrebbe potuto chiedere al giudice ordinario, al quale si è rivolto, l'annullamento dell'aggiudicazione stessa.

In concreto, mentre la responsabilità solidale della stazione appaltante è assistita da regresso sull'operatore economico, la responsabilità economica dell'operatore economico, invece, non è assistita da un effettivo regresso sulla stazione appaltante.

La stessa irrilevanza della condanna civile dell'operatore economico dovrebbe confermarsi anche quanto alle sorti del provvedimento di aggiudicazione ancorché il medesimo provvedimento debba essere dichiarato illegittimo (sia pure *incidenter tantum* e senza conseguenze disapplicative) dal giudice ordinario per accogliere la domanda risarcitoria avanzata dall'offerente pretermesso contro l'aggiudicatario illegittimo, sì da generare ulteriori e indiretti effetti conformativi circa il dovere di autoannullamento da parte dell'autorità amministrativa[36].

A tal riguardo, quando pure questo problema si dovesse prospettare in concreto, l'appalto, molto probabilmente, sarebbe già stato eseguito. Quell'autoannullamento non sortirebbe così alcuna conseguenza di fatto. Esso, anzi, potrebbe addirittura costituire, forse, l'occasione per pretendere dall'aggiudicatario illegittimo la restituzione dell'importo equivalente alla differenza tra i compensi corrisposti e la minor somma *inter expensum et melioratum*, perché – caduta l'aggiudicazione e, eventualmente, caduti insieme anche gli effetti del contratto – l'aggiudicatario risulterebbe aver agito *sine titulo* e a lui non resterebbe che invocare, a ristoro della sua prestazione, l'art. 2041 c.c.

In conclusione, se l'azione di rivalsa rafforza la *neutralità* delle stazioni appaltanti rispetto al contenzioso in materia di appalti, essa comporta anche un significativo trasferimento delle responsabilità in capo all'aggiudicatario illegittimo.

D'ora in poi, pertanto, le ditte dovranno essere molto caute nel costruire le proprie offerte in gara.

[36] L'esistenza di tale figura sembra essere sopravvissuta all'art 21-*nonies*, legge 7 agosto 1990, n. 241 anche nelle enunciazioni della giurisprudenza. Così, Cons. di Stato, V, 7 gennaio 2019, n. 130: "In taluni casi però, l'annullamento d'ufficio ha carattere doveroso, nel senso che può essere attivato a fronte di mero vizio di legittimità del provvedimento di primo grado, senza il concorso della sussistenza attuale di un interesse pubblico ulteriore rispetto al mero ripristino della legalità violata: la causa esaminata era per il Tar uno di questi, il caso dell'esecuzione di una decisione del giudice ordinario passata in giudicato che avesse ritenuto illegittimo un atto amministrativo". Tra gli autori recenti sembra contestare la figura 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)*, in *federalismi.it.*, 2017, 6, alla nota n. 11.