issn 2974-9999

GIUSTIZIA INSIEME 2

Rivista quadrimestrale online maggio-agosto 2024

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

La giurisprudenza amministrativa annotata di Giustizia Insieme (primo semestre 2024)

a cura di
Fabio Francario e Maria Alessandra Sandulli

Con i contributi di

Giacomo Biasutti, Andrea Crismani, Carmine Filicetti, Roberto Fusco, Marco Magri, Enrico Zampetti, Enrico Roveroni, Clara Silvano, Nicolò Simeoni, Francesco Volpe, Federica Campolo, Cristina Fragomeni, Silia Gardini, Clara Napolitano, Rocco Parisi, Ippolito Piazza, Ludovico Di Benedetto, Luca Gili, Edgardo Marco Bartolazzi Menchetti, Maria Grazia Della Scala, Gianluigi Delle Cave, Michele Ricciardo Calderaro, Ilaria Genuessi, Antonietta Lupo, Saul Monzani, Giuseppe Tropea, Fabio Francario, Stefania Caggegi, Fortunato Gambardella, Francesco Goisis, Giuseppina Mari, Renato Rolli, Martina Maggiolini, Maria Baldari, Francesco Di Iorio, Carolina Cappabianca, Sveva Speranza, Maria Francesca Tropea

Pacini Giuridica

Direttrice scientifica
Paola Filippi

Vice direttore scientifico
Costantino De Robbio

Direttore responsabile
Marcello Basilico

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

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

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

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

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

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

Coordinatrice di redazione: Margherita Occhilupo

Webmaster: Chiara Bicchielli

I fascicoli quadrimestrali sono pubblicati a cura di

Pacini Editore
Via A. Gherardesca
56121 Ospedaletto (Pisa)

Indice

I. Processo amministrativo

1. Presupposti dell'azione nei ricorsi avverso i codici di comportamento dei dipendenti pubblici: le diverse modalità di tutela degli interessi diffusi (nota a T.A.R. Lazio, Roma, sez. IV-*ter*, 27 ottobre 2023, n. 15978) *di Giacomo Biasutti* ..... » 107

2. Il *risiko* dei termini e ambiguità sulla disciplina del reclamo avverso gli atti del commissario *ad acta* nel rito del silenzio (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 8 gennaio 2024, n. 254) *di Andrea Crismani* ..... » 123

3. Ammissibilità in appello dei mezzi di prova "sopravvenuti". Il principio dispositivo con metodo acquisitivo e il divieto di nova in appello (nota a Cons. di Stato, Sez. II, 26 gennaio 2024, n. 845) *di Carmine Filicetti* ..... » 135

4. Notificazione per pubblici proclami e integrità del contraddittorio nel processo amministrativo (commento a Cons. di Stato, Sez. VII, 12 febbraio 2024, n. 1414) *di Roberto Fusco* ..... » 143

5. È ammissibile la "prova confidenziale" nel processo amministrativo? (nota a Cons. Stato, decreto 10 novembre 2023, n. 1354) *di Marco Magri* ..... » 155

6. Motivazione "apparente" della sentenza e controllo giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa (nota a Consiglio di Stato, Sez. III, 16 novembre 2023, n. 9824) *di Marco Magri e Enrico Zampetti* ..... » 163

7. Gli effetti delle "valutazioni" di merito e delle prove raccolte in un giudizio successivamente definito in rito per inammissibilità del ricorso (Nota a Consiglio di Stato, sentenza n. 8466 del 22 settembre 2023) *di Enrico Roveroni* ..... » 177

8. 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) *di Clara Silvano* ..... » 187

9. Brevi note in tema di giudicato esterno nel processo amministrativo. A proposito della sentenza Cons. St., Sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754 *di Nicolò Simeoni* ..... » 199

10. Un marziano a spasso per il processo amministrativo (*divertissement* sul non-processo) *di Francesco Volpe* ..... » 207

II. Edilizia e urbanistica

1. Alcuni chiarimenti in merito all'autotutela doverosa di cui all'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*, l. n. 241 del 1990 (nota a Cons. Stato, Sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415) *di Federica Campolo* ..... » 215

2. La sanzione per l'inottemperanza all'ordine di demolizione (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 11 ottobre 2023, n. 16) *di Cristina Fragomeni* ..... » 227

3. 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) *di Silia Gardini* ..... » 243

4. Abusi edilizi e autotutela: l'onere della prova in capo al privato. Nota a Cons. Stato, II, 1° febbraio 2024, n. 1016 *di Clara Napolitano* ..... » 253

5. Profili applicativi della fiscalizzazione degli abusi edilizi. Nota a Consiglio di Stato, Sez. II, 25 ottobre 2023, n. 9243 *di Rocco Parisi*..... » 265

6. Dissenso dei condòmini, legittimità urbanistica e controlli dell'amministrazione – un ritorno alla tutela civilistica dei terzi (nota a CGARS, sez. giurisdizionale, 5 giugno 2023, n. 392) *di Ippolito Piazza*..... » 279

III. Atto e procedimento amministrativo

1. Integrazione postuma della motivazione ed esaurimento della discrezionalità (nota alla sentenza n. 361 del 26.1.2024 del TAR Sicilia - Catania, IV sezione) *di Ludovico Di Benedetto* ..... » 289

2. Sillogismi, inferenze e illogicità argomentative, nella prospettiva di sviluppo della discrezionalità tecnica nell'epoca dell'intelligenza artificiale. Nota a T.A.R. Lazio, sez. Quarta Ter, Ordinanza 27 luglio 2023, n. 4567 *di Luca Gili e Edgardo Marco Bartolazzi Menchetti* ..... » 303

IV. Beni culturali e paesaggistici

1. Diniego di autorizzazione all'esportazione dell'opera d'arte e procedimento dichiarativo dell'interesse culturale. Valutazioni tecnico-discrezionali e limiti del sindacato giurisdizionale (Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2023 n. 11204) *di Maria Grazia Della Scala* ..... » 315

2. Note minime in tema di soggetti legittimati a richiedere l'autorizzazione paesaggistica (nota a T.A.R. Basilicata, sez. I, 01 febbraio 2024, n. 56) *di Gianluigi Delle Cave*..... » 329

3. Chi trova un bene culturale trova un tesoro. Note a margine di una recente pronuncia del Consiglio di Stato *di Silia Gardini* ..... » 343

4. I beni culturali, il patrimonio immateriale ed i vincoli di destinazione d'uso (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 luglio 2023, n. 6752) *di Michele Ricciardo Calderaro* ..... » 351

V. Ambiente

1. Riflessioni a proposito della valutazione ambientale strategica: autorità coinvolte e autonoma impugnabilità della determinazione di assoggettamento a V.A.S. (Nota a T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 12 gennaio 2024, n. 52) *di Ilaria Genuessi* ..... » 367

2. Verso la positivizzazione di un nuovo diritto umano al clima stabile e sicuro? Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte CEDU del 9 aprile 20241 *di Antonietta Lupo* ..... » 379

3. Gli impianti "minimi" nel servizio di gestione integrata dei rifiuti. Tutela dell'ambiente e promozione della concorrenza tra potere di direttiva dello Stato, pianificazione regionale e regolazione di ARERA (nota a Cons. St., sez. II, 12 dicembre 2023, n. 10734) *di Saul Monzani* ..... » 385

4. Il cigno verde e la separazione dei poteri (nota a sentenza Tribunale civile di Roma sez. II, causa n. 39415 del 2021) *di Giuseppe Tropea* ..... » 401

VI. Ordinamento giudiziario

1. La partecipazione dei magistrati addetti alla Segreteria del CSM alle procedure di nomina per il conferimento di uffici direttivi e il paradosso del divieto rovesciato (nota a Tar Lazio, 18 marzo 2024, n. 5355) *di Fabio Francario* ..... » 413

VII. Contratti pubblici

1. Il potere del RUP di determinare l'esclusione dalle procedure di gara nel vecchio Codice 2016 e la nuova impostazione del D.Lgs. n. 36/2023. Nota a Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2024, n. 353 *di Stefania Caggegi* ..... » 425

2. 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 *di Fortunato Gambardella* ..... » 435

3. Il collegio consultivo tecnico e la sua veste arbitrale: profili sostanziali e di tutela giurisdizionale *di Francesco Goisis* ..... » 445

VIII. Demanio

1. Demanio costiero e uso generale: la "scarsità della risorsa naturale" (nota a TAR Puglia, Lecce, nn. 1223 e 1224 del 2023) *di Giuseppina Mari* ..... » 465

IX. Interdittiva antimafia

1. Cause di esclusione non più escludenti - Continuità del possesso dei requisiti, informazione interdittiva antimafia e controllo giudiziario (nota a sentenza Consiglio di Stato, V sez. n. 8481 del 2023) *di Renato Rolli e Martina Maggiolini* .. » 491

2. Atomo scisso e silenzio prefettizio: tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario (nota a TAR Reggio Calabria, 25 gennaio 2024, n. 68) *di Renato Rolli e Martina Maggiolini* ..... » 497

X. Sanzioni amministrative

1. La CGUE ribadisce la necessità del "coordinamento" tra i procedimenti ai fini della deroga al *ne bis in idem* anche per le sanzioni sostanzialmente penali (Nota a CGUE, sentenza 14 settembre 2023, causa C-27/22) *di Maria Baldari* ..... » 503

2. La responsabilità dell'*hosting provider* nella vendita *on line* di biglietti sui mercati secondari (nota a Sentenza Consiglio di Stato, Sez. VI, 05/12/2023, n. 10510) *di Francesco Di Iorio* ..... » 517

XI. Straniero e immigrazione

1. 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) *di Carolina Cappabianca e Sveva Speranza* ..... » 529

XII. Energia

1. Gli incerti confini della discrezionalità del legislatore nazionale in materia di incentivi alle rinnovabili: dubbio di compatibilità tra il meccanismo "a due vie" e il diritto europeo (nota a Consiglio di Stato, Sez. II, ordinanza 30 gennaio 2024, n. 926) *di Maria Francesca Tropea* ..... » 541

Presentazione del fascicolo

Il presente fascicolo raccoglie le pronunce del giudice amministrativo selezionate e commentate dal Comitato di redazione della sezione "Diritto e processo amministrativo" della rivista Giustizia Insieme nel primo semestre 2024.

Tutti i contributi sono stati previamente sottoposti a referaggio.

Il curatore e la curatrice del volume
Fabio Francario e Maria Alessandra Sandulli

I.
Processo amministrativo

1. Presupposti dell'azione nei ricorsi avverso i codici di comportamento dei dipendenti pubblici: le diverse modalità di tutela degli interessi diffusi (nota a T.A.R. Lazio, Roma, sez. IV-*ter*, 27 ottobre 2023, n. 15978)

Sommario: 1. L'oggetto del contendere e le doglianze formulate nel ricorso. – **2.** La decisione del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio. – **3.** Sulla natura del Codice (o meglio, dei codici) di comportamento dei pubblici dipendenti. – **4.** Regolamenti, volizioni preliminari, interesse ad agire. – **5.** Alcuni spunti ricostruttivi sull'interesse all'impugnazione dei regolamenti ad opera delle associazioni di categoria. – **6.** Conclusioni.

1. L'oggetto del contendere e le doglianze formulate nel ricorso.

La Federazione Lavoratori della Conoscenza – CGIL impugnava avanti al T.A.R. per il Lazio[1] il decreto del Presidente della Repubblica n. 81 del 13 giugno 2023 recante modifiche al Codice di comportamento dei dipendenti pubblici[2]. Nello specifico, l'oggetto del gravame erano gli art. 11-*bis* e 11-*ter* introdotti con il rimaneggiamento,

[1] Come noto, il Tribunale Amministrativo Regionale capitolino ha competenza quanto al sindacato degli atti amministrativi che producono i propri effetti sull'intero territorio statale ai sensi dell'art. 13 c.p.a. Cfr. C. Guacci, *La competenza nel processo amministrativo*, Torino, 2018 e M.M. Fracanzani, *La competenza per territorio, materia e grado del giudice amministrativo. Il regolamento di competenza*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Milano, 2014, 245 ss., nonché, quanto ai profili strutturali dell'assetto di competenze, Corte costituzionale, 18 giugno 2007, n. 237, con commento di F. De Leonardis, *La Corte costituzionale accresce la competenza territoriale del Tar Lazio: verso un nuovo giudice centrale dell'emergenza?*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2008, 476 ss.

[2] Regolamento adottato, giusta d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, a norma dell'art. 54 del d.lgs. n. 165/2001, c.d. Testo unico sul pubblico impiego. Per un inquadramento generale su detto regolamento si veda S. Cimini – C. Bozzi, *L'evoluzione del codice di comportamento dei pubblici dipendenti e l'incerta valenza delle sue violazioni*, in *AmbienteDiritto*, IV, 2021, oltre a R. Caridà, *Codice di comportamento dei dipendenti pubblici e principi costituzionali*, in *Federalismi.it*, XXV, 2016; B.G. Mattarella, *Le nuove regole di comportamento dei pubblici funzionari, Relazione al IX Convegno di studi amministrativi di Varenna, 19-21 settembre 2013*, in *Astrid online*, 2014; F. Merloni, *Codici di Comportamento*, in Aa.Vv., *Libro dell'anno del Diritto*, Roma, 2014, Aa.Vv., *Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2005; C. Gegoratti – R. Nunin, *I codici di comportamento*, in F. Carinci – L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004 e E. Carloni, *Ruolo e natura dei c.d. "codici etici" delle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto Pubblico*, I, 2002.

afferenti, il primo, all'utilizzo delle tecnologie informatiche, il secondo, alla fruizione dei c.d. *social media* da parte dei pubblici dipendenti[3].

I motivi di ricorso risultavano piuttosto variegati: si contestava l'omessa considerazione delle osservazioni rassegnate dal Consiglio di Stato in sede di parere obbligatorio preliminare sugli atti regolamentari[4], l'omessa tipizzazione delle condotte individuate dal regolamento ai fini dell'ascrizione della responsabilità disciplinare e, infine, il contrasto delle norme regolamentari con i principi costituzionali generali afferenti alla libera espressione del pensiero[5]. In altri termini, sotto il profilo sostanziale, ad essere contestata era la possibilità che il regolamento generale garantisse margini di discrezionalità – in tesi eccessivamente ampi – in favore delle pubbliche amministrazioni nella definizione concreta delle ipotesi di illecito disciplinare, quasi a formare una sorta di norma – potenzialmente – afflittiva c.d. in bianco[6].

2. La decisione del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio.

Nel prendere le mosse alla soluzione della questione giuridica ora sinteticamente individuata, il T.A.R. per il Lazio premette l'inquadramento normativo dell'atto sottoposto alla propria attenzione. Si tratta, infatti, di un c.d. regolamento attuativo delegato[7] che

[3] Come si avrà meglio modo di specificare, l'idea di fondo di entrambe le disposizioni era quella di limitare l'utilizzo delle apparecchiature elettroniche pubbliche nella disponibilità del dipendente per i soli fini istituzionali, da un lato, e impedire che le opinioni espresse nell'"agorà digitale" dal dipendente risultassero riferibili alla – o comunque andassero in danno all'immagine della – pubblica amministrazione di appartenenza. Invero, le tematiche attinenti all'utilizzo degli strumenti digitali ad opera dei pubblici dipendenti sono salite da tempo all'onore delle cronache tanto che in diverse occasioni anche la dottrina, nell'incertezza applicativa delle regole disciplinari, aveva auspicato un intervento chiarificatore da parte del legislatore. Ad esempio, sul punto, si veda R, Panariello, *La pubblica amministrazione ai tempi della rete tra codice di comportamento, etica pubblica e "galateo social dei dipendenti": verso una nuova codificazione. Osservazioni e proposte*, in *Expact.unipg.it*. In linea più generale, in ogni caso, E. Carloni, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, II, 2013, aveva già al tempo dell'adozione dell'originario d.P.R. n. 62/2013 riconosciuto come i "*Codici di comportamento sin qui adottati ... non hanno giocato un ruolo significativo nella ricostruzione dell'etica del funzionario pubblico o nella riduzione dei fenomeni di corruzione, ma neppure, più semplicemente, nell'interiorizzazione di obblighi e valori inerenti all'esercizio di funzioni pubbliche*", 390, cit.

[4] Laddove l'art. 17 della legge n. 400/1988 prevede invece specificamente che i regolamenti vengano adottati con d.P.R. *sentito* il Consiglio di Stato.

[5] Nell'evidenza che detti principi generali dovessero trovare applicazione indistinta anche ai pubblici dipendenti in regime privatizzato – come sono coloro i quali soggiacciono al codice di comportamento oggetto del contendere. Cfr. V. Tenore, *La libertà di pensiero tra riconoscimento costituzionale e limiti impliciti ed espliciti: gli argini normativi e giurisprudenziali per giornalisti, dipendenti pubblici (e privati) e magistrati nell'uso dei social media*, in *Rivista Corte dei conti*, I, 2019.

[6] Tale espressione, utilizzata specialmente nell'ambito delle discipline penalistiche, indica quelle disposizioni che completano il proprio contenuto precettivo facendo riferimento ad altre fonti normative dell'ordinamento. Cfr. *ex multis*, D. Castronuovo, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, in *Questione giustizia*, IV, 2018; M. Papa, *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sulla principio della riserva di codice*, in *Diritto penale contemporaneo*, V, 2018, 129 ss.; L. Riscato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, in *Studium iuris*, I, 2005, 159 ss.; G. Fiandaca, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, V, Torino, 1991, 152 ss.; F. Palazzo, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cassazione penale*, I, 1987, 230 ss.; G. Amato, *Sufficienza e completezza della legge penale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, II, 1964, 494 ss., nonché in giurisprudenza, parimenti *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013 e C. cost., 30 gennaio 2009, n. 2.

[7] Tale essendo la categoria che ricomprende quei regolamenti che possono essere adottati per espressa previsione normativa al fine di dare concreta attuazione alle disposizioni di legge. In questi termini classifica proprio gli atti normativi adottati ai sensi dell'art. 17 *sub* lett. a), l. n. 400/1988, A. Romano Tassone, *Le normazione secondaria. I regolamenti*, in L. Mazzarolli – G.

ha l'obbiettivo di individuare in concreto gli obblighi minimi di diligenza, lealtà e, più in generale, buona condotta che debbono essere tenuti dai pubblici dipendenti[8]. Nondimeno, il Tribunale precisa immediatamente che questa "specificazione" delle condotte non esaurisce la definizione dei comportamenti rilevanti dal punto di vista disciplinare. Infatti, proprio l'art. 54, d.lgs. n. 165/2001 e lo stesso d.P.R. n. 62/2013, art. 1, comma 2, prevedono un vero e proprio obbligo per le singole amministrazioni di dotarsi di un ulteriore codice di comportamento interno che integri quello nazionale alla luce delle specificità di ogni singolo apparato burocratico. In altri termini, il codice nazionale di comportamento costituisce la base minima e indefettibile rispetto all'individuazione dei doveri di lealtà dei dipendenti[9] laddove le singole P.A. possono dettagliarne e "adeguarne" il contenuto in base alle rispettive esigenze. Con riguardo poi alle nuove tecnologie, l'inserimento di un articolato specifico è stato ritenuto dovuto, alla luce delle modifiche apportate dal d.l. n. 36/2022 all'art. 54 del T.U. pubblico impiego, ove si è inserito un comma 1-*bis*, a prevedere che i codici di comportamento contengano disposizioni precipue relative all'utilizzo degli strumenti informatici e dei mezzi di informazione[10].

Definita in questi termini l'architettura normativa, il T.A.R. trae le proprie conclusioni rispetto alla *res litigiosa*.

Anzitutto il d.P.R. viene definito solo un "*punto di partenza*" per le singole amministrazioni nella redazione dei propri codici di comportamento. La relativa integrazione ad opera delle P.A. non solo è consentita ma, anzi, è ritenuta obbligatoria siccome prescritta dal legislatore[11]. Anzi, seppur tale eventualità non fosse prefigurata nel 2013, le nuove forme di lavoro agile che si sono sviluppate successivamente alla pandemia Covid-19[12], renderebbero a dire del giudice

---

Pericu – A. Romano – F.A. Roversi Monaco – F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 202.

[8] E che sono, più in generale, espressione di quell'obbligo di fedeltà alla Nazione che è previsto in via generale già all'art. 54 della Costituzione, come sottolineato da B.G. Mattarella, *I doveri di comportamento dei dipendenti pubblici*, in F. Merloni – L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi,* Passigli, 2010. L'Autore, in particolare, mette in evidenza "*Un'ulteriore area di doveri dei funzionari pubblici*" che, nello specifico, "*attiene alla cura dell'immagine esterna dell'amministrazione. Questi doveri possono esplicarsi in regole inerenti ai rapporti con i cittadini, ai rapporti con la stampa e anche alla vita privata. La loro violazione può non essere sanzionata, ma può anche essere sanzionata pesantemente, come dimostrato dalla giurisprudenza della Corte dei conti in materia di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione*". È proprio in questa specifica sfera di doveri del pubblico funzionario che si concentrano le modifiche in ultimo operate al codice di comportamento dei pubblici dipendenti oggetto del contendere. In punto vedasi anche R. Rordorf, *L'art. 54 della Costituzione*, in *La magistratura*, 22 aprile 2022.

[9] In questi termini, peraltro, l'ANAC, con delibera n. 75/2013 di adozione delle *Linee guida in materia di codici di comportamento delle pubbliche amministrazioni (art. 54, comma 5, d.lgs. n. 165/2001)*, ha chiarito il rapporto tra regolamento nazionale di comportamento e codici di comportamento adottati dalle singole amministrazioni.

[10] Dacché, correlativamente, il T.A.R. ha ritenuto che le modifiche apportate al d.P.R. n. 62/2013 dal regolamento impugnato avessero il preciso scopo di dare attuazione a questa previsione di legge. Questa porzione del ragionamento costituisce già di per sé, come si vedrà, la radice della motivazione della sentenza in commento.

[11] In questi termini, infatti, si ritiene che l'individuazione di doveri "minimi" preluda necessariamente alla necessità di integrare gli stessi ad opera delle singole amministrazioni con ulteriori precisazioni contenutistiche rispetto alle condotte dei propri dipendenti.

[12] S. Cairoli, *Lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione entro ed oltre i confini dell'emergenza epidemiologica*, in *Lavoro, diritti, Europa*, I, 2021, sottolinea in particolare la necessità da parte del datore di lavoro pubblico di individuare ed indicare al lavoratore in maniera puntuale quelli che sono i contenuti della prestazione lavorativa resa da remoto. Questo, con il duplice obbiettivo di consentirne la produttività valutandone a valle i risultati e di mantenere una disciplina del rapporto che abbia requisiti di ragionevole certezza e obbiettività anche nell'eventualità di una contestazione di

ancor più necessario "conformare" le disposizioni generali alle modalità concrete di erogazione della prestazione lavorativa da parte dei pubblici dipendenti che utilizzano oggi le tecnologie informatiche per adempiere ai propri obblighi contrattuali.

Le prescrizioni di cui agli art. 11-*bis* e 11-*ter*, pertanto, forniscono un quadro generale che consenti di applicare anche ai nuovi mezzi utilizzati dai funzionari i generali principi di lealtà dei pubblici dipendenti all'ordinamento costituzionale. Proprio per tale ragione, le norme impugnate del novellato regolamento nazionale sono apparse al Tribunale di tale astrattezza e generalità da non poter essere considerate lesive in via diretta e immediata a danno della federazione sindacale ricorrente. Si tratterebbe, infatti, di una "volizione preliminare", ovverosia di un atto di carattere programmatico generale privo come tale di valenza precettiva diretta[13].

Proprio riferimento specifico agli artt. 11-*bis* e 11-*ter*, infatti, si è ritenuto applicabile proprio quel meccanismo di integrazione necessaria operante allorquando il regolamento individui dei referenti minimi che debbono essere tradotti per mano delle singole amministrazioni sulla base della relativa struttura organizzativa. La stessa modalità di redazione delle norme, infatti, invita la singola P.A. a individuare previsioni di dettaglio (ad esempio laddove si rinvia alle modalità di firma dei messaggi di posta elettronica stabiliti dall'amministrazione di appartenenza del dipendente o laddove si impone a quest'ultima l'adozione di una *social media policy*).

Di converso, allora, non trova accoglimento la prospettazione della ricorrente, la quale affermava che proprio la genericità della formulazione normativa finisse con l'essere veicolo di abusi da parte delle singole amministrazioni, le quali sarebbero a loro volta rimaste libere di determinare il contenuto dei propri regolamenti in materia[14] senza referenti precisi. Afferma, infatti, il T.A.R. che nemmeno in tale prospettazione il regolamento avrebbe potuto essere fonte di danno per i lavoratori – singoli o raccolti in categoria – bensì solo ed eventualmente il regolamento attuativo illegittimo[15], se non

possibili inadempimenti ad opera del lavoratore. Vedasi anche, sul tema, M. Alessi – M. L. Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. Bonardi – U. Carabelli – M. D'Onghia – L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, 2020, M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, Piacenza, 2020 e A. Pileggi (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, Roma, 2020.

[13] Il riferimento operato dalla pronuncia in commento è alla sentenza Cons. St., sez. III, 10 luglio 2020, n. 4464. Detta ultima decisione, a sua volta, fa riferimento a Cons. Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2005, n. 450 nel distinguere "*tra due categorie di atti regolamentari: da un lato, gli atti contenenti solo 'volizioni preliminari', cioè statuizioni di carattere generale, astratto e programmatorio, come tali non idonee a produrre una immediata incisione nella sfera giuridica dei destinatari; dall'altro, gli atti regolamentari denominati 'volizione – azione', i quali contengono, almeno in parte, previsioni destinate ad una immediata applicazione e quindi, come tali, capaci di produrre un immediato effetto lesivo nella sfera giuridica dei destinatari*". Cfr. E. Furno, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, II, 2017, nonché N. Lupo, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2003, 127 ss.

[14] In altri termini, l'associazione sindacale si doleva dell'assenza di referenti minimi per le P.A. circa i contenuti dei propri regolamenti di comportamento. In mancanza di tali limiti positivi e negativi, dunque, si sarebbe *ipso facto* avallato l'arbitrio delle amministrazioni locali.

[15] La pronuncia, in questa porzione motiva, segue pertanto lo schema che impone l'impugnazione del regolamento generale in uno con l'atto applicativo, ossia con quel provvedimento che, direttamente lesivo per la sfera giuridica soggettiva del destinatario, ne instilla l'interesse a ricorrere. Così chiarisce in particolare il rapporto tra atti presupposti e provvedimenti attuativi R. Bin - G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, Torino, 2012, pag.224. Vedasi anche sul punto, *ex multis*, G. Morbidelli, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione*

addirittura i singoli provvedimenti disciplinari. Ulteriormente, seppur in via implicita, il T.A.R. ha pure riscontrato l'assenza di alcuna disposizione che imponesse un maggiore dettaglio delle norme impugnate ad opera del regolamento nazionale[16].

Per tali ragioni quindi, il Tribunale Amministrativo Regionale, non ravvisando un interesse al ricorso della federazione dei lavoratori, ha dichiarato il ricorso inammissibile.

3. Sulla natura del Codice (o meglio, dei codici) di comportamento dei pubblici dipendenti.

Il primo profilo di interesse nell'esaminare la pronuncia in rito è costituito dalla qualifica data al Codice di comportamento nazionale dei pubblici dipendenti. Si è infatti visto che lo stesso viene adottato con decreto del Presidente della Repubblica, sulla base dell'art. 17, l. n. 400/1988. In quanto tale esso è definito essere di natura regolamentare[17]. Si è trattato di una novità di non poco momento laddove, seppur inizialmente vi fossero norme di comportamento del pari adottate con d.P.R. (ci si riferisce al decreto 10 gennaio 1957, n. 3, c.d. Testo unico degli impiegati civili dello Stato[18]), successivamente il c.d. codice Cassese[19] e il c.d. codice Bassanini[20] erano stati invece adottati con semplice decreto ministeriale (o decreto della Presidenza del Consiglio dei ministrai), il che ne rendeva incerta la natura[21].

Tuttavia, stante l'attuale formulazione dell'art. 54, d.lgs. n. 165/2001[22], la giurisprudenza ha alfine chiarito che i codici adottati con d.P.R. trovano la propria "*fonte e legittimazione in atti di normazione primaria*", risultando avere essi stessi natura normativa *sub specie* di regolamenti dell'esecutivo[23]. Come tali essi presentano quei requisiti di generalità e astrattezza, in uno con l'assenza di motivazione[24], tali da renderli non di-

amministrativa, in "Impugnazione" e "disapplicazione" dei regolamenti, in *Atti del convegno organizzato dall'ufficio studi e documentazioni del Consiglio di Stato e dall'Associazione studiosi del processo amministrativo(Roma, Palazzo Spada, 16 maggio 1997)*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, III, Torino, 1998, 28 ss.

[16] Poiché, in caso contrario, evidentemente si sarebbe del pari potuta postulare l'illegittimità del regolamento perché avrebbe omesso la disciplina minima imposta dalla legge.

[17] Vedasi C. Benussi, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici ha ora natura regolamentare* in *Diritto penale contemporaneo*, 18 giugno 2013.

[18] Nello specifico, ci si riferisce al relativo art. 13.

[19] D.m. 31 marzo 1994, adottato in specifica applicazione dell'art. 58-*bis*, d.lgs. n. 29/1993, il quale, a sua volta, all'art. 58-bis consentiva alla Presidenza del Consiglio dei ministri l'adozione di un codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, "*anche in relazione alle necessarie misure organizzative da adottare al fine di assicurare la qualità dei servizi che le dette amministrazioni rendono ai cittadini*".

[20] D.P.C.m. 28 novembre 2000.

[21] Con riferimento a questi ultimi, vedasi l'analisi critica operata da E. Carloni, *Ruolo e natura dei c.d. "codici etici" delle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto pubblico*, I, 2002, 319 ss., il quale concludeva per la natura cogente quale fonte normativa comportamentale dei codici di comportamento per i dipendenti pubblici. Ancor prima, vedasi pure B.G. Mattarella, *I codici di comportamento*, in *Rivista giuridica del lavoro*, I, 1996, 275 ss.

[22] Esitante dalla riscrittura dell'articolo operata dalla c.d. legge anticorruzione, l. n. 190/2012.

[23] Così, in ultimo, Corte di Cassazione civile, sez. IV-lavoro, 9 maggio 2018, n. 11160. La pronuncia risulta inoltre di particolare interesse laddove stabilisce un principio di stretta specialità tra i diversi codici di comportamento adottati con decreto del Presidente della Repubblica – dunque formalmente equiordinati nella gerarchia delle fonti di diritto. In tali casi gli Ermellini hanno affermato sussistere un principio di prevalenza della regola etica speciale a prescindere dalla eventuale precedenza cronologica del codice settoriale rispetto a quello nazionale del 2013.

[24] In applicazione dell'eccezione generalizzata di cui all'art. 3, l. n. 241/1990, come sottolineato da C. Deodato, *La motivazione della legge. Brevi considerazioni sui contenuti della motivazione degli atti normativi del Governo e sulla previsione della sua*

rettamente operanti ma da applicarsi invece attraverso atti attuativi – nella specie, provvedimenti disciplinari ove si tratti di violazione dei principi etici dei codici di comportamento ovvero ulteriori codici attuativi. Seguendo inoltre i referenti di cui all'Adunanza Plenaria 4 maggio 2012, n. 9, è invero agevole constatare che, nel caso di specie, le disposizioni regolamentari contengono la predefinizione astratta della disciplina di un numero di casi indefinito e non determinato nel tempo di procedimenti ed ipotesi disciplinari. Si tratta, dunque, anche dal punto di vista strutturale e sostanziale di prescrizioni generali e astratte, destinate a trovare applicazione indefinite volte, e per di più i relativi destinatari non sono individuabili né *a priori* né *a posteriori*.

Ciò implica un duplice livello di conseguenze in punto di tutela giurisdizionale. Da un lato, il regolamento di cui al d.P.R. n. 62/2013 non è atto di per sé autonomamente lesivo, donde impugnabile dal dipendente *uti singuli*. Dall'altro, esso è sindacabile nei modi con i quali si contesta la legittimità dei provvedimenti amministrativi con l'ulteriore conseguenza che lo stesso è sottratto al sindacato di costituzionalità in ragione della natura sua propria[25]. Esso, infatti, pur avendo funzione normativa, è atto formalmente e sostanzialmente amministrativo. Semmai, con riferimento a tale secondo profilo, è possibile un sindacato indiretto del regolamento, nella misura in cui questo presenti dei vizi che gli sono derivati dalla legge autorizzativa alla sua emanazione – ma questo è sindacato ben debole in molti casi, poiché le ipotesi di illegittimità si concentrano invece nelle modalità attuative minute che esulano (o meglio, specificano) delle disposizioni di legge giocoforza "imprecise"[26].

Dal combinato disposto di tali elementi si deduce che questa tipologia di provvedimenti amministrativi risulterà impugnabile avanti al giudice amministrativo e, salvo casi particolari, solo quale atto presupposto di un provvedimento concretamente lesivo[27]. Deriva, pertanto, già da tale preliminare inquadramento, la regola generale di non impugnabilità del codice di comportamento nazionale che troverebbe eccezione solamente ove quest'ultimo fosse direttamente lesivo – ad esempio nel caso in cui ammettesse sanzione disciplinare su di un ambito della vita del lavoratore che invece dovrebbe essere sottratta al potere di controllo datoriale. Si tratta tuttavia di ipotesi, se non di

obbligatorietà, in *Federalismi.it*, XXII, 2014, ove l'Autore afferma peraltro come gli atti normativi si giustificano di per sé nella misura in cui sono espressione della volontà democratica dell'organo rappresentativo – dunque investito della funzione attraverso il mandato popolare – che li emana. Vedasi anche sul tema V. Crisafulli, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, I, 1937, pag. 415 e ss., nonché A. Romano Tassone, *Sulla c.d. "funzione democratica" della motivazione degli atti dei pubblici poteri*, in A. Ruggieri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994.

[25] In punto corre utile il riferimento a M. Massa, *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale: i regolamenti dell'esecutivo*, in *Astrid online*, ove in particolare l'Autore richiama il fatto che la decisione di non sottoporre i regolamenti dell'esecutivo al sindacato giurisdizionale fu ben consapevole, ricordando in particolare il pensiero di P. Calamandrei che si volle espressamente distaccare dal modello di giustizia costituzionale austriaca, nel quale, invece, i regolamenti erano espressamente impugnabili avanti alla Corte costituzionale.

[26] È questa, infatti, come si è visto la forma strutturale di redazione delle c.d. norma in bianco.

[27] Come sottolineato, tra gli altri, da E. Carloni, *op. cit.*, infatti, la natura normativa e cogente del regolamento di comportamento fa sì che quest'ultimo non possa essere disapplicato dall'amministrazione, costituendo di contro un atto per la stessa pienamente vincolante. In questi termini, dunque, esso deve considerarsi atto presupposto alla sanzione disciplinare e, dunque, esso dovrebbe essere impugnato a pena di inammissibilità della contestazione della sanzione medesima.

scuola, quantomeno piuttosto rare[28]. Ciò si converte, in definitiva, non già in un vuoto di tutela, ma nel fatto che il singolo dipendente pubblico risulti sollevato dall'onere di impugnazione immediata del regolamento, siccome non lesivo[29].

Diversa questione, invece, attiene alla qualificazione dei codici di comportamento delle singole amministrazioni che, come visto, sono a dire del T.A.R. Lazio espressamente tenute ad integrare i contenuti del d.P.R. n. 62/2013 pur non essendo ammantate di un potere regolatorio generale come quello del Governo.

Ebbene, anche il codice etico interno della singola amministrazione presenta indubbi caratteri di astrattezza, pur mancando quelli di generalità in senso lato[30] – essendo il provvedimento destinato alla collettività individuata costituita dai dipendenti della singola P.A. Dunque, in buona sostanza, i principi affermati dalla sentenza in commento troveranno applicazione anche in questi casi, ritenendosi regola generale quella dell'assenza di onere di immediata impugnazione dei provvedimenti generali ad opera dei singoli salvo il caso di diretta lesione ad opera degli stessi di interessi meritevoli di tutela[31].

Nondimeno, vi è un ulteriore aspetto dei codici adottati "a valle" che merita essere posto in luce, ossia il delicato rapporto che vi è per questi ultimi tra componente effettivamente disciplinare (in quanto normativa rispetto a comportamenti dei dipendenti) e le disposizioni che invece attengono più propriamente all'organizzazione degli uffici. Come sottolineato dalla giurisprudenza[32], infatti, ove le previsioni trascendano le norme comportamentali, esse non hanno più a referente il d.P.R. n. 62/2013 e le disposizioni allo stesso presupposte[33], bensì

[28] Ad esempio, ci si riferisce alla caso in cui dall'applicazione del regolamento derivino automatismi procedimentali che rendano vincolata l'attività amministrativa a valle, come sottolineato da Cons. St., sez. IV, 13 febbraio 2020, n. 1159. Vedasi anche, con riferimento alla metodica giurisdizionale dell'impugnabilità congiunta del regolamento con i singoli atti che ne facciano applicazione, Cons. St., sez. V, 7 ottobre 2016, n. 4130, 6 maggio 2015, n. 2260, e sez. VI, 29 marzo 1996, n. 512

[29] Così si realizza una sintesi tra quel principio di effettività della tutela che è cardine del sistema processuale amministrativo a partire dai principi stabiliti nel d.lgs. n. 104/2010, come sottolineato da G.P. Cirillo, *I principi generali del processo amministrativo*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Milano, 2014, 15 ss., ed un principio di economicità ed efficienza della funzione giurisdizionale che vuole evitare l'inutile esercizio della giurisdizione laddove non vi sia una lesione effettiva della posizione giuridica soggettiva del cittadino. Vedasi in punto anche M. Comoglio, *Il principio di economia processuale*, Padova, 1982 e, con specifico riferimento alla dottrina amministrativistica, G. Virga, *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 1993, 507 ss.; L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 1998, 299 ss.; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2000, in specie 225 e R. Giovagnoli, *Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo, Relazione al convegno "Giustizia amministrativa e 182 crisi economica", Roma, 25-26 settembre 2013*, in *Giustamm.it*, IX, 2013.

[30] Cfr. S. Neri, *Il rilievo giuridico dei codici di comportamento nel settore pubblico in relazione alle varie forme di responsabilità dei pubblici funzionari*, in *Amministrazione in cammino*, 18 ottobre 2016. In particolare, l'Autore sottolinea come la codificazione delle norme comportamentali abbia riportato la valutazione disciplinare dei dipendenti delle P.A. nell'alveo del diritto pubblico. Tale pensiero, peraltro, riprende quanto affermato da B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, II, 2013, 123 ss.

[31] Nondimeno, si può però ulteriormente specificare che i codici delle singole amministrazioni, precisando le previsioni del d.P.R. n. 62/2013, verosimilmente verteranno con più frequenza in ipotesi ove potenzialmente potrebbero generarsi delle lesioni dirette, ad esempio laddove si limitino diritti sindacali o si impongano adempimenti puntuali ai dipendenti imponendo agli stessi aggravi di oneri nell'espletamento della prestazione lavorativa.

[32] Cfr. T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, sez. II-*quater*, 10 agosto 2017, n. 9289.

[33] Ossia, in altri termini, un eventuale sindacato sul codice non riguarda il rispetto dei limiti della discrezionalità concessa alla

si rapportano direttamente con le norme dell'ordinamento nel rispetto del principio di legalità sostanziale[34]. Pertanto, sulla base di questa distinzione, a valle, la singola previsione del codice etico adottato da ogni amministrazione potrà trovare censura, alternativamente, per violazione di legge ove attenente all'organizzazione, ovvero per eccesso di potere qualora si ritenga invece vi sia stato cattivo uso della discrezionalità residua in capo alla P.A. in attuazione del regolamento nazionale. Tanto, però, evidentemente a patto di ammettere che detti codici per così dire "derivati" possano effettivamente disciplinare anche aspetti organizzativi: diversamente, il solo fatto che vi siano norme di tal foggia contenute negli stessi li renderebbe *ipso facto* illegittimi[35]. Invero, pur non recando una disposizione precisa in tal senso, l'art. 54, d.lgs. n. 165/2001, pare preludere alla possibilità che le norme del regolamento di comportamento incidano in via indiretta sull'organizzazione del lavoro dei dipendenti pubblici[36]: basti pensare, in tal senso e proprio in relazione all'oggetto specifico della pronuncia in commento, alla circostanza per cui il relativo comma 1-*bis*, stabilisce che il regolamento debba prescrivere le modalità di utilizzo delle risorse tecnologiche ed informatiche[37]. Diversamente opinando, peraltro, si finirebbe con il depotenziare eccessivamente la portata conformativa dei comportamenti dei dipendenti pubblici propria dei codici di condotta, che sta alla base di quell'obbiettivo di lotta alla corruzione che ha portato alla relativa adozione[38].

Insomma, se da un lato le regole circa l'interesse al ricorso sembrano chiare con riguardo ai codici di condotta, occorre tuttavia prestare particolare attenzione alle tipologie di norme negli stessi inserite poiché queste ultime non solo determinano il momento dell'insorgere dell'onere di impugnazione, ma individuano pure il referente di legittimità con il quale la disposizione censurata si rapporta.

4. Regolamenti, volizioni preliminari, interesse ad agire.

Ulteriore interesse muove il termine utilizzato dal T.A.R. per il Lazio nel definire il codice nazionale di comportamento: volizione preliminare. Si tratta di una locuzione

singola amministrazione in attuazione delle previsioni generali del regolamento nazionale.

[34] Nello specifico, la precitata sentenza del T.A.R. Lazio, n. 9289/2017, precisa ad esempio, nell'esaminare una disposizione che riguardava l'affidamento degli incarichi dirigenziali contenuta nel codice etico adottato dall'allora Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, che "P*ropriamente parlando, la disposizione in questione - per questa parte - non si colloca nell'area delle regole di comportamento, ma nell'ambito della materia dell'organizzazione e della provvista degli uffici, che postula l'applicazione del principio di legalità (art. 97 Cost.)*".

[35] Verosimilmente per violazione di legge derivante direttamente dal d.P.R. n. 62/2013 e indirettamente a monte dall'art. 54 del d.lgs. n. 165/2001.

[36] Tanto, peraltro, in analogia a quanto in allora previsto dall'art. 58-*bis*, d.lgs. n. 29/1993, in attuazione del quale è stato adottato il primo codice di comportamento di cui al d.m. 31 marzo 1994. Tale disposizione, infatti, correlava espressamente le previsioni di cui al codice di comportamento con le misure organizzative della P.A.

[37] Si tratta, per vero, di una disposizione che pare andare ad impingere in maniera piuttosto evidente nelle modalità concrete di svolgimento della prestazione lavorativa.

[38] Si deve infatti ricordare che il d.P.R. n. 61/2013 è stato introdotto a seguito delle modifiche operate al d.lgs. n. 165/2001 ad opera della c.d. legge anticorruzione, n. 190/2012. Sul punto, *funditus*, B.G. Mattarella, *La prevenzione*, *op. cit.*, nonché *Il diritto dell'onestà. Etica pubblica e pubblici funzionari*, Bologna, 2007, ove l'Autore sottolinea in particolare il possibile ruolo centrale dei codici di comportamento all'interno del novero complessivo degli strumenti approntati dal legislatore per combattere il malcostume e i fenomeni corruttivi.

che ha radici risalenti[39] ed è usata a livello di diritto amministrativo per gli atti privi di contenuto precettivo. La teoria distingue, infatti, tra volizioni preliminari, ossia atti di carattere programmatorio e astratto, dalle volizioni-azione, ovverosia provvedimenti di carattere puntuale direttamente incidenti su situazioni giuridiche soggettive individualmente determinate o determinabili. A valle, poi, questa distinzione trova contrappunto anche con riguardo ai regolamenti, nell'ambito dei quali, a loro volta, si distinguono regolamenti-volizioni preliminari e regolamenti-volizione-azione, dal contenuto specifico[40].

Collaterale a questa distinzione, che, come visto, ha riverberi diretti in termini di interesse al ricorso, è la parallela questione in ordine alla possibile disapplicazione del regolamento ad opera del giudice amministrativo[41]. In linea generale, infatti, la giurisprudenza esclude la possibilità di disapplicare i provvedimenti direttamente lesivi della sfera giuridica soggettiva del cittadino, poiché questi ultimi sono soggetti a obbligo di impugnazione[42]. Nondimeno, vista la distinzione nei termini ora precisati potrebbe farsi questione della possibilità di disapplicazione di un regolamento-volizione preliminare, in quanto atto non direttamente lesivo e non impugnabile. Questo, come sottolineato da autorevole dottrina[43], a maggior ragione ove il provvedimento in questione venga ad incidere su diritti soggettivi nei casi di giurisdizione esclusiva affidati al giudice amministrativo[44] poiché

[39] Per tutti, cfr. A. Romano, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, IV, 1956, 870 ss. Più recentemente vedasi pure F. Cintioli, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, 2005.

[40] Utile in punto ricordare quanto affermato da T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, sez. I, 27 luglio 2016, n. 988, e cioè che "*Da un lato gli atti contenenti solo "volizioni preliminari", cioè statuizioni di carattere generale, astratto e programmatorio, come tali non idonei a produrre una immediata incisione nella sfera giuridica dei destinatari; detta tipologia di regolamenti andrà impugnata necessariamente assieme ai relativi atti applicativi (cd. tecnica della doppia impugnazione). Dall'altro, gli atti regolamentari denominati "volizione – azione", i quali contengono, almeno in parte, previsioni destinate ad una immediata applicazione e quindi, come tali, capaci di produrre un immediato effetto lesivo nella sfera giuridica dei destinatari; gli stessi devono essere gravati immediatamente, a prescindere dalla adozione di atti applicativi. Sul punto, Cons. Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2005, n. 450 parimenti distingue i "… regolamenti c.d. volizioni preliminari, che, caratterizzati da requisiti di generalità e astrattezza, contengono previsioni normative astratte e programmatiche, che non si traducono in una immediata incisione della sfera giuridica del destinatario, a nulla rilevando che ciò possa accadere in futuro, e i regolamenti c.d. volizioni-azioni, che contengono, almeno in parte, previsioni destinate alla immediata applicazione, in quanto capaci di produrre un immediato effetto lesivo della sfera giuridica del destinatario"*". In questo tipo di provvedimenti, pertanto, l'amministrazione dispone direttamente la produzione di un preciso effetto giuridico al verificarsi dei presupposti dell'atto generale, come chiarito da G. Carcaterra, *Norme giuridiche e valori etici. Saggi di filosofia del diritto*, Roma, 1991, in specie 99 ss.

[41] È, infatti, noto che il giudice ordinario disapplica gli atti amministrativi illegittimi, non avendo il potere di annullarli. Più dibattuta, invece, è la sussistenza di analogo potere in capo al giudice amministrativo, posto che quest'ultimo può agire direttamente sul provvedimento attraverso il proprio potere annullatorio. Cfr. S. Perongini, *La disapplicazione e le invalidità che ne costituiscono il presupposto*, in Aa.Vv., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, 3999 ss. e V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e disapplicazione dell'atto amministrativo invalido*, in *Jus*, I, 1983, 162 ss.

[42] In questi termini Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2020, n. 4464, nonché T.A.R. per l'Abruzzo, sede dell'Aquila, sez. I, 6 dicembre 2021 n. 543. In dottrina vedasi invece R. Dipace, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino, 2011

[43] F. Cintioli, *Potere regolamentare*, *op. cit.*, nonché, del medesimo Autore, vedasi la voce *Disapplicazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2010, pag. 295 e ss.

[44] Sulla base di un ragionamento definito "di tipo analogico" da F. Follieri, *Disapplicazione dell'atto amministrativo e giudicato*, in *P.A. – Persona e amministrazione*, I, 2022, 103, cit. Tanto perché, come noto, l'ascrizione di una materia alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo non potrebbe riconvertirsi in una diminuzione degli strumenti di tutela garantiti al cittadino. Per tale ragione, quindi, al giudice speciale debbono essere, in tali casi, garantiti i medesimi poteri riconosciuti al giudice proprio dei diritti (quello ordinario). Cfr. G.P. Cirillo, *op. cit.*

applicato da atti esecutivi. Tradizionalmente, infatti, l'ipotesi della disapplicazione in seno alla giurisdizione amministrativa viene rifiutata dalla giurisprudenza con l'unica eccezione del caso in cui si faccia questione della illegittimità di un atto amministrativo avente contenuto astratto e generale[45]. E questo perché utilizzare come referente di legittimità un atto illegittimo consentirebbe di propagare nell'ordinamento gli effetti distorsivi della relativa illegittimità[46].

Ebbene questo potrebbe proprio essere un meccanismo di tutela applicabile alle vertenze inerenti ai codici di comportamento laddove, prevedendo ipotesi illegittime -quantomeno in tesi- di controllo o ingerenza sull'attività dei dipendenti pubblici, questi ultimi potrebbero potenzialmente incidere su posizioni di diritto soggettivo, ancorché in via derivata, con specifico riferimento ai procedimenti disciplinari[47]. Altro campo elettivo nel quale può venire in rilievo la distinzione può essere pure quello interno al plesso amministrativo dei ricorsi gerarchici, ove tipicamente si spende potere discrezionale di merito e trovano applicazione regolamenti di carattere generale[48]. Anche in questo caso, la possibilità di disapplicare il regolamento illegittimo potrebbe venire in rilievo. Qui però si dovrebbe ulteriormente superare lo scoglio costituito dalla natura non giurisdizionale dei ricorsi[49]: alle P.A. è preclusa la disapplicazione dei provvedimenti illegittimi[50]. Tuttavia, la questione si riproporrebbe tale e quale nel momento in cui si contestasse avanti al T.A.R. la decisione sul ricorso gerarchico operata in applicazione del regolamento illegittimo[51].

In questi termini, allora, il percorso ermeneutico che si è sopra proposto consente di ampliare ulteriormente il ventaglio di tutele del dipendente pubblico, sollevandolo dalla necessità di impugnazione diretta del regolamento laddove questo sia applicato in danno di diritti soggettivi, o comunque e più in generale, ogniqualvolta ci si trovi nell'alveo delle ipotesi ascritte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[52]

---

[45] Sul punto, ancora, F. Follieri, *op. cit.*, 104, cit.

[46] Dunque, sebbene inizialmente solo per rigettare i motivi di ricorso – cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 febbraio 1992 n. 194 – la giurisprudenza ha alfine ammesso la possibilità di disapplicazione del regolamento illegittimo onde non doverlo utilizzare per saggiare la legittimità di provvedimenti dello stesso applicativi o rispetto ai quali lo stesso è presupposto.

[47] Questioni analoghe, tuttavia, si avrebbero nel caso in cui il provvedimento fosse suscettibile di incidere sull'organizzazione amministrativa del pari in applicazione di disposizioni non conformi a norma. Anche in questo caso, potenzialmente, si avrebbero provvedimenti amministrativi di organizzazione – che a loro volta non dovrebbero essere motivati a mente dell'art. 3, l. n. 241/1990 – che potrebbero riverberare sulla posizione lavorativa del dipendente pubblico, dunque sulla sua sfera di diritto soggettivo.

[48] Un esempio tipico è costituito dalle c.d. valutazioni caratteristiche dei graduati delle forze armate, che sono le valutazioni applicate in determinati casi al contegno in servizio dei militari. In questi casi, infatti, è generalmente ammessa la possibilità di contestare la valutazione attraverso i ricorsi amministrativi gerarchici propri. Cfr. R. Balduzzi, "*Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle Forze Armate*", Milano, 1988, F. Bassetta, *Il pubblico impiego militare*, in *Quaderni della Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, III, suppl. VI. 2003 e P. Carrozza, *La giurisdizione amministrativa e le procedure di avanzamento*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, III, 2003.

[49] Vedasi E. Tamburrino, *I ricorsi amministrativi ordinari*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Milano, 2014, pag. 1487 e ss. e A. De Roberto, *La tutela avverso l'atto non definitivo*, in *Studi in onore di N. Papaldo*, Milano, 1975, pag. 327 e ss.

[50] Per tutti, cfr. T.A.R. per la Puglia, sede di Lecce, 27 novembre 2020, n. 1321, ove il giudice chiarisce che il potere di disapplicazione degli atti aventi carattere normativo è onere dell'apparato giurisdizionale e non costituisce invece obbligo ascrivibile alla P.A.

[51] Invero, avanti al plesso giurisdizionale non possono essere elevate contestazioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle decise attraverso il ricorso gerarchico, come già anticipato da S. Cassarino, *Rapporti tra ricorsi amministrativi e ricorso giurisdizionale*, in *Foro amministrativo*, II, 1975, 83 ss.

[52] Cfr. nello specifico F. Sciarretta, *Giurisdizione amministrativa 'esclusiva' nella tutela dei diritti soggettivi nei confronti delle*

e consentendo l'ulteriore possibilità di disapplicazione successiva.

5. Alcuni spunti ricostruttivi sull'interesse all'impugnazione dei regolamenti ad opera delle associazioni di categoria.

Pur non essendo un tema direttamente affrontato dalla pronuncia in commento, la sentenza del T.A.R. capitolino suggerisce ulteriori riflessioni circa l'interesse ad agire nei confronti dei regolamenti, in particolare declinando l'esame del presupposto dell'azione distinguendo tra posizione degli enti esponenziali e posizione dei singoli individui appartenenti alla categoria di dipendenti pubblici interessata dal provvedimento generale[53].

Con riferimento, anzitutto, alla posizione del singolo, la giurisprudenza in buona sostanza ritiene che questo non abbia nella generalità dei casi una posizione realmente differenziata, come già visto *supra*. Il relativo interesse, allora, permane in senso proprio adespota, essendo uno degli innumeri potenziali destinatari dell'atto[54] e necessita di concretarsi puntualmente onde trovare rilevanza giurisdizionale.

Queste considerazioni, tuttavia, non si riproducono *sic et simpliciter* allorquando ad impugnare il regolamento sia un soggetto esponenziale di interessi diffusi[55]. Questa

pubbliche amministrazioni, in *Federalismi.it*, III, 2018, il quale sottolinea l'importanza del compito del giudice amministrativo alla luce dell'aumento esponenziale dei casi di giurisdizione esclusiva negli anni, che ha riguardato in maggiormente diritti particolarmente sensibili e "*strategici*" per l'ordinamento. Vedasi anche R. Rordorf, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Foro italiano*, V, 2017, 123 ss., ove in particolare l'Autore afferma che il giudice amministrativo è oramai divenuto giudice di tutela piena dei diritti nelle materie a lui affidate alla pari del giudice ordinario.

[53] Avviene, peraltro, sovente, che all'associazione esponenziale – spesse volte si tratta di una sigla sindacale, come nel caso oggetto della pronuncia in commento – si associno quali ricorrenti uno o più soggetti persone fisiche direttamente interessati dal provvedimento, al fine di garantire non vi siano pronunce in rito per difetto di legittimazione ad agire. Alternativamente, ove il ricorso sia attivato dalla persona fisica, può esservi il caso in cui l'associazione presenti invece un intervento *ad adiuvandum* nel corso del processo. Nondimeno, in questi casi, si deve porre attenzione a possibili posizioni di conflitto di interessi trattandosi di contenziosi cumulativi dal punto di vista soggettivo, laddove la giurisprudenza ha in particolare avuto modo di sottolineare che "*è solo proiettato nella dimensione collettiva che l'interesse diviene suscettibile di tutela, quale sintesi e non sommatoria dell'interesse di tutti gli appartenenti alla collettività o alla categoria, e ... seppur è lecito opinare circa l'esistenza o meno, allo stato dell'attuale evoluzione sociale e ordinamentale, di un interesse legittimo collettivo, deve invece recisamente escludersi che le associazioni, nel richiedere in nome proprio la tutela giurisdizionale, azionino un "diritto" di altri. La situazione giuridica azionata è la propria. Essa è relativa ad interessi diffusi nella comunità o nella categoria, i quali vivono sprovvisti di protezione sino a quando un soggetto collettivo, strutturato e rappresentativo, non li incarni*". (cfr. Cons. St., Adunanza Plenaria, 20 febbraio 2020, n. 6). In ordine, invece, ai limiti dell'intervento *ad adiuvandum* si rinvia per dovere di sinteticità a A. Police, *Il ricorso di primo grado, la costituzione delle altre parti, l'intervento, il ricorso incidentale*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Milano, 2014, 407 ss., nonché M. D'Orsogna – F. Figorilli, *Lo svolgimento del processo di primo grado Sezione prima: La fase introduttiva*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2023, 363 ss.

[54] Nello specifico, è stato detto che "*La generalità e l'astrattezza che caratterizza l'atto normativo fa sì che la posizione che il singolo può vantare rispetto ad essa si presenti, di regola, come posizione "indifferenziata*". Proprio per questo, "*L'interesse del singolo all'eliminazione di una norma generale e astratta è, infatti, perfettamente identico a quello che può vantare qualsiasi altro soggetto che appartenga alla "platea" dei potenziali destinatari della norma regolamentare*". Così Cons. St., sez. I, parere 14 febbraio 2013, n. 677. Come sopra anticipato, peraltro, il Consiglio di Stato non ritiene che questa sistematica di tutela, che onera dell'impugnazione il cittadino solo allorquando il regolamento viene applicato con un provvedimento puntuale, sia lesiva degli interessi del ricorrente.

[55] Sul punto cfr. G. Manfredi, *Interessi diffusi e collettivi (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, Milano, 2014, ove l'Autore chiarisce che "*l'espressione "interessi diffusi" in genere viene impiegata per indicare gli interessi che pertengono a un insieme indefinito di soggetti, e quella "interessi collettivi" per indicare gli interessi che pertengono a gruppi di soggetti definiti e dotati di*

tipologia di soggetti giuridici, infatti, agglutinano l'interesse adespota elevandolo a interesse di categoria[56]: proprio per questo essi potenzialmente possono vantare legittimazione e interesse ad agire in via anticipata per il fatto di rappresentare una intera collettività che diviene destinataria del provvedimento[57]. Dunque, nel caso specifico delle associazioni di categoria, non vi è quella preclusione all'impugnazione[58] delle norme regolamentari – generali ed astratte – che invece opera *ex ante* per i singoli appartenenti alla categoria rappresentata[59]. E questo perché, proprio sulla base dei recenti referenti della Corte di Cassazione[60], limitare la tutela di categoria al solo momento della applicazione concreta – eventuale – del regolamento, si convertirebbe in buona sostanza nel rischio di vedere negata in via generalizzata la tutela della relativa posizione giuridica soggettiva[61].

Con queste premesse, quindi, lo spettro di indagine circa l'impugnabilità dei regolamenti e più in generale degli atti amministrativi non a contenuto puntuale, da parte degli enti esponenziali, si sposta piuttosto sulla reale omogeneità di interessi tutelati con l'azione. Ricordando infatti che la figu-

strutture organizzative", 513, cit.

[56] In ordine all'astratta giustiziabilità degli interessi rappresentati dalle associazioni di categoria, infatti, si è recentemente espressa la Corte di Cassazione rispetto alla annosa questione delle concessioni balneari nella sentenza 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, invece, il riferimento corre a F. Francario – M.A. Sandulli (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017, A. Cassatella, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, III, 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*, I, 2018.

[57] In questi termini, si veda per tutti, S. Casilli, *Legittimazione, accertamento e risarcimento: il punto sulla capacità delle associazioni esponenziali (nota a Consiglio di Stato, Sezione Terza, 28 maggio 2021 n. 4116)*, in questa Rivista, 6 ottobre 2021, C. Cudia, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2012, nonché, con declinazione dello studio rispetto alla legittimazione al ricorso nelle diverse tipologie di azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo, del medesimo Autore, *Legittimazione a ricorrere e pluralità delle azioni nel processo amministrativo (quando la cruna deve adeguarsi al cammello)*, in *Diritto pubblico*, II, 2019, 393 ss.

[58] Con specifico riferimento, in particolare, all'assenza di una posizione legittimante all'azione, come invece potrebbe dedursi del pari per il singolo componente della categoria rappresentata.

[59] In termini di interesse al ricorso, dunque, il soggetto esponenziale non agisce a tutela di una possibile lesione individuale che si è già prodotta in una o più sfere giuridiche soggettive, ma prelude alla rimozione di atti che possono potenzialmente essere lesivi per la categoria intera sulla base di una valutazione *ex ante* ed in astratto. Vedasi sul punto, seppur nella diversa materia degli appalti pubblici, D. Capotorto, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso amministrativo in materia di appalti: "l'interesse meramente potenziale" nuovo paradigma dell'ordinamento processuale?*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 2020, 665 ss. Questa conclusione, peraltro, opera in analogia a quanto specificato *supra* in ordine alla disapplicazione degli atti a contenuto generale, poiché l'impugnazione immediata evita la propagazione dell'illegittimità del provvedimento normativo.

[60] Il riferimento è, ancora, alla sentenza n. 32559/2023 delle Sezioni Unite.

[61] In questo caso, dunque, il giudice verosimilmente incorrerebbe in una ipotesi di denegata giustizia, cfr. 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, 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, F. Francario, *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Libro dell'Anno del Diritto 2017*, Roma, 2017, *Diniego di giurisdizione*, in *Il libro dell'Anno del Diritto 2019*, Roma, 2019 *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, 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.A. Sandulli, *Rinvio pregiudiziale e giustizia amministrativa: i più recenti sviluppi*, in questa Rivista, 20 ottobre 2022.

ra dell'ente esponenziale nasce nella giurisprudenza[62] quale veicolo di tutela delle posizioni adespote, si deve infatti concludere per l'assenza di interesse all'impugnazione laddove il regolamento crei una situazione di conflitto di interesse all'interno della categoria[63] e non già soltanto in ragione del fatto che le relative disposizioni siano astratte e generali.

Ciò che si può concludere, pertanto, è che l'analisi preliminare su legittimazione e interesse a ricorrere avverso un atto amministrativo a contenuto generale – *sub specie* di un Codice di comportamento nel caso in esame – ha un diverso oggetto a seconda del soggetto che propone l'impugnazione. In caso di ricorso presentato ad opera di una associazione di categoria, infatti, l'indagine atterrà l'insussistenza di conflitto di interesse interno piuttosto che in linea diretta la sussistenza di una lesione giuridica ad un bene della vita determinato attraverso disposizioni puntuali contenuto nel regolamento[64].

6. Conclusioni.

La pronuncia in commento, ponendosi nel solco della giurisprudenza oramai consolidata nel campo dell'impugnazione degli atti amministrativi a contenuto normativo, sollecita diverse riflessioni in ordine a questioni processuali di carattere generale. Da un lato, infatti, vi è la valutazione dell'interesse a ricorrere rispetto al Codice di comportamento nazionale, ove in buona sostanza si conclude per la relativa non impugnabilità diretta da parte dell'associazione di categoria[65] - ma con riflessioni la cui portata esclude in effetti *in apicibus* la possibilità di impugnazione anche dei singoli dipendenti. Dall'altro, vi è la distinzione, che nella sentenza invero passa sotto traccia, da operarsi in ordine ai presupposti dell'azione con riferimento alla natura singola o collettiva del soggetto ricorrente.

Con riferimento al primo dei profili in parola, l'impossibilità di impugnare – o meglio, l'assenza di onere di impugnazione immediata – da parte dei singoli o dell'ente esponenziale è in realtà una soluzione

[62] Per un riferimento circa la ricostruzione storica di come le associazioni di categoria hanno progressivamente raggiunto la legittimazione ad agire cfr. C. Casilli, *op. cit.* oltre a F.G. Scoca, *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, in Aa.Vv., *Le azioni a tutela degli interessi collettivi, Atti del convegno di Pavia*, Padova, 1976 e *Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, in *Diritto e società*, III, 1988, pag. 649 e ss., F. Saitta, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Diritto pubblico*, III, 2019, 544 ss. nonché *C'era una volta l'azione popolare … mai nata*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, I, 2021, 239 ss.; L. Ferrara – F. Orso, *Sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo. A proposito di due monografie*, in *Diritto pubblico*, III, 2020, 717 ss. e P.L. Portaluri, *Ascendenze del creazionismo giurisprudenziale e ricadute sul processo amministrativo: il controllabile paradigma dell'accesso al giudice*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 2021, 232 ss.

[63] Ossia, in altre parole, laddove il regolamento finisca con l'avvantaggiare alcuni a discapito di altri nell'ambito della categoria stessa (ad esempio prevedendo un vantaggio economico limitato solo ad alcuni soggetti e non ad altri). In questi termini si segnala, *ex multis*, C.G.A.R.S. sez. giur., 27 giugno 2022, n. 769 oltre a Cons. St. sez. III, 2 novembre 2020, n. 6697, di particolare interesse poiché riferita alla impugnabilità di un bando di gara d'appalto da parte di una associazione di categoria.

[64] Peraltro, nello specifico della sentenza in commento, questa questione non si è posta in concreto poiché risolta dalla circostanza per cui il Codice di comportamento nazionale non conteneva in sé disposizioni idonee a ledere in concreto gli interessi di categoria essendo eccessivamente generico per poter essere applicato. In altri termini, il regolamento, anche per gli enti esponenziali, a dire del giudice avrebbe dovuto poter essere concretamente applicato onde instillare l'interesse al ricorso. Sul punto, pertanto, in effetti le posizioni dei soggetti singoli e associativi finisce con il sovrapporsi quanto ai presupposti dell'azione.

[65] In luogo, come si accennava, di un onere di impugnazione congiunto con gli atti applicativi conseguenti (ossia in buona sostanza, in uno con le sanzioni disciplinari che vengono comminata sulla base del Codice).

che avvantaggia il cittadino, posto che gli consente sempre di contestare il provvedimento generale solo allorquando questo divenga per lo stesso realmente lesivo. Con riguardo, invece, alla impugnazione a opera delle associazioni di categoria, tuttavia, questo meccanismo non si riproduce in maniera lineare, poiché gli interessi tutelati non sono i medesimi del singolo dipendente. Infatti, la sigla sindacale tutela una categoria che può essere lesa nel suo complesso già da una volizione preliminare. La questione è risolta dalla pronuncia ritenendo "troppo astratte" le disposizioni contenuto nel codice persino per ledere interessi di classe, nondimeno il passaggio non è stato appieno sviscerato. E, comunque, la soluzione adottata dal T.A.R. per il Lazio può dirsi applicare una eccezione alla regola: la norma dovrebbe dirsi essere l'impugnabilità diretta degli atti normativi da parte delle associazioni.

Ciò onde non restringere eccessivamente la possibilità di tutela nelle azioni di classe.

Invero, v'è di contro da domandarsi se l'omessa impugnazione iniziale di disposizioni direttamente lesive per la classe abbia effetti preclusivi. Ossia se, una volta non impugnato inizialmente il regolamento lesivo, l'associazione di categoria si veda preclusa la possibilità di contestare successivamente il provvedimento, ovvero di intervenire *ad adiuvandum*[66] nei contenziosi instaurati da singoli appartenenti alla classe tutelata dei dipendenti pubblici. Parrebbe infatti maggiormente coerente con la ricostruzione teorica operata dalla giurisprudenza in tema di lesività immediata degli interessi di categoria ritenere che questo effetto maturi. E, cionondimeno, allora, dovrebbe dirsi impedito anche l'intervento in giudizio del singolo appartenente alla categoria laddove quest'ultimo contesti proprio le norme che avrebbe avuto l'onere di impugnare[67]. Ta-

[66] Vedasi in particolare sul punto, nel diritto processuale civile, E. Silvestri, *L'"amicus curiae": uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, in *Rivista di diritto e procedura civile*, III, 1997, 698 ss. Mentre nel diritto amministrativo costituiscono utile riferimento M. Ricciardo Calderaro, *Recenti sviluppi in tema di intervento e di opposizione di terzo ordinaria nel processo amministrativo (nota a CGARS, 13 gennaio 2021, n. 27)*, in questa Rivista; A. Salmaso, *Le Associazioni di Avvocati Amministrativisti in Corte di Giustizia contro il rito superaccelerato in materia di appalti pubblici su ammissioni ed esclusioni dei concorrenti*, nota di commento a T.A.R. Piemonte, sez. I, ord. 24 gennaio 2019, n. 77, in *amministrativistiveneti.it*, Cons. Stato, Ad. Plen., 11 gennaio 2007, n. 2, in *Foro amministrativo – Consiglio di Stato*, II, 2007, 464 ss., con note di A. Bertoldini, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, l'intervento in appello ex art. 344, c.p.c. e la legittimazione all'opposizione di terzo* e di A.L. Tarasco, *Il contraddittorio degli interessi dei consumatori nel giudizio amministrativo: profili problematici dell'impugnazione dei controinteressati sostanziali*, M. D'Orsogna, *L'intervento nel processo amministrativo: uno strumento cardine per la tutela dei terzi*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 1999, 434 ss.; M. Ramajoli, *Riflessioni in tema di interveniente e controinteressato nel giudizio amministrativo*, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 8 maggio 1996, n. 2, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 1997, 118 ss.; R. Dickmann – M. Iannaccone, *Osservazioni sull'intervento nel processo amministrativo*, in *Rivista Corte dei conti*, VI, 1992, 293 ss. La giurisprudenza amministrativa, di contro, ha specificato, in relazione all'ammissibilità dell'intervento in corso di causa, che "*per la legittimazione attiva di associazioni rappresentative di interessi collettivi si rivela necessario che: a) la questione dibattuta attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale, e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati; b) l'interesse tutelato con l'intervento sia comune a tutti gli associati, che non vengano tutelate le posizioni soggettive solo di una parte degli stessi e che non siano, in definitiva, configurabili conflitti interni all'associazione (anche con gli interessi di uno solo dei consociati), che implicherebbero automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio; restando, infine, preclusa ogni iniziativa giurisdizionale sorretta dal solo interesse al corretto esercizio dei poteri amministrativi, occorrendo un interesse concreto ed attuale (imputabile alla stessa associazione) alla rimozione degli effetti pregiudizievoli prodotti dal provvedimento controverso (cfr. anche C.d.S., Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9; 27 febbraio 2019, n. 2)*", così Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2023, n. 7925.

[67] Il riferimento corre infatti all'art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 104/2010, secondo il quale "*il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare*

le meccanismo, tuttavia, rimetterebbe forse eccessivamente all'interpretazione del caso concreto la reale consistenza delle tutele garantite dall'ordinamento, con il rischio di creare disassamenti tra giudicati[68]. Meglio allora dire che, effettivamente, la preclusione operi solo in via diretta per le impugnazioni autonome delle associazioni di categoria, lasciandole libere di aderire al contenzioso instaurato da altri e "giovandosi" della relativa tempestività[69]. E questo perché in tali giudizi esse non vantano una posizione autonoma "di categoria" ma si giovano di una situazione legittimante del dipendente che trova scaturigine nell'atto applicativo del regolamento.

Ulteriore tema che merita approfondimento è poi quello della possibile disapplicazione del regolamento disciplinare. Come visto, infatti, la giurisprudenza tende a ritenere disapplicabile il provvedimento normativo illegittimo solo entro il perimetro della giurisdizione esclusiva. Forse alla luce delle mutate linee di tendenza della giurisdizione amministrativa[70], sempre più rivolta alla garanzia dell'effettività della tutela, detto perimetro applicativo potrebbe essere oggi ripensato. Invero, la sua radice si riconnette alla circostanza per cui applicare un atto normativo sostanzialmente illegittimo comporta il propagarsi della relativa illegittimità – dacché tale propagazione si estende un numero indeterminato di volte, data la natura generale ed astratta dell'atto. Ecco, quindi, che dedurre l'intangibilità dell'atto per chi non lo abbia tempestivamente impugnato precludendone ulteriormente la disapplicazione[71] porterebbe ad una diminuzione della possibilità di tutela in effetti difficilmente compatibile con quelle stesse ragioni che portano la giurisprudenza a consentire l'impugnazione del regolamento-volizione preliminare solo in uno con l'atto applicativo[72]. E, ulteriormente, vi è poi da domandarsi, ulteriormente, se il sistema di disapplicazione sia sempre precluso alle associazioni di categoria, che, come visto, vantano la possibilità di impugnazione diretta dei regolamenti. Ebbene, anche qui pure alla luce della recente evoluzione giurisprudenziale[73], non paiono esservi ragioni ostative generalizzate che

con l'azione di annullamento".

[68] Peraltro, non è detto che sia lo stesso T.A.R. per il Lazio a valutare gli atti applicativi del codice di comportamento, così non risultando nemmeno una sorta di vincolo di coerenza interna al giudicante a garantire l'omogeneità interpretativa quanto alla qualificazione delle disposizioni regolamentari impugnate.

[69] Fermo restando, evidentemente, il requisito della omogeneità di interessi che si è visto essere il faro attraverso il quale leggere i temi dell'interesse al ricorso e della legittimazione ad agire in questa tipologia di azioni giurisdizionali.

[70] È noto il dibattito intorno alla progressiva evoluzione storica del processo amministrativo da processo di diritto oggettivo a processo di diritto soggettivo. Non potendone dare conto in maniera estesa per questioni di sinteticità, si rinvia, per tutti e senza pretesa di esaustività, a R. Villata, *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 2011, 1512 ss.; V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2014, 342 ss.; F. Francario – A. M. Sandulli (a cura di), *op. cit.*, N. Paolantonio, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2020, 237 ss.; L. Gizzi, *La dimensione soggettiva della giurisdizione amministrativa tra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Questione giustizia*, I, 2021.

[71] In ipotesi poiché non era nella condizione di impugnarlo, non trovandosi ancora nella situazione prevista dalla norma al momento della relativa emanazione.

[72] Fermo restando come la giurisprudenza di legittimità ritiene invero che possa sempre essere garantita una doppia tutela al cittadino ove l'atto generale abbia doppia rilevanza -organizzativa e disciplinare- consentendo sia l'impugnazione avanti al giudice amministrativo che l'azione avanti al giudice ordinario. Cfr. Cass. civ., Sez. Un. ordinanza 7 novembre 2008, n. 26799; Cass. civ., Sez. Un., ordinanza 1° aprile 2003, n. 6220; Cass. civ., sez. lav., 5 marzo 2003, n. 3252.

[73] Il riferimento corre ulteriormente alla sentenza delle Sezioni Unite n. 32559/2023.

consentano di ridurre il perimetro di tutela sulla base della soggettività giuridica del ricorrente.

Insomma, l'impugnazione degli atti amministrativi a contenuto normativo – *sub specie* di codice di comportamento – si rapporta con diverse questioni giuridiche che, ancorché meno "apparenti" ad una prima lettura, chiamano l'interprete a interrogarsi sulla perdurante effettività del consolidato sistema di tutela approntato dalla giustizia amministrativa. La sintesi raggiunta concentrando l'attenzione sulla posizione del dipendente pubblico, con l'affacciarsi nel processo con sempre maggior prepotenza delle azioni di classe, merita forse alcuni interventi manutentivi, onde consentire la piena esplicazione di quel principio di effettività che è oggi l'architrave su cui si regge – e il metro con cui si misura – l'architettura processuale[74].

Giacomo Biasutti

[74] Per tutti, G.P. Cirillo, *op. cit.*, nonché M.A. Sandulli, *Premesse al codice: fonti e principi. I principi costituzionali e comunitari*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, 2 ss.

2. Il *risiko* dei termini e ambiguità sulla disciplina del reclamo avverso gli atti del commissario *ad acta* nel rito del silenzio (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 8 gennaio 2024, n. 254)

Sommario: **1.** Sulla (in)certezza e (in)stabilità degli effetti giuridici del provvedimento del commissario *ad acta* nel *risiko* dei termini. – **2.** Il caso di specie. – **3.** La fase esecutiva del rito del silenzio, la disciplina e la giurisdizione sul reclamo. – **4.** La natura del commissario *ad acta* nel contesto del rito del silenzio. – **5.** Gli atti del commissario e l'attività. – **6.** Le ambiguità. – **7.** Una chiave di lettura.

1. Sulla (in)certezza e (in)stabilità degli effetti giuridici del provvedimento del commissario *ad acta* nel *risiko* dei termini.

Il codice del processo amministrativo non ha espressamente chiarito se la fase esecutiva del rito del silenzio possa equipararsi alla generale azione di ottemperanza prevista dagli artt. 112 e ss. c.p.a. creando nel corso degli anni una serie di posizioni giurisprudenziali "*non del tutto univoche*"[1] e quindi diverse "*con intuitivi effetti anche sul piano della certezza e stabilità degli effetti giuridici discendenti dal provvedimento commissariale*"[2].

La questione emerge in sede di eccezioni preliminari di irricevibilità del reclamo avverso gli atti del commissario *ad acta* nella procedura avverso l'inerzia della pubblica amministrazione, cioè di un non-provvedimento della pubblica amministrazione, per violazione del termine stabilito dall'art. 114, c. 6, c.p.a., che è di sessanta giorni, a fronte invece di chi ha promosso reclamo secondo il rito del silenzio ai cui termini, pertanto, la proposizione del reclamo resta assoggettata, con la conseguenza di risultare tempestiva, atteso il rispetto dei termini decadenziali previsti per il rito ex art. 117 c.p.a.

A fronte di un'eccezione di irricevibilità, si pone il dilemma, che diventa un vero *risiko*, se nel caso del reclamo continuerebbero ad applicarsi i termini previsti per il rito del silenzio di cui all'art. 31, c. 2, c.p.a. o quelli dimidiati per i riti speciali o i termini di cui all'art. 114, c. 6. La complessa decisione di selezionare i termini appropriati implica un rischio significativo, in quanto una scelta errata potrebbe determinare conseguenze rilevanti. Questo rischio crea non

[1] Cons. St., sez. IV, 18 marzo 2021, n. 2335.
[2] Cons. St., sez. III, 8 gennaio 2024, n. 254.

poche ansie per gli operatori del diritto, in particolare gli avvocati, che devono considerare attentamente le implicazioni di ogni scelta.

Da qui scaturisce il dibattito sulla possibile applicabilità per "*analogia*"[3] del disposto dell'art. 114, c. 6, c.p.a. (*analogia che si estende non solo alla forma del rimedio, ma anche al suo termine di impugnazione*)[4] oppure perché è "*implicita nel disposto del comma 4 dell'art. 117 la disciplina dell'art. 114, c. 4*"[5] o ancora perché "*è evidente la* ratio legis *di concentrare in capo al giudice la cognizione di tutte le vicende conseguenti alla pronuncia avverso il silenzio-inadempimento, ivi incluso il sindacato sugli atti commissariali eventualmente emanati*"[6].

Quindi il ragionamento seguirebbe il filo logico che la previsione della nomina di un commissario *ad acta* nel rito del silenzio[7] "*presenta somiglianze con il giudizio di ottemperanza*", anch'esso soggetto alla disciplina dei procedimenti in camera di consiglio, come stabilito dagli artt. 112 e ss c.p.a.[8].

Ulteriore ragionamento si rinviene nella considerazione pratica dello scopo dei fautori del Codice che insieme alla giurisprudenza si sono concentrati sull'obiettivo di ridurre i costi legati all'individuazione precisa del giudice competente. Questo è stato fatto cercando strumenti più semplici e chiari per definire le rispettive competenze. L'adozione di un unico procedimento che copra tutti gli atti del commissario nominato dal giudice, sia nel contesto di un giudizio di ottemperanza *stricto sensu* che in un giudizio sul silenzio, rientra in questa logica. Questo approccio non solo semplifica gli adempimenti richiesti alle parti coinvolte, ma contribuisce anche a rendere l'intero processo più efficiente[9]. Sul punto anche la Plenaria n. 8 del 2021 fa riferimento alla "*sussistenza di una disciplina unitaria in tutte le citate ipotesi di nomina giudiziale*" e quindi "*sia esso un giudizio di ottemperanza, un giudizio sul silenzio ovvero un giudizio cautelare*"[10].

L'applicabilità di una disciplina rispetto all'altra sposta, in particolare, i termini per l'esercizio dell'azione ma fa anche emergere in radice una serie di questioni che ruotano

---

[3] Cons. St., sez. III, 5 marzo 2018, n. 1337.

[4] Cfr. Sentenza in comento n. 254/2022 pt. 11.5.

[5] Cons. St., sez. IV, 18 marzo 2021, n. 2335.

[6] Cons. St., sez. VI, 11 agosto 2020, n. 5006.

[7] Sul tema in ordine sparso se senza pretese di esaustività oltre ai Manuali di: M.A. Sandulli, *Il giudizio amministrativo*, Napoli 2024, F.G. Scoca (a cura di) *Giustizia amministrativa*, Torino 2023, M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna 2023; E. Picozza, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2016; A. Police, *Lezioni sul processo amministrativo*, Napoli, 2021 si segnala L. Bertonazzi, *Il giudizio sul silenzio*, in B. Sassani - R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, p. 986 ss.; G. Mari, L'azione avverso il silenzio, in M.A. Sandulli (a cura di), Il nuovo processo amministrativo, Vol. I, Milano, 2013, p. 250 ss.; A. Cioffi, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, in A. Romano (a cura di), *L'Azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 134 ss.; F. Scalia, *Profili problematici del rito sul silenzio dell'amministrazione nella prospettiva dell'effettività e pienezza della tutela*, in *Federalismi.it*, n. 10/2016; G. Tropea, *La domanda cautelare, l'azione di ottemperanza e quella avverso il silenzio nel sistema del codice del processo amministrativo: per un inquadramento sistematico*, in *https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/195539/nsiga_4641007.pdf/54be7576-04a1-a216-ac73-976f3a9fa7e9?t=1646993082000;* R. Chieppa, *Il danno da ritardo (o da inosservanza dei termini di conclusione del procedimento)*, in *https://www.giustizia-amministrativa.it,* 4 aprile 2011. N. Durante, *I rimedi contro l'inerzia dell'amministrazione: istruzioni per l'uso, con un occhio alla giurisprudenza e l'altro al codice del processo amministrativo*, in *https://www.giustizia-amministrativa.it,* 13 settembre 2010; V. Salamone, *I riti speciali nel nuovo processo amministrativo,* in *https://www.giustizia-amministrativa.it,* 17 novembre 2010

[8] Per una ricostruzione della letteratura di riferimento si rinvia altresì al lavoro di S. D'Antonio, *Il Commissario ad acta nel processo amministrativo. Qualificazione dell'organo e regime processuale degli atti,* Napoli, 2012.

[9] Cons. St., sez. VI, 11 agosto 2020, n. 5006.

[10] Cons. St., Ad. Plen. 25 maggio 2021 n. 8.

attorno alla natura stessa del commissario *ad acta*, del tipo di attività che il commissario è chiamato a svolgere, la natura degli atti posti in essere, ma anche il tipo di giurisdizione applicato al reclamo. Da qui le ulteriori questioni se in caso di contestazione da parte dell'amministrazione quest'ultima al posto di esercitare il reclamo possa agire in autotutela sugli atti del commissario stesso e, ancora, quale sia la posizione processuale dello stesso. Questioni già affrontate dalla giurisprudenza e sviluppate dalla dottrina, in particolare, in questa Rivista con gli interventi di Scognamiglio[11].

2. Il caso di specie.

La questione riguarda il reclamo avverso la decisione assunta dal commissario *ad acta* nominato nel giudizio avverso l'illegittimo silenzio dell'ASP di Catanzaro, culminato con sentenza Tar Catanzaro sez. I, n. 725/2017 di condanna a concludere, con determinazione espressa, il procedimento di evidenza pubblica avviato nel lontano 14 giugno 2005, relativo all'affidamento in concessione di una Residenza Sanitaria Assistenziale per Anziani. Nello specifico la sentenza dichiarava l'obbligo dell'amministrazione resistente "*di assumere una determinazione espressa, sia essa positiva o negativa rispetto all'interesse ad ottenere la stipulazione*", nominando al contempo, "*nel caso di persistente inerzia (…) quale Commissario ad acta il Prefetto di Catanzaro, con facoltà di delega ad altro funzionario dell'ufficio, il quale assumerà la relativa decisione entro il termine dei successivi 30 giorni, quale organo straordinario dell'amministrazione*".

Il commissario *ad acta*, in esecuzione di quanto statuito, ha concluso il procedimento manifestando la sua "*determinazione negativa, in ordine alla stipulazione di un contratto per l'affidamento in concessione novennale della gestione della residenza Sanitaria Assistenziale sita nel Comune di San Mango d'Aquino, di proprietà dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro*". In sostanza egli aveva proceduto alla revoca in autotutela degli atti di gara e dell'aggiudicazione, (piuttosto che all'annullamento d'ufficio[12]), in ragione del sostrato motivazionale del provvedimento, dal quale emergono prevalenti ragioni di inopportunità fonda-

[11] A. Scognamiglio, *Sul potere di provvedere anche dopo la nomina del commissario ad acta nel giudizio sul silenzio della P.A. (nota ad Ad. Plen. 25 05 2021 n. 8)*, in questa Rivista *https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1940-sul-potere-di-provvedere-anche-dopo-la-nomina-del-commissario-ad-acta-nel-giudizio-sul-silenzio-della-p-a-nota-ad-ad-plen-25-05-2021-n-8?bitcount=0*, 16 settembre 2021. I.d., Silenzio della PA e regime giuridico del provvedimento sopravvenuto alla nomina del commissario ad acta, in questa Rivista, 19 gennaio 2021; S. Careggi, L'esecuzione della pronuncia silenziosa, in questa Rivista, *https://www.giustiziainsieme.it/en/news/74-main/118-diritto-processo-amministrativo/1199-l-esecuzione-della-pronuncia-silenziosa*, 1 luglio 2020; R. Fusco, Autotutela sugli atti del commissario ad acta nel giudizio avverso il silenzio (nota a Cons Stato, Sez. IV, 18 03 2021, n. 2335), in questa Rivista *https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1708-autotutela-sugli-atti-del-commissario-ad-acta-nel-giudizio-avverso-il-silenzio*, 3 maggio 2021.

[12] Il TAR qualifica l'impugnata determinazione commissariale alla stregua di "*una revoca in autotutela degli atti di gara e dell'aggiudicazione, piuttosto che sub specie di annullamento d'ufficio e ciò in ragione del sostrato motivazionale del provvedimento, dal quale emergono prevalenti ragioni di inopportunità fondate su un ripensamento, anche per effetto delle sopravvenienze verificatesi, dei modi di perseguimento dell'interesse pubblico all'avvio dell'attività della Struttura*". Ritiene che: "*a differenza del potere di annullamento d'ufficio, che postula l'illegittimità dell'atto rimosso d'ufficio, quello di revoca esige solo una valutazione di opportunità, seppur ancorata alle condizioni legittimanti dettagliate all'art. 21-quinquies l. cit. (e che, nondimeno, sono descritte con clausole di ampia latitudine semantica), sicché il valido esercizio dello stesso resta rimesso, in buona sostanza, a un apprezzamento ampiamente discrezionale dell'Amministrazione procedente*".

te su un ripensamento, anche per effetto delle sopravvenienze verificatesi, dei modi di perseguimento dell'interesse pubblico all'avvio dell'attività della Struttura. Aspetto oggetto di contestazione nel merito della controversia che va a denotare il tipo di attività svolta dal commissario stesso in base alla citata sentenza sull'inerzia che ha ritenuto sussistente "*indubbiamente l'inadempimento dell'Amministrazione, che non ha concluso il procedimento di evidenza pubblica*" e quindi ha statuito che "*deve essere dichiarato l'obbligo dell'Amministrazione di assumere una determinazione espressa, sia essa positiva o negativa rispetto all'interesse ad ottenere la stipulazione*".

Avverso la determina del Commissario *ad acta* ha proposto reclamo ex art. 114, c. 6, c.p.a. "recte, *come poi dalla stessa dichiarato: art. 117, c. 4*", la ATI aggiudicataria della concessione della R.S.A, lamentando violazione del contraddittorio (in particolare sulle ragioni ostative addotte dall'A.S.P. di Catanzaro a proposito della stipula del contratto, sulle quali non avrebbe potuto interloquire) e delle norme sull'autotutela non avendo il Commissario proceduto nelle forme dell'annullamento d'ufficio degli atti di gara. L'ATI ha pure avanzato, in subordine alla richiesta di accertamento del diritto alla stipula del contratto, domanda di risarcimento danni per responsabilità precontrattuale dell'amministrazione.

La A.S.P. di Catanzaro, costituitasi in giudizio, ha eccepito, tra l'altro, l'irricevibilità del reclamo per tardività del deposito *ex* art. 114, comma 6, c.p.a.[13].

Il Tar adito decideva la causa con la sentenza n. 1541 del 3 settembre 2019 che ha ritenuto infondate le eccezioni preliminari sull'irricevibilità del reclamo in quanto considera "*applicabile al reclamo promosso avverso gli atti del commissario ad acta ex art. 117, comma 4, c.p.a., il rito del silenzio inadempimento (Cons. di Stato, Sez. III, 5 marzo 2018, n. 1337), ai cui termini, pertanto, la proposizione del reclamo resta assoggettata, con la conseguenza di risultare tempestiva, atteso il rispetto dei termini decadenziali dimidiati previsti per il rito ex art. 117 c.p.a.*". Inoltre ha argomentato anche sulla sussistenza della "*conversione del rito in annullatorio, tenuto pure conto della domanda risarcitoria (Cons. di Stato, Sez. III, n. 1337/2018 cit.)*". Nel merito invece il Tar rigettava le censure rivolte contro la deliberazione commissariale e anche quelle sulla domanda risarcitoria.

La sentenza appellata in via principale dalla ricorrente ATI veniva altresì appellata incidentalmente dall'A.S.P. la quale l'ha ritenuta manifestamente erronea e ingiusta nelle parti in cui ha respinto le eccezioni preliminari di irricevibilità e inammissibilità del reclamo, sollevate in primo grado. Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiarava irricevibile il ricorso di primo grado e improcedibile l'appello principale assumendo la massima che: "*Il reclamo, ex art. 114, comma 6, c.p.a., rappresenta lo strumento attraverso il quale le parti, anche in un giudizio incardinato sul silenzio-inadempimento della p.a., possono impugnare gli atti del commissario ad acta, dinanzi allo stesso giudice che ha accolto il ricorso avverso il silenzio. In virtù del com-*

[13] Aveva altresì insistito sull'inammissibilità sul rilievo che la ricorrente non avrebbe interesse all'annullamento della delibera impugnata, non potendo raggiungere lo scopo prefissato mediante l'auspicata sottoscrizione del contratto in ragione dei profondi mutamenti intervenuti, nel corso del tempo, nel quadro normativo, anche regionale, di riferimento.

binato disposto con l'articolo 117, comma 4, c.p.a., l'analogia si estende non solo alla forma del rimedio, ma anche al suo termine di impugnazione"[14].

Dalle osservazioni emerse nel paragrafo 1 e dalla ricostruzione della vicenda, emergono questioni che necessitano di un'analisi, anche se sintetica.

3. La fase esecutiva del rito del silenzio, la disciplina e la giurisdizione sul reclamo.

Il procedimento del rito del silenzio, com'è noto, si compone di due fasi: una fase di cognizione e una fase di esecuzione, quest'ultima attivata solo se necessario. La fase di cognizione riguarda l'accertamento da parte del giudice della violazione dell'obbligo di adottare un provvedimento e la condanna dell'amministrazione a farlo. È ben possibile nella fattispecie *ex* art. 31 c. 3, c.p.a. che il giudice stesso possa pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa. Fuori da questi casi vi è la fase (eventuale) di esecuzione che viene attivata nel caso in cui l'amministrazione non adotti il provvedimento entro il termine stabilito dal giudice. Questa fase prevede la nomina di un commissario *ad acta*, il quale provvede a sostituire l'amministrazione nell'adozione dell'atto, come stabilito dall'articolo 117, c. 3, c.p.a. il quale prevede che "*il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata*". L'esigenza di una supplenza giudiziaria si manifesta quando non vi possa essere un vuoto di tutela giurisdizionale e debba essere assicurata l'effettività della pronuncia.

Nella fase di esecuzione si innesta l'ulteriore fase (eventuale) data dal reclamo avverso gli atti del commissario *ad acta*, con l'inciso del comma 4 in base al quale "*il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario*".

Nel testo del Codice non viene fornita alcuna indicazione riguardo alla procedura di reclamo, avviando così il dibattito sulla disciplina da seguire per i reclami riguardanti gli atti del commissario *ad acta* all'interno del rito del silenzio. Vi è solamente l'inciso del richiamato comma 4 dell'art. 117 c.p.a., il quale prospetta la possibilità, di impugnare questi atti mediante reclamo al medesimo giudice del rito del silenzio, al pari di quanto accade tra le parti nel giudizio di ottemperanza per l'impugnativa degli atti commissariali ai sensi dell'art. 114, c. 6, c.p.a.[15].

Quindi, in base a questa ricostruzione, il reclamo si colloca nella fase del processo esecutivo di ottemperanza e quindi rientra nella giurisdizione di merito.

[14] News *Reclamo avverso gli atti del commissario ad acta e termine di impugnazione*, in https://www.giustizia-amministrativa.it/-/105486-197.

[15] F. D'Alessandri, *Ottemperanza, come si impugnano provvedimenti adottati dal commissario ad acta in sede di rito del silenzio?* in *il QG*, 23 marzo 2018.

4. La natura del commissario *ad acta* nel contesto del rito del silenzio.

Oggettivamente, anche a voler sostenere l'analogia della prima parte del comma 6 dell'art. 114 con quella del comma 4 dell'art. 117, la designazione del commissario *ad acta* presenta aspetti concettuali e operativi distinti a seconda che avvenga nell'ambito del procedimento di ottemperanza o nel contesto del rito del silenzio[16].

Nel caso dell'ottemperanza, il commissario assume il ruolo di mandatario del giudice, incaricato di attuare una decisione già presa dal giudice stesso, con la possibilità per quest'ultimo di esaminare tutte le questioni correlate, conformemente a quanto previsto dal dall'art. 114, c. 6, c.p.a.

Al contrario, nel contesto dell'inerzia, l'organo commissariale è chiamato per la prima volta a pronunciarsi su una richiesta rimasta inevasa, seguendo un ordine giudiziario volto a superare l'inerzia.

Quindi si è dibattuta la natura del commissario *ad acta* nel contesto del rito del silenzio, chiedendosi se egli agisca come ausiliario del giudice o dell'amministrazione. Mentre nell'ambito dell'ottemperanza è consolidato il ruolo del commissario come ausiliario del giudice[17], nel contesto del rito del silenzio questo ruolo presenta alcune peculiarità che hanno indotto la dottrina e la giurisprudenza ad assumere posizioni di distinzione rispetto alla figura nell'ottemperanza, almeno fino alla Plenaria n. 8 del 2021. La questione sebbene cristallizzata dalla Plenaria stessa in termini di unitarietà di disciplina secondo la quale le soluzioni: "*valgono in tutte le ipotesi in cui il processo amministrativo contempla la nomina di un commissario* ad acta *la quale può essere disposta con la sentenza che definisce il giudizio di merito; in sede di ottemperanza al giudicato; in sede di esecuzione di una pronuncia esecutiva o di una ordinanza cautelare; all'esito del ricorso contro il silenzio*"[18] non convince del tutto e non è esente da critiche dalla dottrina molto attenta sul tema[19].

In termini ricostruttivi, si notava che il commissario *ad acta* nel rito del silenzio disponesse di poteri più ampi rispetto a una semplice sentenza di accertamento dell'obbligo di adottare un provvedimento. Sulla base di questa considerazione il commissario *ad acta* non fungerebbe propriamente da ausiliario del giudice, bensì assumerebbe un ruolo di ausiliario dell'amministrazione. Ciò avviene poiché il suo compito non è tanto quello di adottare direttamente il provvedimento, dal momento che la sentenza non può sostituirsi all'amministrazione in tal senso, ma piuttosto di impegnarsi affinché siano soddisfatti tutti i requisiti necessari affinché l'amministrazione possa prendere una decisione e quindi avviare

[16] Per una ricostruzione della dottrina in generale senza esaustività si rinvia a F.G. Scoca, *Sentenze di ottemperanza e loro appellabilità*, in *Foro it.*, 1979, III, p. 4 ss, S. Giacchetti, *Il giudizio d'ottemperanza nella giurisprudenza del Consiglio di giustizia amministrativa*, in *Giur. amm. sic.*, 1988, II, p. 36 ss. e in www.lexitalia.it (par. 6); L. Mazzarolli, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, p. 253; M. Clarich, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2018, p. 540.

[17] Sul punto Ad. Plen. 25 maggio 2021, n. 8.

[18] Per una ricostruzione delle teorie si rinvia a Fusco, *op. cit.*, in questa Rivista.

[19] A. Scognamiglio, *Sul potere di provvedere anche dopo la nomina del commissario ad acta nel giudizio sul silenzio della P.A. (nota ad Ad. Plen. 25 05 2021 n. 8)*, cit.; S. Careggi, *L'esecuzione della pronuncia silenziosa*, cit.

l'attività procedimentale e organizzativa come ad es. indire una conferenza di servizi o addivenire ad accordi amministrativi[20].

In situazioni in cui una sentenza impone all'amministrazione l'obbligo di provvedere, il commissario si trova spesso a prendere decisioni senza alcun vincolo sul contenuto sostanziale dell'atto da adottare, a meno che il giudice del silenzio non si sia pronunciato sull'oggetto della pretesa, come previsto dall'articolo 31, c. 3, c.p.a. Il commissario *ad acta* assume la funzione di redigere l'atto sostitutivo, valutando ogni aspetto, anche discrezionale, come farebbe l'amministrazione stessa.

Nel contesto del giudizio di ottemperanza, invece il vincolo è costituito dall'effetto conformativo del giudicato. Di conseguenza, emerge comunque la differenza dal giudizio di ottemperanza sul punto che non si potrebbe considerare il commissario nell'inerzia come una mera estensione del giudice in quanto egli svolge un'attività di pura sostituzione nell'esercizio del potere proprio dell'amministrazione soccombente. Il collegamento alla pronuncia giudiziale insiste solo per quanto attiene al presupposto della prolungata inerzia dell'amministrazione medesima[21].

Per altro verso, non senza le riserve sopra evidenziate, si ritiene oggi che il commissario *ad acta* nominato nello speciale rito avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 117, c. 3, c.p.a. così come quello nominato in sede di ottemperanza, sia un ausiliario del giudice e non un organo straordinario dell'amministrazione instaurando con l'amministrazione una relazione intersoggettiva e non interorganica[22].

5. Gli atti del commissario e l'attività.

Inoltre volendo indagare la posizione processuale del commissario *ad acta* in base alla tesi del sostituto dell'amministrazione, il commissario agisce come uno degli attori processuali ed è tenuto ad attenersi alle regole applicabili a tali soggetti, comprese le modalità di costituzione in giudizio. Invece se il commissario opera come ausiliario

[20] S.n., *Il processo amministrativo alla prova dei fatti: tutela cautelare e riti speciali. Il punto di vista del primo grado e il punto di vista dell'appello, Riti Speciali*, in https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/195539/nsiga_4643866.pdf/1c2ea4e3-4e48-70fb-77fc-ed63cff32a41?t=1646993005000

[21] Cons. St., sez. IV, 25 giugno 2007, n. 3602, quest'ultima parla di un'ottemperanza "anomala o speciale" poichè "*si prescinde dal passaggio in giudicato della sentenza, e, soprattutto si ammette l'intervento del commissario nell'ambito del medesimo processo, senza più bisogno di un ricorso ad hoc, essendo sufficiente una semplice istanza al giudice che ha dichiarato l'illegittimità del silenzio*" e in quanto l'attività del commissario "*può atteggiarsi come attività di pura sostituzione, in un ambito di piena discrezionalità, non collegata alla decisione se non per quanto attiene al presupposto dell'accertamento della prolungata inerzia dell'amministrazione*".

[22] Cons. St., sez. VI, 11 agosto 2020, n. 5006 in base alla quale: "*È pacifico in giurisprudenza (per tutti, Cons. Stato, IV, 22 ottobre 2019, n.7172) che quando il commissario ad acta è nominato da un'autorità per consentire lo svolgimento delle funzioni dell'ente locale, senza l'indicazione degli specifici atti che deve emanare, la relazione che si instaura con l'ente è di natura interorganica e il provvedimento commissariale va qualificato come atto di un organo straordinario, che può essere rimosso dallo stesso ente locale nell'esercizio dei suoi poteri istituzionali di autotutela. Invece, laddove il commissario è nominato nell'esercizio dei poteri di controllo sostitutivo, per l'adozione di uno specifico atto indicato dall'autorità controllante, la relazione ha carattere intersoggettivo e le statuizioni del commissario possono essere solo impugnate dall'ente locale innanzi al giudice amministrativo. La correttezza di tale ricostruzione appare confermata, in termini di diritto positivo, dall'art. 57 del d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, recante "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia", dedicato proprio alla "equiparazione del commissario ad acta agli ausiliari del magistrato", in quanto ivi si è previsto che "al commissario ad acta si applica la disciplina degli ausiliari del magistrato, per l'onorario, le indennità e spese di viaggio e per le spese sostenute per l'adempimento dell'incarico*".

del giudice, è possibile ammettere una certa flessibilità nei mezzi, poiché egli agisce all'interno di un ambito di competenza del giudice stesso[23]. La giurisprudenza sembra preferire questa seconda posizione e nota come l'intervento del commissario *ad acta* nel processo avverso il silenzio inadempimento non necessiti di un ricorso ma di una semplice istanza[24].

Sulla base di questi ragionamenti la giurisprudenza[25] ha escluso che gli atti adottati dal commissario *ad acta* nominato dal giudice in esito allo speciale giudizio avverso il silenzio-*inadempimento* della pubblica amministrazione possono essere rimossi in autotutela dall'amministrazione sostituita dal commissario[26]. Gli atti del commissario non sono "*geneticamente riconducibili all'ordinario esercizio della potestà amministrativa*", ma conseguono proprio al rilievo giurisdizionale di un illegittimo esercizio di tale potestà o di un'illegittima omissione di tale doveroso esercizio[27].

Oggi la posizione prevalente, confermata anche dalla giurisprudenza commentata, assume che l'istituto del reclamo da attività commissariale, espressamente previsto dal Codice solo in relazione al giudizio di ottemperanza, è applicabile *anche per le attività surrogatorie dell'ausiliario del giudice volte a superare il silenzio*-rifiuto *dell'amministrazione*.

Da qui poi si sviluppa il duplice discorso sulla natura "giudiziaria" degli atti, alla stregua degli atti del commissario designato in sede di giudizio di ottemperanza e la questione sul tipo di attività (di valutazione discrezionale o di mero adempimento) che il commissario è chiamato a svolgere nel giudizio di ottemperanza e nel giudizio avverso il silenzio.

Quindi la natura degli atti del commissario *ad acta* è sempre giudiziale, come nel giudizio di ottemperanza, e si attribuisce la massima estensione allo strumento del reclamo applicandolo a tutti gli atti commissariali, indipendentemente dal loro contenuto, in funzione della natura dell'atto. Tuttavia in caso di terzi estranei al giudicato, gli atti commissariali sono impugnabili secondo il rito ordinario come del resto prevede il 117, c. 6 ultimo periodo. Di conseguenza sul punto però la dottrina ha ritenuto lecito porsi il quesito se dalla duplicità di rimedi possa discendere una duplicità di natura giuridica (amministrativa e giudiziale) degli atti commissariali[28]. La giurisprudenza, oggi minoritaria, ha assunto invece la posizione che l'atto del commissario *ad acta* va impugnato con l'ordinario ricorso impugnatorio anche dalle parti (e non solo da terzi) e quindi non con il rito camerale del reclamo[29].

[23] Sul tema in generale: A. Iannotta, *La natura giuridica del commissario ad acta e il regime di impugnazione dei suoi atti*, in *I Tribunali amministrativi regionali*, 1993, II, p. 414.

[24] Cons. Stato, VI, 9 febbraio 2016, n. 557.

[25] Cons. St., sez. IV, 18 marzo 2021, n. 2335

[26] *In particolare, la natura intersoggettiva, esclude che l'atto emanato vada imputato all'ente sostituito, impedisce non solo che questo stesso possa rimuoverlo in autotutela, ma anche che all'atto possano applicarsi decadenze e preclusioni derivanti dalle omissioni dello stesso ente inadempiente cfr.* Tar Veneto, II, 19 dicembre 2019, n. 1379.

[27] *L'Amministrazione sostituita, pertanto, non viene indebitamente "espropriata" del potere di autotutela, che, nel caso degli atti commissariali, in radice non le compete, proprio perché il commissario non è un organo straordinario dell'Amministrazione, bensì un organo ausiliario del giudice. Di converso, l'Amministrazione non è privata della facoltà di contestare gli atti commissariali, potendo attivare l'apposito rimedio del reclamo, cfr.* Cons. St., sez. IV, 18 marzo 2021, n. 2335.

[28] P.M. Vipiana, *L'ottemperanza al giudicato amministrativo fra l'attività del commissario ad acta e quella dell'amministrazione "commissariata"*, in Urb. e app., n. 10/2015, p. 1055. Tema sviluppato in questa Rivista da Fusco, cit. supra.

[29] Tar Napoli, 17 luglio 2017, n. 3797, sostiene che gli atti di un

Questa teoria poi subisce alcuni temperamenti in quanto vi è l'ulteriore posizione che ammette il reclamo *ex* art. 117, c. 4, c.p.a., solo quando il giudice risolve gli incidenti di esecuzione *strictu sensu* intesi, dando direttive e istruzioni per la corretta esplicazione dei compiti del commissario[30].

Vi sono ulteriori estensioni e posizioni che distinguono il tipo di attività svolta dal commissario, discrezionale o vincolata, e quindi anche di trovarsi di fronte a fattispecie di "inadempimento" (inerzia a fronte di attività vincolata) o "rifiuto" (inerzia a fronte di attività discrezionale). In effetti dalla lettura delle sentenze è agevole individuare nel corpo l'espressione concettuale di silenzio-inadempimento e altre volte quella di silenzio-rifiuto; quindi, a rigor di logica, andrebbero indagate le singole pronunce al fine di capire il tipo di inerzia oggetto di trattazione e l'ambito del potere del giudice in considerazione sempre dell'inciso del comma 2 dell'art. 117 che distingue il totale accoglimento dal parziale accoglimento del ricorso.

6. Le ambiguità.

Sulla scia di quanto detto va considerata l'ipotesi per la quale, il commissario *ad acta* è incaricato ad attuare una decisione giudiziale che ha semplicemente accertato l'obbligo di provvedere. In questa circostanza, il commissario valuta autonomamente e sin dall'inizio il merito della questione. In questo contesto, il commissario non andrebbe considerato come una estensione del giudice, bensì organo straordinario dell'amministrazione pubblica.

L'altra ipotesi, inversa, presuppone invece che il commissario *ad acta* si trovi ad attuare una sentenza del giudice del silenzio che ha riconosciuto fondatezza della pretesa. In questo caso, il commissario trova nella sentenza un'indicazione precisa e vincolante sul contenuto dell'atto da adottare, assumendo un ruolo di ausiliario del giudice e agendo come un organo sostanzialmente giudiziario.

Nel primo caso, gli atti risultano essere provvedimenti amministrativi autonomi, non soggetti all'impugnativa tramite reclamo come previsto dalla normativa in questione. Al contrario, l'impugnativa dovrebbe avvenire secondo le procedure ordinarie.

Nel secondo caso, invece, le parti coinvolte potrebbero contestare l'atto emesso dal commissario qualora non rispetti le disposizioni della sentenza, in conformità con quanto stabilito dall'articolo 117, c. 4[31].

Tuttavia altra giurisprudenza vede nella teoria che sostiene che il commissario *ad acta* in fase di silenzio abbia una "*piena autonomia decisoria*" un'incongruenza con il dato testuale dell'art. 117, c. 4, c.p.a. Quest'ultimo prevede che "*il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto*", facendo così a opinione di questo filone giurisprudenziale, risaltare come il commissario stesso si muova in un contesto governato dal giudice, che ne indirizza, eventualmente anche in senso contenutistico, l'azione[32].

Su questo gioca il "carattere testuale", degli artt. 114 e 117 che "*parlano, con una uniformità terminologica significati-*

Commissario ad acta nominato per porre rimedio alla persistente inerzia dell'amministrazione sono impugnabili con l'ordinario ricorso impugnatorio, e non già con lo strumento del reclamo.

[30] Tar Calabria, sez. I, 26/01/2017, n. 82, Cons. Stato Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 338.

[31] Cons. Stato Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 338.

[32] Cons. St., sez. VI, 11 agosto 2020, n. 5006.

va" di un giudice che "*conosce di tutte le questioni*"[33].

Tuttavia ancora la dottrina ha rilevato come "*l'opzione evidentemente fatta propria dal legislatore non ha però sopito il dibattito intorno alla figura e al ruolo del commissario*"[34]. Sul punto la dottrina, in particolare Scognamiglio, evidenzia, come già prima sopra rilevato, che si "*configurerebbe il paradosso di un sostituto del giudice che gode rispetto a questo di poteri più ampi*" ogniqualvolta "*l'azione va oltre l'effetto conformativo della sentenza*" e il commissario è chiamato a compiere valutazioni discrezionali "*in luogo degli organi (ordinari) dell'amministrazione ogni qualvolta il giudice si sia limitato ad accertare l'inadempimento dell'obbligo di provvedere e ad emettere sentenza di mera condanna*".

7. Una chiave di lettura.

La questione, se non affrontata con una soluzione decisiva, persiste nel creare incertezze e cicli giurisprudenziali lesivi dell'effettività e della certezza da cui può diventare difficile uscire. Affrontare, infatti, una questione senza una risoluzione chiara porta inevitabilmente alla creazione di una situazione problematica, in cui dubbi e incertezze si moltiplicano, alimentando una spirale negativa spesso difficile da interrompere. Questo circolo vizioso, una volta instaurato, diventa un labirinto di complicazioni da cui è arduo trovare una via d'uscita. La chiave sta nel riconoscere l'importanza di una posizione che indica la via per evitare l'insorgere di dinamiche contrarie.

Si consideri il potenziale *vulnus* all'effettività della tutela evidenziato dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento che riforma la sentenza di primo grado la quale prevedeva il regime temporale dell'azione previsto dall'art. 31 c.p.a. in un anno e in alcuni passaggi si richiamava a termini dimidiati, cioè di sei mesi. Termine che appare decisamente incongruo, in quanto estende all'impugnazione di un atto avente indubbio contenuto provvedimentale il regime elaborato dal legislatore per una situazione ontologicamente diversa, ossia per l'azione proposta avverso una inerzia, un non-provvedimento dell'amministrazione, "*con intuitivi effetti anche sul piano della certezza e stabilità degli effetti giuridici discendenti dal provvedimento commissariale*", in particolare quando il giudice di primo grado si fa sfuggire, omettendo di indicare il *dies ad quem* di esperibilità del reclamo e quin-

[33] Se gli atti del commissario fossero provvedimenti imputabili all'ente, ossia se la sua attività fosse un'azione amministrativa autonoma, unicamente legittimata dal giudice solo per il suo avvio, questa estensione della cognizione del giudice non avrebbe senso: non avrebbe senso in rapporto all'esito finale perché, trattandosi di provvedimento amministrativo, questo sarebbe comunque autonomanente impugnabile senza una previsione esplicita; non avrebbe senso in relazione alle attività precedenti all'emissione del provvedimento, in quanto il giudice si ingerirebbe in poteri amministrativi ancora non esercitati (in violazione dell'art. 34 comma 2 c.p.a.) e, anzi, li connoterebbe, cfr. Cons. St., sez. VI, 11 agosto 2020, n. 5006.

[34] L'opzione evidentemente fatta propria dal legislatore non ha però sopito il dibattito intorno alla figura e al ruolo del commissario. In particolare, e in specie con riferimento all'ipotesi della nomina del commissario in sede di ricorso avverso il silenzio, è restata in campo la tesi secondo la quale si tratta di un organo straordinario dell'amministrazione in quanto egli esercita attività discrezionale in senso proprio; ovvero di un organo misto in quanto assume di volta in volta l'uno o l'altro ruolo a seconda che la sentenza abbia altresì accertato la "fondatezza della pretesa" o abbia un contenuto di mera condanna a provvedere; o ancora di un organo ausiliario del giudice, il quale però pone in essere atti soggetti a reclamo dinanzi al giudice che lo ha nominato ovvero con ricorso ordinario di legittimità a seconda che essi siano si muovano o meno entro il perimetro dell'accertamento svolto in sede di giudizio di cognizione. La tesi dell'organo misto è riproposta anche nella giurisprudenza successiva al codice e fino all'Adunanza Plenaria del 9 maggio 2019, n. 7. Cfr. A. Scognamiglio, *Sul potere di provvedere anche dopo la nomina del commissario ad acta nel giudizio sul silenzio della P.A. (nota ad Ad. Plen. 25 05 2021 n. 8)* in *questa Rivista*, cit. e Stessa A., *Silenzio della PA e regime giuridico del provvedimento sopravvenuto alla nomina del commissario ad acta*, in *questa Rivista*, cit.

di intende far decorrere *ex novo* il termine annuale dall'atto (commissariale) sopravvenuto, ma non si capisce bene da quando (potendo eventualmente intuire la data della pubblicazione o comunicazione)[35]. Nel contesto dell'incertezza dei termini, l'alto *risiko* sulla scelta dei termini e quindi del rito assomiglia a una *roulette russa*, dove ogni scelta rispetto a quella del termine più breve è potenzialmente rischiosa con esiti incerti.

La chiave di lettura, e la soluzione, è data dalla posizione di Scognamiglio sul meccanismo di reclamo previsto dall'art. 117, c. 4. Questo ragionamento mette in evidenza il ruolo del giudice e il controllo (sindacato) sugli atti del commissario *ad acta* e offre la prospettiva su come il sistema funzioni e su quali siano gli ambiti di intervento del giudice. Sebbene la questione dei termini non sia il fulcro centrale della discussione emerge comunque incidentalmente.

L'art. 117, c. 4. conferisce al giudice la competenza di esaminare "*tutte le questioni*" relative agli atti del commissario *ad acta*, estendendo il suo controllo a ogni aspetto dell'atto, inclusa la sua conformità ai principi di buon andamento, legalità e imparzialità. Quindi il "sindacato" menzionato nella norma si riferisce alla capacità del giudice di valutare e controllare gli atti del commissario *ad acta*. La norma stabilisce che tale controllo è ampio, implicando che il giudice può esaminare non solo la legalità dell'atto, ma anche la sua opportunità, efficacia e correttezza secondo i principi di buon governo. La particolarità di questo meccanismo di reclamo risiede nel fatto che si inserisce in una fase esecutiva o di ottemperanza del processo, ovvero quella fase in cui si attua concretamente quanto deciso in precedenza.

In questa fase, il giudice agisce all'interno della giurisdizione di merito, il che significa che il suo intervento è finalizzato a garantire l'effettiva realizzazione di quanto stabilito nel corso del processo.

In tale contesto il giudice non assume un ruolo sostitutivo o direttivo nei confronti dell'amministrazione o del commissario *ad acta* prima dell'emanazione dell'atto (*ex ante*), ma interviene dopo (*ex post*), valutando l'adeguatezza dell'azione dell'ausiliario (il commissario *ad acta*) in termini sia di legittimità che di merito. Questo significa che il giudice non dirige l'azione amministrativa prima che essa si realizzi, ma valuta l'operato del commissario *ad acta* dopo che l'atto è stato compiuto, con la possibilità di attribuire una maggiore ampiezza di poteri in questa fase, rispetto a quelli che avrebbe in un contesto di controllo *ex ante*[36].

In sintesi, il concetto chiave è che, in sede di reclamo, il giudice dispone di un ampio potere di controllo sugli atti del commissario *ad acta*, potendo esaminare ogni aspetto dell'atto, sia sotto il profilo della legittimità che del merito, in una fase successiva all'emanazione dell'atto stesso, al fine di garantire il rispetto dei principi fondamentali dell'azione amministrativa.

Andrea Crismani

[35] Cfr. Sentenza in commento n. 254/2024 pt. 11.8.

[36] Cfr. Scognamiglio, *Sul potere di provvedere anche dopo la nomina del commissario ad acta nel giudizio sul silenzio della P.A.* cit.

3. Ammissibilità in appello dei mezzi di prova "sopravvenuti". Il principio dispositivo con metodo acquisitivo e il divieto di nova in appello (nota a Cons. di Stato, Sez. II, 26 gennaio 2024, n. 845)

Sommario: 1. La vicenda giuridica. – **2.** Il principio dispositivo con metodo acquisitivo. – **3.** Il divieto di nuove domande e le sue deroghe. – **4.** Conclusioni.

1. La vicenda giuridica.

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato veniva chiamato a pronunciarsi su un ricorso proposto dal Caporal Maggiore Capo dell'Esercito Italiano al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento di rigetto dell'istanza di riconoscimento di infermità, dipendente da causa di servizio e del beneficio dell'equo indennizzo, nonché del sotteso parere negativo del Comitato di verifica per le cause di servizio.

Si chiedeva, inoltre, la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni, derivante da responsabilità contrattuale *ex* art. 2087 cod. civ.[1], in relazione alla malattia riscontrata dal ricorrente causalmente riconducibile alle modalità ed alla tipologia del servizio prestato in occasione delle missioni internazionali all'estero.

Sulla vicenda, il giudice di prime cure, sulla scorta del rilievo scientifico a mente del quale «il rischio per la salute riconducibile all'esposizione all'uranio impoverito sussiste significativamente solo per l'effetto dell'inalazione di sostanze cancerogene a seguito dell'impatto dei proiettili all'uranio impoverito, ossia solo per chi si sia trovato

[1] Cfr. sul punto Cons. di Stato, sez. II, 3 novembre 2023, n. 9523, ove in ragione dell'esposizione a sostanze nocive il giudice stabiliva che: "L'Amministrazione della difesa, quale Ente datoriale, è sottoposta agli obblighi di protezione stabiliti dall'art. 2087 c.c., che impone a quanti ricorrano ad energie lavorative di terzi di adottare "misure" idonee, secondo un criterio di precauzione e di prevenzione, a "tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro". La disposizione, che enuclea un dovere di protezione che arricchisce *ex lege* (cfr. art. 1374 c.c.) il rapporto obbligatorio riveniente dal contratto di lavoro, non ha una portata solo settoriale ma, al contrario, delinea un principio generale di tutela del prestatore di lavoro che si proietta prismaticamente in tutto l'ordinamento: come tale, integra un referente normativo e valoriale di impatto sistemico e, pertanto, trova applicazione anche nel caso del rapporto di impiego o, comunque, di servizio fra il militare e l'Amministrazione della difesa".

a brevissima distanza di tempo da un mitragliamento con l'utilizzo di uranio impoverito e nell'immediate vicinanze di veicoli o edifici colpiti»[2], aveva ritenuto che la malattia contratta dal ricorrente non era eziologicamente collegata all'attività da questi svolta.

In sostanza, secondo l'organo giudicante, la partecipazione ad azioni di guerra sul terreno era condizione necessaria per l'insorgere dei danni derivanti da esposizione ad uranio impoverito: condizione non verificatasi nel caso di specie, atteso che il ricorrente aveva svolto soltanto mansioni di conduzione di automezzi.

Dalla vicenda, portata dinanzi al Tar, ne derivava sentenza di rigetto, avverso la quale il Caporal Maggiore Capo dell'E.I. proponeva appello.

Dinanzi al Consiglio di Stato l'appellante deduceva il vizio di carenza di istruttoria – sia per il parere del comitato di verifica, sia per la sentenza del Tar – sulle attività effettivamente svolte, sull'inquinamento chimico, fisico e radioattivo nel territorio dell'area balcanica e sul mancato impiego di dotazione tecnica specifica per lo svolgimento delle operazioni.

A tanto aggiungeva che il Tar adito non aveva disposto una verificazione o una c.t.u., alla cui mancanza chiedeva di supplire, presentando apposita relazione di parte di cui chiedeva l'ammissione.

Di tale relazione il Consiglio di Stato ammetteva la produzione e ne disponeva la verificazione, sostenendo che si trattasse di «atto che la parte appellante non aveva potuto produrre in primo grado, a causa della veloce definizione di quel giudizio e del tempo resosi necessario per l'acquisizione dei materiali biologici presso l'Ospedale che li deteneva, oltre che per la complessità dell'indagine»[3].

L'ammissibilità della relazione nel giudizio in appello apre la strada ad una serie di riflessioni sul divieto di *nova* probatori in appello e sulle sue eccezioni[4].

2. Il principio dispositivo con metodo acquisitivo.

Il processo amministrativo viene configurato come processo a carattere soggettivo, in conformità con quanto previsto dall'art. 24 comma 1 Cost.; il fine risulta essere la tutela di una situazione giuridicamente protetta, in cui il soggetto che ne è titolare, lamentando una lesione di quell'interesse, chiede giustizia dinanzi agli organi giurisdizionali, non avendo potuto conseguire il risultato sperato al di fuori del processo. Ciò significa che il processo amministrativo, al pari di quello civile, risponde al principio della domanda, espresso dagli artt. 99 e 112 c.p.c., i quali trovano riscontro, oltre che in virtù del rinvio esterno operato dall'art. 39 c.p.a., anche in relazione al disposto degli art. 41, co. 1, e 34, co. 1, c.p.a., a norma dei quali, rispettivamente "le domande si introducono con ricorso" ed il giudice adotta le

[2] Cfr. sentenza in commento, p. 2.

[3] Cfr sentenza in commento, p. 4.

[4] F. Saitta, *I nova nell'appello amministrativo*, Milano, 2010; Id., *Processo amministrativo ed appello incidentale: "vetera et nova"*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2020, 862-892; Id., *La «correzione del tiro» nel processo amministrativo: oscillazioni giurisprudenziali in tema di "emendatio" e "mutatio libelli"*, in *Dir. e proc. amm.*, 3/2020, 663-710, R. Vaccarella, *Il divieto dei "nova" nell'appello del giudizio amministrativo*, V. Domenichelli, *Le sopravvenienze in appello: introduzione al tema*, M. Lipari, *Le sopravvenienze nel giudizio di appello*, tutti in F. Francario – M.A. Sandulli, *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, Castello di Modanella (Siena), 19-20 maggio 2017, Napoli, 2018.

pronunce previste dal codice "nei limiti della domanda".

Pur non mancando chi ha affermato che il processo amministrativo «sia stato progressivamente ricostruito come processo di parti, muovendo però da un impianto (normativo e teorico) che mostrava i caratteri della giurisdizione oggettiva, nell'interesse della legalità delle decisioni autoritative»[5], tuttavia, il giudizio è anche, fuor di dubbio, caratterizzato dalla asimmetria delle parti.

In alcune ipotesi, tale squilibrio, può riflettersi sulla disponibilità delle prove, atteso che il soggetto privato possa trovarsi nella complicata condizione di non essere nella possibilità di acquisire le necessarie evidenze, essendo le stesse nell'esclusivo possesso dell'amministrazione[6].

Da ciò, si rende necessario che il giudice amministrativo conservi poteri istruttori[7], utili a realizzare in concreto il bilanciamento delle posizioni processuali di parte privata e parte pubblica e da tali peculiari caratteristiche, emergerebbe la natura del processo amministrativo come tendenzialmente "oggettiva", in antitesi alle regole dei processi a carattere soggettivo, base di partenza dalla quale era stato originariamente ideato e concepito.

Il giudice diviene "signore della prova"[8], nel senso che gli sarebbe concesso il naturale potere di alterare il gioco delle parti in virtù della soluzione individuata come giusta nel rapporto sostanziale; l'attività istruttoria del giudice, se non può mai tradursi nella sostituzione della parte rimasta inerte nell'allegazione e nella successiva prova dei fatti, può invece sempre essere diretta ad evitare che la posizione di debolezza del privato rispetto al potere gli impedisca di far valere nel processo la propria pretesa.

Nondimeno, nella sentenza in commento, parte ricorrente non si era fatta trovare inerte in ordine all'allegazione della prova, ma risultava semplicemente sfornita di questa a causa della veloce definizione del giudizio di primo grado, che non aveva la-

---

[5] L.R. Perfetti, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 72.

[6] Aa.Vv., *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, in F. Francario – M.A. Sandulli (a cura di), Napoli, 2017; M.A. Sandulli, Pro*fili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa: il confronto*, in *www.federalismi.it*, febbraio 2017; G.D. Comporti, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Peir Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 743-826; V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, 341-390; A. Travi, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Foro it.*, 5, 2015, III, 286 ss.; E. Follieri, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva (nota a Cons. Stato, Ad. Plen. 27 aprile 2015, n. 5)*, in *Giur. it.*, 2015, 10, 2192-2203, B. Marchetti, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1, 74-106.

[7] F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 204 -211; F.G. Scoca, *Mezzi di prova e attività istruttoria*, in *Il processo amministrativo*, Commentario a cura di A. Quaranta – V. Lopilato, Milano, 2011, 539 ss.; L.R. Perfetti, *Prova (diritto processuale amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, annali 2008, Milano, 917-946; Id., *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Dir. proc.*, 2015, 1, 72-103; A. Police, *I mezzi di prova e l'attività istruttoria*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. Cirillo, cap. 17, Padova, 2014; C.E. Gallo, *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IX, Torino 1994, 8-15; Id., *I poteri istruttori del giudice amministrativo*, in *Ius publicum*, 2011; F. Saitta, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2017, 911 ss.; L. Bertonazzi, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005; A. Chizzini, *I poteri istruttori del giudice amministrativo in generale e nella giurisdizione esclusiva*, in Aa.Vv., *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, a cura di B. Sassani – R. Villata; A. Chizzini – L. Bertonazzi, *L'istruttoria*, in Aa.Vv., *Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani – R. Villata, Torino; M.A. Sandulli, Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo, in *Dir. e soc.*, 2/2020, 195-221.

[8] Sul punto cfr., M. Nigro, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Foro it.*, 1976, V, c. 9.

sciato al ricorrente il tempo necessario per l'acquisizione dei materiali biologici.

In altri termini, anche se nel processo amministrativo vige il principio per cui l'onere della prova incombe sulla parte ricorrente, il giudice mantiene un significativo ed autonomo potere di acquisizione probatoria, utile a compensare gli squilibri derivanti dalla diversa natura delle parti in giudizio e seppur è indubbio che il processo amministrativo è processo di parti – come parrebbe dimostrato dalle norme della Costituzione e del c.p.a. che disciplinano l'istruttoria amministrativa – dalle evidenze processuali emergono tratti che mettono in crisi tale impostazione.

Nel caso *de quo* il giudice ammetteva la produzione, mancante in primo grado, e ne disponeva la verificazione esercitando così i suoi forti e penetranti poteri, utili a definire il cd. "principio dispositivo con metodo acquisitivo"[9] ricavabile dall'art 64 cod. proc. amm. a mente del quale sulla parte interessata a provare un fatto grava un onere probatorio alleggerito, essendo sufficiente che essa produca un principio di prova, fermo l'onere di definire con precisione il *thema probandum,* allegando tutti i fatti da provare in modo sufficientemente circostanziato.

Specularmente, il giudice ha un potere-dovere di acquisire ulteriore materiale probatorio integrativo in soccorso della parte che, senza sua colpa, non era nelle condizioni di fornire la piena prova nel momento acquisitivo dell'istruttoria; tale impostazione inevitabilmente si riflette sul giudizio di appello con in quest'ultimo di "elementi potenzialmente sovversivi"[10].

3. Il divieto di nuove domande e le sue deroghe.

Preliminarmente, deve rammentarsi che l'appello è un mezzo di impugnazione devolutivo, atteso che trasferisce al giudice di secondo grado la stessa controversia decisa dal giudice di primo grado.

La portata dell'effetto devolutivo, però, non può travalicare i confini della controversia fissati in primo grado.

In tal senso rileva l'art 104 comma 1 cod. proc. amm. ai sensi del quale nel giudizio

[9] Sul principio dispositivo con metodo acquisitivo, si veda tra gli altri, M.A. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Napoli 1963, 234; R. Villata, *Riflessioni introduttive allo studio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 201 ss.; Id., Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 195 ss.; L. Migliorini, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977; Id., *Istruzione (istruzione del processo amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, vol. XVIII; Id., *Brevi note sulla posizione del giudice e delle parti nel processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Giannini*, I, Milano, 1988, 451; F.G. Scoca, *Commento all'art. 63*, in Lopilato e Quaranta (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 535; G. Corso, *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma 2003, vol. XVIII; G. Abbamonte, *La prova nel processo amministrativo*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1985, 679; C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994; Id., *L'istruttoria processuale*, in Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, 2ª ed., V, Milano, 2003, 4391 ss.; G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2010, 256 ss.; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione avanti il giudice amministrativo*, vol. II, Milano 2001; Id., *Istruzione preventiva e processo amministrativo: riflessioni a margine di una recente pronuncia*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 629; F. Saitta, *I nova nell'appello amministrativo*, cit., 289 ss.; Degli Esposti, *Appunti sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 276; L.R. Perfetti, *Sull'istruttoria nel processo amministrativo oltre il "metodo acquisitivo". Osservazioni sulla relazione tra art. 64 c.p.a. ed art. 213 c.p.c.*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli 2012, 739; Id., *Prova (processo amministrativo)*, in *Enc. dir. Annali*, II, 2, Milano, 2009, 917; F. Saitta, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo*, cit.; M. Nigro, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, cit., 6 ss.

[10] Cfr. L.R. Perfetti, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, cit.

di appello non possono essere proposte nuove domande, né nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio[11]. La norma sancisce il divieto di *ius novorum*, che impedisce l'ampiamento in appello del *thema decidendum*, attraverso la proposizione di nuovi motivi o l'ampliamento dei motivi precedentemente dedotti. Secondo un orientamento ormai consolidato, il divieto di motivi nuovi in appello costituisce la logica conseguenza dell'onere di specificità dei motivi di impugnazione (in primo grado) del provvedimento amministrativo e più in generale dell'onere di specificazione della domanda da parte di chi agisce in giudizio.

Nondimeno, la regola generale conosce più di un'eccezione.

Precisamente, il comma terzo dell'art 104 consente la proposizione di motivi aggiunti – e, dunque, nuovi – qualora la parte venga a conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado da cui emergano vizi degli atti o dei provvedimenti amministrativi impugnati[12].

Allo stesso modo, esiste deroga al divieto generale, nella previsione del comma 2 nella parte in cui ammette nuovi mezzi di prova e consente la produzione di documenti nuovi, in tutte quelle fattispecie in cui il giudice li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile.

Tale situazione si è di fatto verificata nel caso di specie e, sulla ritenuta impossibilità della parte di produrre in primo grado la relazione scientifica, il giudice ha dichiarato l'ammissibilità del nuovo mezzo di prova.

In sede di prima applicazione delle disposizioni del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, la giurisprudenza amministrativa ha affrontato alcune importanti questioni interpretative relative alla portata del divieto in parola.

Sul punto, il Consiglio di Stato ha confermato che il divieto di *nova* in appello concerne le prove precostituite (documenti) al pari di quelle costituende e che i presupposti per derogare al divieto in questione (indispensabilità ai fini della decisione e impossibilità incolpevole di proporli o produrli nell'ambito del primo giudizio) hanno carattere alternativo e non cumulativo.

Sebbene la vicenda oggetto di commento sia caratterizzata dall'avverarsi del secondo presupposto richiamato dal comma 2 dell'art. 104 c.p.a, non possono omettersi talune riflessioni sul requisito della indispensabilità della prova ai fini della decisione.

Il concetto di indispensabilità deve essere indagato alla luce della consolidata giurisprudenza che non considera prova indispensabile «quella di per sé idonea a eliminare ogni possibile incertezza circa la ricostruzione fattuale accolta dalla pronuncia gravata, smentendola o confermandola senza lasciare margini di dubbio, oppure

---

[11] Sul punto il Consiglio di Stato ha precisato che "*il divieto di domande o eccezioni nuove in appello ex art. 104, comma 1, c.p.a. si applica solo all'originario ricorrente, poiché solo a quest'ultimo, una volta delimitato il thema decidendum con i motivi di impugnazione articolati in primo grado, è precluso un ampliamento dello stesso nel giudizio d'appello; viceversa, rispetto alle parti resistenti il medesimo divieto va inteso come riferito alle sole eccezioni in senso tecnico, non rilevabili d'ufficio, ma non anche alle mere difese rispetto agli altrui motivi di impugnazione, il cui accoglimento determina l'interesse a formulare ogni censura volta ad ottenere la riforma della sentenza in sede d'appello*" (Cons. di Stato, sez. III, 25 marzo 2021, n. 2530).

[12] A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit.; F.G. Gallo, *Giustizia amministrativa*, cit.; R. Villata, *Considerazioni sull'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 131 ss.; F. Patroni Griffi, *Il metodo di decisione del giudice amministrativo*, in *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, cit., 43 ss.; M. Taruffo, *Giustizia, procedure e processo*, in *Ragion pratica*, 9/1997; B. Pastore, *Giusto processo e verità giudiziale, Filosofia del diritto*, in *unife.it*.; F. Francario – M.A. Sandulli, *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, cit.

provando quello che era rimasto non dimostrato o non sufficientemente dimostrato, a prescindere dal rilievo che la parte interessata sia incorsa, per propria negligenza o per altra causa nelle preclusioni istruttorie del primo grado»[13], bensì la prova prodotta per la prima volta in appello, funzionale alla dimostrazione di un fatto concernente un'eccezione in rito rilevabile d'ufficio dal giudice, dunque sempre ammessa, nonché quelle prove per cui si dimostri l'impossibilità, per la parte, di acquisire la conoscenza dei fatti dedotti in giudizio con altri mezzi che ella aveva l'onere di fornire, nelle forme e nei tempi stabiliti[14].

In definitiva, possono considerarsi indispensabili soltanto quelle prove che in base a circostanze oggettive non potevano essere prodotte in primo grado, perché la parte non ne aveva la disponibilità ovvero perché l'esigenza probatoria è sorta *ex novo* in grado di appello[15].

Quanto sin ora esposto, consente di rilevare che il criterio utilizzato ha la capacità di modulare i poteri istruttori del giudice; questi possono essere ampliati ovvero restrinti in relazione al caso concreto e da ciò deriva, inevitabilmente, una significativa flessibilità interpretativa.

4. Conclusioni.

L'ammissibilità di nuove prove documentali, attraverso la valorizzazione del metodo acquisitivo, non si pone in contrasto con il divieto di cui all'art 104 comma 2, laddove il giudice abbia constatato l'impossibilità di una preventiva acquisizione ovvero l'indispensabilità ai fini della decisione.

Nella vicenda in esame il Consiglio di Stato si era persuaso considerando la veloce definizione del giudizio di prime cure che non aveva lasciato il tempo necessario per l'acquisizione dei materiali biologici a parte ricorrente. L'esercizio di poteri officiosi da parte del giudice amministrativo, come osservato da autorevole dottrina[16], deve essere inteso come «risorsa fondamentale per assicurare l'effettività della tutela nei confronti dell'amministrazione e la giustizia nell'amministrazione».

Il sotteso principio dispositivo con metodo acquisitivo si giustifica allora alla luce della sostanziale disparità che caratterizza le parti del processo amministrativo sotto il profilo dell'accesso al materiale probatorio: il fondamento del principio si rinviene evidente nella *ratio* riequilibratrice, peraltro coerente con il principio della vicinanza della prova.

[13] In tale circostanza le S.U. erano state chiamate a pronunciarsi sul contrasto esistente tra le sezioni semplici a proposito del concetto di prova indispensabile ai sensi dell'art. 345, comma 3, cod. proc. civ. nel testo (coincidente con quello attuale dell'art. 104, comma 2, cod. proc. amm.) vigente prima dell'ultima novella apportata dall'art. 54, comma 1, lett. b), del d.l. n. 83 del 2012, convertito nella legge n. 134 del 2012 (Corte di Cassazione, Sez. Unite, 4 maggio 2017 n. 10790).

[14] Sul tema della produzione di nuovi mezzi di prova in appello il Consiglio di Stato ha stabilito, a più riprese, che questa è subordinata alla verifica della sussistenza di una causa non imputabile alla parte di esibirli in primo grado, ovvero alla valutazione di indispensabilità collegata all'impossibilità di acquisire la conoscenza di quei fatti con altri mezzi che la parte avesse l'onere di fornire nelle forme e nei tempi stabiliti dalla legge, sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2018, Cons. Stato, Sez. III, 22 maggio 2019; Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 2018.

[15] R. Dagostino, *Principi e regole dell'istruttoria in appello e intellegibilità della decisione giudiziaria. A proposito di una sentenza "oscurata" (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 27 luglio 2021 n. 5560)*, in *Giustizia insieme*, 2021.

[16] M.A. Sandulli, *La giurisdizione plurale: Giudice e potere amministrativo. La "risorsa" del giudice amministrativo*, in *Questione Giustizia*, 1/2021.

Non è novità, infatti, che vi sia una sostanziale differenza fra la regola probatoria posta dall'art. 2697 c.c. e quella di cui all'art. 64, comma 1, c.p.a. in quanto, nel processo amministrativo deve riconoscersi una certa flessibilità nella definizione dei criteri di riparto dell'onere della prova, non essendo quelli cristallizzati in uno schema precostituito e astratto, piuttosto calibrati sul principio della vicinanza o disponibilità della prova[17].

D'altra parte, il potere riconosciuto al giudice, per non snaturare l'essenza del processo amministrativo, deve essere esercitato entro confini specificati, il rischio è quello di incorrere in una ricostruzione diversa dalla realtà fattuale, anche grazie ai limiti e alle decadenze offerte dalla normativa, ben potendo l'indeterminata discrezionalità del giudice sfociare in esiti contrastanti con quelli individuati a monte dal legislatore[18].

Carmine Filicetti

[17] F. Saitta, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo*, cit.

[18] R. Dagostino, *Principi e regole dell'istruttoria in appello e intellegibilità della decisione giudiziaria. A proposito di una sentenza "oscurata" (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 27 luglio 2021 n. 5560)*, cit.

4. Notificazione per pubblici proclami e integrità del contraddittorio nel processo amministrativo (commento a Cons. di Stato, Sez. VII, 12 febbraio 2024, n. 1414)

Sommario: 1. Premessa. – **2.** Una breve ricostruzione della vicenda processuale. – **3.** La notificazione per pubblici proclami nel processo amministrativo. – **4.** L'orientamento "restrittivo" del T.A.R. Lazio sull'applicazione dell'istituto. – **5.** La soluzione "garantista" adottata dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento. – **6.** Alcune interessanti precisazioni sull'ordine di esame delle questioni in rito e sulla priorità della tutela del contraddittorio. – **7.** Alcune brevi considerazioni conclusive sui *dicta* della sentenza.

1. Premessa.

La sentenza in commento offre delle interessanti precisazioni sul perimetro applicativo dell'istituto della notifica per pubblici proclami nel processo amministrativo con riferimento alla tutela del contraddittorio processuale[1].

Il Consiglio di Stato, in antitesi ad un orientamento maggiormente restrittivo del TAR Lazio, ritiene che l'applicazione di tale forma di notificazione possa essere richiesta anche in assenza della previa instaurazione del contraddittorio nei confronti di almeno un controinteressato, sempre che la relativa istanza venga richiesta tempestivamente (entro il termine decadenziale per la proposizione del ricorso) e che vi sia una situazione di particolare difficoltà nel procedere alla notificazione nelle forme ordinarie (a causa del numero delle persone da chiamare in giudizio).

La sentenza, inoltre, si sofferma sull'ordine di esame delle questioni in rito a seguito di rinvio *ex* art. 105, comma 1 c.p.a. in presenza di contraddittorio non integro[2].

[1] Sulla disciplina generale della notificazione nel processo civile si segnalano: M.S. Giannini, *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 773 ss.; C. Punzi, *Notificazione* (dir. proc. civ.), in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 642 ss.; G. Balena, *Notificazione e comunicazione*, in *Dig. civ.*, XII, Torino, 1995, 259 ss.; S. La China, *Notificazione* (*diritto processuale civile*), Postilla, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006. Sul tema della notifica del ricorso nel processo amministrativo si segnala F. De Leonardis, *Notificazione del ricorso* (giur. amm.), in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV Agg., 2010, 296 ss.

[2] Sull'istituto della rimessione al primo giudice nel processo amministrativo si rinvia a: S. Cassarino, *Il rinvio al giudice di primo grado nella sentenza amministrativa di appello*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 10 ss.; S. Menchini, *La rimessione della causa*

Più precisamente, viene evidenziato come la decisione del giudice di primo grado di pronunciare l'irricevibilità del ricorso a contraddittorio non integro, cambiando il precedente ordine di esame delle questioni in rito, possa comportare la necessità di un ulteriore rinvio al giudice di primo grado nel caso in cui detta decisione venga riformata in appello, con evidente detrimento della ragionevole durata del processo[3].

2. Una breve ricostruzione della vicenda processuale.

La vicenda processuale da cui origina il caso di specie si è sviluppata attraverso due pronunciamenti del TAR Lazio a cui si sono susseguite altrettante sentenze del Consiglio di Stato, l'ultima delle quali è la pronuncia in commento[4].

Con il ricorso introduttivo proposto dinanzi al TAR del Lazio, il ricorrente impugnava una graduatoria regionale per il reclutamento a tempo indeterminato di personale docente nelle scuole secondarie di primo e secondo grado, lamentando il mancato riconoscimento del punteggio per il servizio prestato nella scuola con contratto a tempo indeterminato. Il Collegio investito della questione, però, non entrando nel merito della controversia, dichiarava il ricorso inammissibile per la mancata notifica ad almeno uno dei controinteressati, senza aggiungere null'altro nella motivazione della sua decisione[5].

Detta sentenza veniva appellata da parte ricorrente che sosteneva di aver tempestivamente proposto l'istanza di autorizzazione alla notifica per pubblici proclami ai sensi dell'art. 41, comma 4 c.p.a., istanza sulla quale il TAR adito non si era pronunciato né in sede collegiale, né in sede monocratica. Veniva, cioè, evidenziato come l'omessa notifica non fosse imputabile al ricorrente, ma al giudice che non si era pronunciato sull'autorizzazione alla notifica per pubblici proclami. In accoglimento di tale motivo di gravame il Consiglio di Stato annullava la decisione di primo grado con rinvio al medesimo giudice *ex* art. 105, comma 1 c.p.a.[6]

Il TAR Lazio – reinvestito della questione con ricorso notificato anche nelle forme ordinarie a due controinteressati – non si uniformava alla sentenza del Consiglio di Stato e, dopo aver meglio argomentato le motivazioni che lo avevano portato a determinarsi per l'inammissibilità del primo ricorso a causa dell'omessa notifica ad almeno uno dei controinteressati, riteneva di non dover comunque procedere all'estensione del contraddittorio in considerazione della manifesta irricevibilità del ricorso originario, eccepita dall'amministrazione resistente nell'ambito del primo giudizio (ma non presa in esame nella prima sentenza)[7].

al primo giudice nell'appello amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 336 ss.; S. Perongini, *L'annullamento della sentenza appellata con rinvio al primo giudice, secondo il codice del processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 2010, 1109 ss. Per un commento all'art. 105 c.p.a. si segnala: R. De Nictolis – M. Nunziata, *Commento all'art. 105 c.p.a.*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 965 ss.

[3] Sulla ragionevole durata del processo, tra i tanti contributi, si segnalano: F. Auletta, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 959 ss.; M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; M.A. Sandulli, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *Federalismi.it*, n. 18/2014.

[4] Cons. di Stato, Sez. VII, 12 febbraio 2024, n. 1414, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[5] T.A.R. Lazio (Roma), Sez. Terza Bis, 21 ottobre 2020, n. 10724, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[6] Cons. di Stato, Sez. VII, 10 maggio 2022, n. 3657, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[7] T.A.R. Lazio (Roma), Sez. Terza Bis, 24 marzo 2023, n. 5194, in

Questa seconda sentenza (di irricevibilità) del TAR Lazio veniva impugnata nuovamente in Consiglio di Stato dove il Collegio adito, trattenendo la decisione nel merito, ha definito la vicenda conteziosa con la sentenza in commento[8]. Con detta pronuncia il giudice d'appello, superate le eccezioni di inammissibilità (per omessa notifica ad almeno uno dei controinteressati) e di irricevibilità (per tardività nella notifica del primo ricorso), ha accolto l'appello dichiarando fondato il ricorso di primo grado, con il conseguente annullamento dei provvedimenti originariamente impugnati dal ricorrente.

3. La notificazione per pubblici proclami nel processo amministrativo.

Per comprendere adeguatamente il portato di questa decisione appare utile effettuare una breve analisi dell'istituto della notifica per pubblici proclami nell'ambito del processo amministrativo[9].

Detta modalità di notificazione è prevista in due distinte disposizioni del codice del processo amministrativo: nell'art. 41 c.p.a., relativo alla *"Notificazione del ricorso e suoi destinatari"*, il cui comma 4 prevede che *"Quando la notificazione del ricorso nei modi ordinari sia particolarmente difficile per il numero delle persone da chiamare in giudizio il presidente del tribunale o della sezione cui è assegnato il ricorso può disporre, su richiesta di parte, che la notificazione sia effettuata per pubblici proclami prescrivendone le modalità"*; e nell'art. 49 c.p.a., relativo alla *"Integrazione del contraddittorio"*, il cui comma 3 prevede che *"Il giudice, nell'ordinare l'integrazione del contraddittorio, fissa il relativo termine, indicando le parti cui il ricorso deve essere notificato. Può autorizzare, se ne ricorrono i presupposti, la notificazione per pubblici proclami prescrivendone le modalità"*. La notifica per pubblici proclami, quindi, è prevista: sia anteriormente all'instaurazione del giudizio, quando può essere chiesta dal ricorrente ed autorizzata dal Presidente con riferimento alla notifica del ricorso introduttivo; sia posteriormente all'instaurazione del giudizio, quando può essere disposta d'ufficio dal giudice successivamente alla notifica del ricorso nelle forme ordinarie ad alcuno dei controinteressati, ma sia necessario darne notizia anche ad altri soggetti[10].

Con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, pertanto, le concrete modalità di effettuazione della notifica per pubblici proclami sono state rimesse integralmente al giudice che le dispone liberamente a seconda del caso concreto[11].

---

www.giustizia-amministrativa.it.

[8] Cons. di Stato, n. 1414/2014, cit.

[9] Sul tema della notifica per pubblici proclami nel processo amministrativo si rinvia ai contributi di: G. Farrelli, *La nuova frontiera del processo amministrativo telematico: la notifica per pubblici proclami*, in *www.giustamm.it*, 2014; N. Paolantonio, *Autorizzazione alla notifica per pubblici proclami e tutela del contraddittorio*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 103 ss., a cui si rimanda anche per un'interessante e completa analisi storico-evolutiva dell'istituto (pur se anteriore all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo).

[10] In altre parole, questa forma eccezionale di notifica può essere utilizzata in due momenti diversi e con presupposti applicativi differenti: in base all'art. 41, comma 4 c.p.a., può essere richiesta dalla parte e concessa dal Presidente per la notifica del ricorso introduttivo al fine dell'instaurazione della lite; in base all'art. 49, comma 3 c.p.a., può essere concessa d'ufficio dal giudice per ordinare l'integrazione del contraddittorio tramite l'invio del ricorso, già notificato nelle forme ordinarie ad almeno un soggetto controinteressato, anche a tutti gli altri soggetti controinteressati.

[11] La notificazione per pubblici proclami era già prevista nel r.d. n. 642/1907 (Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni

Consolidata giurisprudenza, però, ha precisato come, in mancanza di specifiche indicazioni da parte del giudice, debba ritenersi senz'altro applicabile, in forza c.d. "rinvio esterno" di cui all'art. 39, comma 2 c.p.a.[12], la disciplina contenuta nel codice di procedura civile, secondo la quale la notificazione per pubblici proclami si perfeziona mediante il deposito di copia dell'atto nella casa comunale del luogo in cui ha sede l'ufficio giudiziario davanti al quale si promuove o si svolge il processo e con l'inserimento di un estratto di esso nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica[13]. Quindi, in assenza di diverse prescrizioni da parte del giudice che la dispone, la notifica per pubblici proclami può ritenersi perfezionata soltanto mediante il rispetto del suddetto *iter* procedimentale e con la prova del deposito della documentazione ad essa relativa nella Segreteria del giudice che ha ordinato l'incombente, con la conseguenza che l'omissione di tale ultimo adempimento comporta l'improcedibilità del ricorso[14].

La notificazione del ricorso per pubblici proclami, per sua natura eccezionale in relazione alle minori garanzie che presenta rispetto alla notificazione in forma ordinaria, deve essere eseguita in modo da rendere più probabile e meno disagevole la conoscenza effettiva da parte dei destinatari; quindi, in linea generale (ossia salva l'ipotesi di difficoltà di identificazione dei controinteressati), il relativo annuncio deve contenere l'indicazione dei nominativi dei controinteressati oltre che degli estremi del ricorso, del nome del ricorrente e dell'amministrazione intimata, dei provvedimenti impugnati e di un sunto dei motivi di gravame, in carenza dei quali la notifica è inesistente[15].

4. L'orientamento "restrittivo" del T.A.R. Lazio sull'applicazione dell'istituto.

Ciò premesso sulla disciplina normativa e sull'applicazione giurisprudenziale relative all'esercizio di detta modalità di notificazione, occorre evidenziare come una parte della giurisprudenza ne confini l'operatività al previo esperimento della notifica nelle forme ordinarie ad almeno uno dei controinteressati.

Secondo tale orientamento viene dichiarato inammissibile il ricorso che non sia stato notificato ad alcun controinteressato non essendo sufficiente, in mancanza di detta notifica, la mera istanza di autorizzazione alla notifica per pubblici proclami, la quale

giurisdizionali del Consiglio di Stato), all'art. 14, secondo il quale: *"Quando la notificazione del ricorso nei modi ordinari sia sommamente difficile per il numero delle persone da chiamarsi in giudizio, il presidente della sezione adita può disporre che sia fatta per pubblici proclami, autorizzando il ricorrente a far inserire nel foglio degli annunzi della Provincia ove ha sede l'autorità che emise il provvedimento e nella Gazzetta ufficiale del Regno, un sunto del ricorso e le sue conclusioni, con le cautele consigliate dalle circostanze, e designando, se sia possibile, alcuni fra gli interessati ai quali la notificazione debba farsi nei modi ordinari"*. Questa disposizione è stata abrogata dall'art. 4 dell'all. 4 al d.lgs. n. 104/2010.

[12] Sull'operatività e sui limiti del rinvio alle norme processualcivilistiche previsto dall'art. 39 c.p.a. si rinvia a: W. Giulietti, *Commento all'art. 39 c.p.a.*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, cit., 553 ss.

[13] In tal senso vedasi, tra le tante: Cons. di Stato, Sez. VI, 31 agosto 2016, n. 3764, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[14] In tal senso vedasi: Cons. Stato, Sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3759, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[15] Così prevede T.A.R. Calabria (Catanzaro), Sez. II, 31 maggio 2018, n. 1159, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In senso analogo si vedano anche: Cons. di Stato, Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5089 e Cons. di Stato, Sez. VI, 23 gennaio 2013, n. 384, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

sarebbe idonea solo a consentire l'integrazione del contraddittorio, ma non l'instaurazione del giudizio[16].

A tale impostazione ermeneutica sono ispirate anche le due sentenze del TAR Lazio intervenute nel caso di specie[17]. Mentre con la prima pronuncia la Sezione Terza Bis del TAR Lazio si è limitata a sancire l'inammissibilità del gravame per "omessa notifica ai controinteressati", nella seconda sentenza il Collegio adito ha spiegato più diffusamente le ragioni di detta inammissibilità. A tal riguardo viene evidenziato come, nell'istanza presentata per l'autorizzazione alla notifica per pubblici proclami, non vi fosse traccia delle difficoltà incontrate dalla parte ricorrente nel reperire l'indirizzo di almeno uno dei controinteressati per ottemperare alla disposizione di cui all'art. 41, comma 2 c.p.a. Inoltre, viene rimarcato come non siano state depositate prove circa l'avvenuta richiesta di tali recapiti all'amministrazione, non potendosi così ritenere assolto l'obbligo di diligenza che grava sulla parte ricorrente nell'instaurazione del contraddittorio minimo previsto dalla legge. In altri termini, secondo il Collegio, la circostanza dell'elevato numero dei controinteressati avrebbe potuto rilevare in sede di integrazione del contraddittorio, legittimando l'autorizzazione alla notificazione per pubblici proclami ai sensi dell'art. 49, comma 3 c.p.a., ma non anche ai fini della verifica circa l'instaurazione del contraddittorio minimo prevista, a pena di inammissibilità, dall'art. 41, comma 2 c.p.a., costituendo quest'ultima un vero e proprio onere processuale incombente sulla parte ricorrente rispetto al quale, in caso di errori, omissioni o carenze imputabili alla parte, al giudice non è consentito supplire in via officiosa[18].

Il TAR Lazio, in sostanza, non esclude *sic et simpliciter* la notifica per pubblici proclami ex art. 41, comma 4 c.p.a. antecedentemente all'instaurazione del giudizio, ma la assoggetta a stringenti requisiti nel caso in cui vi siano dei soggetti controinteressati individuati nell'atto, limiti consistenti nel dovere di fornire la prova che l'instaurazione del giudizio nelle forme ordinarie (con la notifica ad almeno un controinteressato) non sarebbe stata altrimenti possibile o sarebbe stata quantomeno difficoltosa (dovendo la parte dare una prova della difficoltà incontrata). Secondo tale impostazione, pertanto, in presenza di più controinteressati individuati nell'atto impugnato, il disposto dell'art. 41, comma 2 c.p.a. escluderebbe la possibilità di utilizzare la notifica per pubblici proclami *ex* art. 41, comma 4 c.p.a. per l'instaurazione della lite[19], residuando solamente quella esperibile *ex* art. 49, comma 3 c.p.a., previa notifica del ricorso in via ordinaria ad almeno uno dei controinteressati[20].

[16] T.A.R. Lazio, (Roma), Sez. I, 17 aprile 2020, n. 4013, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[17] T.A.R. Lazio, n. 10724/2020, cit. e T.A.R. Lazio, n. 5194/2023, cit.

[18] Sull'impossibilità di tale soccorso, la sentenza T.A.R. Lazio, n. 5194/2023, cit., richiama la sentenza T.A.R. Lazio (Roma), Sez. Prima Quater, 15 giugno 2017, n. 7048, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[19] O meglio, la notifica ex art. 41, comma 4 c.p.a., in assenza di una previa notificazione nelle forme ordinarie, sarebbe astrattamente possibile (*rectius* idonea ad evitare l'inammissibilità) solo nei casi ove la parte ricorrente sia in grado di fornire una concreta prova dell'impossibilità (o della concreta difficoltà) di provvedere a detta preventiva notifica ordinaria ad almeno un controinteressato.

[20] Bisogna, però, dare atto che la giurisprudenza del TAR Lazio sul punto non è stata univoca negli ultimi anni. Una maggiore apertura all'applicazione dell'art. 41, comma 4 c.p.a., per esempio, è riscontrabile nella pronuncia T.A.R. Lazio (Roma), Sez. Prima Bis, 30 agosto 2018, n. 9089, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo la quale, per evitare l'inammissibilità del ricorso, parte ricorrente avrebbe dovuto *"partecipare il ricorso, ad almeno uno di essi, ovvero, in subordine, chiedere,*

Tale opzione interpretativa appare francamente non condivisibile, come autorevolmente chiarito dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento.

5. La soluzione "garantista" adottata dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento.

La Settima Sezione del Consiglio di Stato, con le due sentenze che sono intervenute nel caso di specie, ha censurato con fermezza questo filone ermeneutico[21].

Già con la sentenza n. 3657/2022 il giudice d'appello aveva prescritto con chiarezza che l'omessa notifica del ricorso ai controinteressati (su cui si fondava la dichiarazione di inammissibilità della sentenza gravata) non poteva essere imputata ad un errore della parte ricorrente (poi appellante), ma era attribuibile al giudice adito che non si era pronunciato sull'istanza di autorizzazione alla notifica per pubblici proclami contenuta nel ricorso. Il ricorrente, infatti, aveva inteso assolvere al suo onere di instaurazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 41, comma 4 c.p.a. in ragione della presenza, affermata nell'istanza, dell'"immenso numero dei destinatari", necessitando l'autorizzazione del giudice per effettuare la notifica per pubblici proclami, autorizzazione che, però, non è stata mai comunicata.

Con la sentenza in commento, poi, la Settima Sezione del Consiglio di Stato, richiamando il proprio consolidato orientamento sul punto, ha confermato come la corretta interpretazione da dare all'art. 41, comma 4 c.p.a. sia quella secondo la quale l'istituto della notifica per pubblici proclami debba trovare applicazione in tutti i casi nei quali "*la notificazione del ricorso nei modi ordinari sia particolarmente difficile per il numero delle persone da chiamare in giudizio*" e come questa notifica, contrariamente a quanto ritenuto da un diverso orientamento, non sia affatto prevista per le sole ipotesi di integrazione del contraddittorio, e non esiga la rigorosa prova delle "*difficoltà incontrate dalla parte ricorrente nel reperire l'indirizzo di almeno uno dei controinteressati per ottemperare alla disposizione di cui all'art. 41, co. 2, c.p.a.*" come, invece, parrebbe imporre la sentenza impugnata.

Tale impostazione pare assolutamente condivisibile da chi scrive, in quanto maggiormente coerente con il dettato normativo vigente e più affine alla *ratio* semplificatoria propria dell'istituto[22]. Infatti, l'art. 41 c.p.a. (dedicato alla notifica del ricorso) prevede (al più volte citato comma 4) la notifica per pubblici proclami come modalità alternativa a quella tradizionale. Confinare tale modalità alternativa di notificazione solo ad un momento successivo all'instaurazione della lite (in presenza di più controinteressati individuati nell'atto) non pare una soluzione compatibile con la disposizione dell'art. 41 c.p.a. che non pone alcun limite a tale forma di notifica se non quelli previsti dal comma 4, ossia, la preventiva tempestiva richiesta al Presidente e l'esistenza di

nel termine decadenziale, l'autorizzazione alla notifica del gravame per pubblici proclami".

[21] Il riferimento è alle pronunce: Cons. di Stato, n. 3657/2022, cit. e Cons. di Stato, n. 1414/2024, cit.

[22] La *ratio* di tale norma, infatti, è quella di tutelare il diritto di difesa del ricorrente (facilitando la sua attività notificatoria) e non, sicuramente, quella di gravarlo di una doppia attività di notificazione, prima quella ordinaria ad almeno un controinteressato e, poi, quella per pubblici proclami a seguito dell'instaurazione del contraddittorio.

un numero di persone che renda difficile la notificazione nei modi ordinari. La norma, infatti, consente al ricorrente di instaurare tempestivamente il ricorso nei confronti di tutti i destinatari, ma qualora tale facoltà gli venga preclusa a causa del silenzio serbato sulla richiesta di autorizzazione alla notifica per pubblici proclami, non si potrà considerare ad esso addebitabile l'omessa regolare instaurazione del contraddittorio.

Ovviamente, resta fermo in capo al Presidente il potere di verifica sulla sussistenza dei presupposti per la concessione dell'autorizzazione alla notifica per pubblici proclami. In ragione di un tanto è importante che detta domanda di autorizzazione sia effettuata in maniera tempestiva (come è avvenuto nel caso di specie), in modo da non incorrere in decadenze che possano determinare la gravissima conseguenza dell'inammissibilità dell'azione proposta[23].

6. Alcune interessanti precisazioni sull'ordine di esame delle questioni in rito e sulla priorità della tutela del contraddittorio.

La portata della pronuncia in oggetto non si limita esclusivamente a definire il perimetro applicativo della notifica per pubblici proclami, ma offre anche degli interessanti spunti di riflessione sull'importanza della corretta instaurazione del contraddittorio[24] e sull'ordine di esame delle altre questioni in rito in presenza di un rinvio al giudice di primo grado[25].

L'occasione per tale riflessione è stata offerta, al Consiglio di Stato, dalla pervicacia della Sezione Terza Bis del T.A.R. Lazio che, ricevuta nuovamente la controversia per effetto del rinvio *ex* art. 105 c.p.a., invece di uniformarsi al giudicato, ha deciso di non disporre l'estensione del contraddittorio nei confronti di tutti i soggetti controinteressati, in considerazione dell'asserita manifesta irricevibilità dell'atto introduttivo del primo giudizio[26]. Va detto, però, che nella prima

[23] Sul punto si segnala: Cons. Stato, Sez. IV, ord., 18 ottobre 2019, n. 5263, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo la quale: *"osservato che il ricorso per motivi aggiunti svolto in prime cure, nel corpo del quale è stata formulata istanza di autorizzazione alla notifica per pubblici proclami, risulta essere stato spedito per la notifica l'ultimo giorno utile;* [e] *rilevato che la parte ricorrente ha l'onere di sollecitare l'autorizzazione alla notifica per pubblici proclami in tempo utile per poter procedere all'incombente entro il termine decadenziale per la proposizione dell'impugnazione, come stabilito dall'art. 29 c.p.a.* […] *non ricorrono le condizioni per la concessione della rimessione in termini, giacché* […] *gli impedimenti di fatto relativi all'esatta individuazione dei controinteressati, in disparte l'effettiva gravità, potevano essere superati con una più sollecita proposizione dell'azione giurisdizionale".*

[24] Sul principio del contraddittorio nel processo amministrativo si segnalano: L. Migliorini, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, Napoli, 1996; E. Follieri, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 499 ss.

[25] Sul rapporto tra il rinvio al primo giudice e l'integrità del contraddittorio si segnala: C.E. Gallo, *Omessa integrazione del contraddittorio e rinvio al giudice di primo grado nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 336 ss.

[26] Sul punto la sentenza T.A.R. Lazio, n. 5194/2023, cit., ha così argomentato: *"In disparte la questione di inammissibilità di cui sopra* [quella relativa all'inammissibilità *ex* art. 41, comma 1 c.p.a. per omessa notifica ad almeno un controinteressato nelle forme ordinarie]*, nell'odierno giudizio in riassunzione il Collegio ritiene di non dover comunque procedere con l'estensione del contraddittorio nei confronti di tutti i soggetti controinteressati ex art. 49, co. 2 c.p.a., in considerazione della manifesta irricevibilità dell'atto introduttivo del giudizio, così*

sentenza del TAR Lazio[27] il Collegio aveva definito la controversia pronunciando l'inammissibilità del ricorso per omessa corretta instaurazione del contraddittorio, invece che pronunciarsi sull'irricevibilità dello stesso.

Come evidenza correttamente il giudice d'appello investito (per la seconda volta) della questione, a fronte del chiaro vincolo processuale stabilito dall'art. 105 c.p.a.[28], il TAR adito avrebbe dovuto consentire la realizzazione del pieno contraddittorio con i controinteressati mediante lo strumento della notificazione per pubblici proclami prima di assumere qualsiasi ulteriore decisione di rito o di merito. Il giudice di primo grado, invece, ha deciso di anteporre la questione dell'irricevibilità del ricorso a quella della corretta instaurazione del contraddittorio, sovvertendo l'ordine di esame delle questioni (in rito) che aveva posto alla base della sua prima decisione.

La scelta di definire il giudizio con una pronuncia di irricevibilità senza prima consentire l'integrazione del contraddittorio mediante la notificazione per pubblici proclami viene fortemente criticata dal Consiglio di Stato sotto plurimi aspetti.

Innanzitutto, viene stigmatizzato il dissenso interpretativo in ordine all'applicazione dell'istituto della notifica per pubblici proclami che è stato (ri)manifestato dal giudice di primo grado successivamente al pronunciamento sul punto del giudice d'appello, evidenziando come *"la fisiologica dialettica tra i collegi giudicanti, che possono esprimere soluzioni interpretative disomogenee, deve contemperarsi con il vincolo endoprocessuale derivante dall'applicazione dell'art. 105 del c.p.a. Una volta cristallizzata la decisione del giudice di appello, esigenze ovvie di certezza impediscono che lo stesso tema possa essere rimesso in discussione, ancorché in termini dubitativi o ipotetici"*[29].

Secondariamente, il giudice d'appello ritiene che la soluzione interpretativa sposata dal giudice di prime cure, secondo la quale l'integrazione del contraddittorio potrebbe essere evitata in caso di manifesta irricevibilità del ricorso originario ai sensi dell'art. 49 c.p.a., non sia comunque meritevole di accoglimento. Così ragionando, infatti, non si tiene conto del rapporto tra la citata previsione dell'art. 49 c.p.a. e i vincoli derivanti dall'annullamento con rinvio, come stabilito dall'art. 105 c.p.a. Inoltre, viene evidenziato pure come nella presente vicenda processuale detta opzione non sembra comportare alcun effettivo vantaggio in termini di "economia processuale" anche alla luce della semplificazione correlata alla notificazione per pubblici proclami che avrebbe comportato, al più, una breve e ragionevole dilazione della fissazione dell'udienza di discussione.

In terzo luogo, il Collegio evidenzia come, nel corso dell'originario giudizio davan-

come eccepita dall'Amministrazione resistente con memoria depositata il 31 luglio 2020 nell'ambito del giudizio originario iscritto al r.g. n. 05139/2020, alla quale parte ricorrente non ha replicato in nessuno dei suoi scritti difensivi successivamente presentati".

[27] T.A.R. Lazio, n. 4013/2020, cit.

[28] Infatti, la sentenza Cons. di Stato, n. 3657/2022, cit., ha annullato con rinvio al giudice di prime cure *ex* art. 105, comma 1 c.p.a. la prima pronuncia di primo grado (T.A.R. Lazio, n. 10724/2020, cit.), sostenendo che la mancata formazione del contraddittorio nei confronti dei soggetti controinteressati fosse imputabile non già alla parte ricorrente quanto, piuttosto, alla circostanza che il T.A.R. non avesse considerato la tempestiva istanza di autorizzazione alla notificazione per pubblici proclami ritualmente proposta nel ricorso.

[29] Cons. di Stato, n. 1414/2024, cit.

ti al TAR, l'amministrazione aveva eccepito (tra l'altro, in modo errato[30]) la tardività del ricorso, ma il Collegio aveva rilevato d'ufficio l'asserita inammissibilità dello stesso per omessa notifica ai controinteressati. In altre parole, il giudice di prime cure aveva ritenuto di assegnare alla verifica dell'integrità del contraddittorio carattere prioritario rispetto alla valutazione sulla ricevibilità del ricorso (in relazione all'eccezione sollevata dall'amministrazione), secondo il normale ordine logico delle questioni, presumibilmente non reputando il ricorso "*manifestamente irricevibile*"[31]. Nel giudizio di rinvio, invece, il TAR, anche prescindendo dal mancato rispetto del vincolo di cui all'art. 105 c.p.a., ha deciso di invertire l'esame delle questioni, valutando prima il tema della ricevibilità rispetto a quello della ritualità e della completezza del contraddittorio[32].

Infine, sempre secondo il Collegio, da tale inversione discenderebbe anche un inconveniente di ordine "pratico". Infatti, nel caso di una nuova sentenza di appello che statuisca la tempestività del gravame (come quella in commento), si dovrebbe effettuare un nuovo rinvio (il terzo) al giudice di primo grado per consentire alle parti controinteressate di esercitare i propri diritti di difesa in relazione alle questioni di rito e di merito della controversia, con palese compressione dell'irrinunciabile valore costituzionale della ragionevole durata del processo[33].

7. Alcune brevi considerazioni conclusive sui *dicta* della sentenza.

Il primo aspetto di interesse della sentenza in commento è costituito dalla chiara definizione dell'ambito applicativo della notifica per pubblici proclami nel processo amministrativo, istituto che non può essere confinato a mero strumento di integrazione del contraddittorio in presenza di un ingente numero di controinteressati individuati nell'atto. Sul punto bisogna rilevare come l'art. 41, comma 2 c.p.a. non preveda che la notifica ad almeno uno dei controinteressati debba essere effettuata in una specifica forma e, pertanto, a parere di chi scrive, perché si ritenga correttamente integrato il contraddittorio, tale notifica può benissimo essere effettuata anche per pubblici proclami, previo ottenimento della richiesta autorizzazione. La notifica per pubblici pro-

[30] Non si ritiene, in tal sede, di entrare nel merito della vicenda controversa. Ci si limita ad evidenziare come, con la sentenza in commento, il giudice abbia conclusivamente accolto l'appello e, in riforma della sentenza appellata, abbia dichiarato ricevibile e fondato il ricorso di primo grado, con consequenziale annullamento dei provvedimenti impugnati.

[31] Sul punto la sentenza Cons. di Stato, n. 1414/2024, cit., precisa che: *"in ogni caso, il carattere "manifesto" della asserita irricevibilità non sembra affatto emergere dagli atti, esigendo, semmai, un accurato esame dei dati fattuali e della normativa di proroga dei termini, applicabile nella presente vicenda. Non solo: la decisione del TAR è, anche sotto questo profilo, errata, per le ragioni indicate in prosieguo"*.

[32] Secondo Cons. di Stato n. 1414/2024, cit.: *"Questo modo di operare, secondo il collegio d'appello, ha accresciuto le incertezze sul corretto modo di sviluppo del giudizio, complicandone, irragionevolmente, l'esito fisiologico"*.

[33] Nel caso di specie, il Collegio, proprio per evitare un ulteriore rinvio al giudice di primo grado, ha deciso di trattenere in decisione la controversia evidenziando come *"la circostanza che il TAR, per ben due volte consecutive, abbia erroneamente impedito la rituale formazione del contraddittorio processuale, induce il Collegio a ritenere che il giudizio debba essere trattenuto, per la trattazione del merito, in questo grado. Va ricordato, infatti, che, nella presente fase di appello, il contraddittorio è stato realizzato nei confronti di tutti i controinteressati, mediante la notificazione per pubblici proclami. Pertanto, il diritto di difesa di tali parti risulta comunque garantito, ancorché, non riferito all'effettiva pienezza del diritto al doppio grado di giudizio"* (Cons. di Stato n. 1414/2024, cit.).

clami, quindi, deve considerarsi a tutti gli effetti alternativa alla notifica nelle forme ordinarie e non necessariamente successiva alla stessa, costituendo, in presenza di un'obiettiva difficoltà nella notifica ordinaria, uno strumento idoneo *ex se* ad instaurare correttamente il giudizio e non un mero strumento di integrazione del contraddittorio[34].

Il secondo aspetto di interesse della pronuncia riguarda, invece, la "dialettica" tra i giudici amministrativi in caso di accoglimento dell'appello e di rinvio al giudice di primo grado ex art. 105, comma 1 c.p.a. Nel caso di specie, in sede di rinvio, è stato prescritto un vicolo conformativo al giudice di primo grado in merito alla necessaria integrazione del contraddittorio. Secondo la pronuncia in commento, tale vincolo conformativo deve estendersi anche al rispetto dell'ordine di analisi delle questioni in rito. Pertanto, all'esito del rinvio, il giudice di primo grado che abbia già deciso (in prima istanza) la controversia basandosi su una questione in rito, non potrà (in seconda istanza) invertire l'ordine di esame delle questioni dedotte in giudizio, ponendo a fondamento della decisione una diversa pronuncia in rito[35]. Infatti, a seguito di rinvio *ex* art. 105, comma 1 c.p.a. con un espresso vincolo conformativo in merito all'integrazione del contraddittorio, il giudice di primo grado avrebbe dovuto preliminarmente dare esecuzione a tale incombenza e, solo a contraddittorio integro, avrebbe dovuto affrontare le altre questioni di rito e di merito dedotte in giudizio. Altrimenti, si corre il rischio che il giudice d'appello, riformando la nuova sentenza, si trovi a dover disporre un ulteriore rinvio, situazione che si è verificata nel caso di specie[36].

Questa inversione nell'ordine di analisi delle questioni in rito non può essere condivisa neanche alla luce del disposto dell'art. 49, comma 2 c.p.a., che esclude l'integrazione del contraddittorio in caso di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso. A parte il fatto che, in tale circostanza, la tardività posta alla base della seconda sentenza del TAR non era così manifesta (come emerso, poi, nel relativo giudizio di appello), tale meccanismo non sembra comunque poter operare in presenza di un rinvio al primo giudice con un ben individuato effetto conformativo in merito alla prescritta integrazione del contraddittorio[37]. L'integrità del contraddittorio, pertanto, assume in questo contesto una rilevanza "rafforzata" nell'ambito della dinamica processuale, non

[34] In altre parole, la notifica per pubblici proclami ex art. 41, comma 4 c.p.a. deve essere intesa come un vero e proprio strumento di instaurazione del contraddittorio minimo previsto dall'art. 41, comma 2 c.p.a. e non va confusa con la notifica per pubblici proclami ex art. 49, comma 3 c.p.a., che è successiva alla notifica nelle forme ordinarie ad almeno uno dei controinteressati e che costituisce uno strumento di integrazione del contraddittorio.

[35] Si rammenta riassuntivamente che il TAR Lazio, in prima battuta, aveva statuito l'inammissibilità del gravame per omessa notifica ad almeno uno dei controinteressati e, in seconda battuta, aveva rilevato la manifesta irricevibilità del gravame.

[36] A tal proposito va precisato che, nella sentenza in commento, il giudice ha deciso di trattenere la causa e di deciderla nel merito, pur dando atto che, in questa situazione, sarebbe stato corretto un terzo rinvio al giudice di prime cure. La scelta di non effettuare tale rinvio – quantomeno "forzata" a parere di chi scrive – è stata giustificata con la scelta di adottare *"una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 105 del c.p.a., delimitando ragionevolmente le ipotesi concrete di annullamento con rinvio al T.A.R."*, anche avuto riguardo al *"valore costituzionale irrinunciabile della ragionevole durata del processo tanto più rilevante quando la dilatazione dei tempi del processo deriva da reiterati errori ed omissioni di valutazione e decisione compiuti dal giudice"*.

[37] Ciò non toglie che il giudice di primo grado, integrato il contraddittorio come prescritto dal giudice d'appello, poi, avrebbe ben potuto porre alla base della sua seconda decisione la questione della tardività del primo ricorso.

solo in quanto fondamentale all'attuazione del diritto di diritto di difesa delle parti in giudizio, ma anche come strumento per il perseguimento di un altro ineludibile principio, ossia quello della ragionevole durata del processo.

ROBERTO FUSCO

5. È ammissibile la "prova confidenziale" nel processo amministrativo? (nota a Cons. Stato, decreto 10 novembre 2023, n. 1354)

Sommario: 1. I fatti all'origine del giudizio. – **2.** L'ipotesi del "vuoto normativo" in tema di prova confidenziale. – **3.** La dubbia morfologia della "prova confidenziale" nel processo amministrativo. – **4.** Focalizzazione del problema nel provvedimento monocratico in esame. – **5.** Qualche precisazione conclusiva. – 6. Dove il "vuoto legislativo" esiste davvero.

1. I fatti all'origine del giudizio.

La lettura di questo provvedimento istruttorio merita di essere accompagnata da una breve ricostruzione della controversia in cui è stato incidentalmente pronunciato.

Alla fine dello scorso mese di luglio l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha concluso un procedimento sanzionatorio avviato nei confronti di due società del gruppo svedese Roxtec. Il procedimento era stato avviato su segnalazione della concorrente WallMax, che accusava la Roxtec di condotte illecite tenute allo scopo di conservare la posizione di *leader* nel proprio settore produttivo.

L'Autorità, ravvisati nel comportamento della Roxtec gli estremi dell'abuso di posizione dominante, ha ordinato la cessazione immediata del comportamento distorsivo della concorrenza ed imposto alle due società, in solido, il pagamento di una sanzione amministrativa di oltre 15 milioni di euro[1].

Nel successivo ricorso al TAR Lazio, depositato il 30 settembre 2023 e tuttora pendente[2], le società del gruppo Roxtec si sono viste respingere il 13 ottobre 2023 la domanda di sospensiva[3] ed hanno perciò proposto appello cautelare, depositando l'impugnazione al Consiglio di Stato il 27 ottobre 2023[4]. In attesa della camera di consiglio fissata al 16 novembre 2023, hanno chiesto ed ottenuto dal Presidente della sesta sezione di essere dispensate, in applicazione dell'art. 136 comma 2 c.p.a., dall'impiego delle modalità di deposito telematico di un documento: si trattava, come emerge dal decreto che ha accolto l'istanza (8 novembre 2023, n. 1348), di una sopravvenuta evoluzione stragiudiziale delle comuni-

[1] Il provvedimento è consultabile per esteso in AGCM, *Bollettino settimanale*, Anno XXXIII - n. 31, 5 ss.

[2] TAR Lazio, sez. I, RG 12837/2023.

[3] TAR Lazio, sez. I, ord. 13 ottobre 2023, n. 6894 (camera di consiglio dell'11 ottobre 2023).

[4] Sezione VI, RG n. 8523/2023.

cazioni tra ricorrente e resistente, per via di una "*risposta*" che l'Autorità ha dato a Roxtec il 2 novembre 2023, dopo la costituzione nell'appello cautelare, "*in relazione alla portata di un'ottemperanza ed alla richiesta di chiarimenti*". Di questo evidentemente era all'oscuro WallMax, non solo controinteressata ma anche avversaria di Roxtec in una parallela vicenda giudiziaria[5]. Donde le "*particolari ragioni di riservatezza legate alle posizioni delle parti o alla natura della controversia*" che secondo l'art. 136 comma 2 consentono l'esonero dal deposito digitale.

Le ricorrenti non hanno invece ottenuto che il deposito, oltre che in modalità non telematica, avvenisse anche "in forma confidenziale", fosse cioè reso inaccessibile alle altre parti. Su questo il Presidente, con lo stesso decreto nel quale ha concesso l'esonero dal deposito telematico (n. 1348/2023), ha ricordato che i princìpi di "*pubblicità*" e di "*contraddittorio*" non permettono di ipotizzare "*una documentazione conoscibile dal giudice che non sia accessibile alle parti*": chi agisce in giudizio può non depositare un documento che ritiene riservato o può depositarlo con *omissis*, ma non può pretendere che il giudice amministrativo ne tragga motivo di convincimento e al tempo stesso lo sottragga al confronto processuale.

Avendo la Roxtec insistito per l'accoglimento dell'istanza, due giorni dopo (10 novembre 2023) il punto di vista del Presidente è stato ribadito nel decreto che qui si annota (n. 1354), il quale conferma il rigetto servendosi di argomenti nuovi. Su questi ultimi si vorrebbe focalizzare l'attenzione.

2. L'ipotesi del "vuoto normativo" in tema di prova confidenziale.

Possiamo sorvolare sui passaggi in cui il decreto evoca la disciplina della prova confidenziale nel diritto processuale tedesco e nel regolamento di procedura dinanzi al Tribunale dell'Unione europea (art. 105). Valgano gli articoli di dottrina dai quali il provvedimento trae ispirazione[6]. Del resto, si tratta di uno sguardo oltreconfine che il Presidente lancia solo per rafforzare il suo convincimento – vero motivo della decisione – di trovarsi dinanzi ad una situazione non regolata dal diritto nazionale.

Il decreto n. 1354/2023 non è, infatti, una mera conferma del n. 1348/2023. Non è neanche un *revirement*, che apparirebbe piuttosto strano in un incidente istruttorio. Siamo dinanzi ad un convincimento che sostanzialmente resta il medesimo, ma che il giudice monocratico chiarisce, in sede di riesame, spostandosi da una posizione più netta (la richiesta di deposito riservato non è compatibile con i princìpi generali) ad un'altra meno categorica (la cd. prova confidenziale non è regolata dalla legge).

Astrattamente ciò che chiede Roxtec ha una sua identità concettuale – questo sembra il senso della nuova motivazione – se non ci si dovesse arrendere all'evidenza che "*sul tema dell'ammissibilità della c.d. prova confidenziale (…) c'è un vuoto normativo non colmabile dal giudice*".

[5] È significativo che la stampa abbia descritto tale vicenda come la "*guerra delle multinazionali dei cavi*" (notizia pubblicata sul quotidiano Il Giorno, Milano, 26 agosto 2023).

[6] Sulla dottrina di stampo tedesco, R. Bonatti, *Appunti sulla riservatezza degli atti e dei documenti nel processo*, in *Diritto.it*, 29 marzo 2019; in margine all'art. 105 del Reg. Proc. Tribunale U.E., criticamente, M.G. Rancan, *Prove "confidenziali" quando è in gioco la sicurezza dell'Unione*, in *Questione giustizia online*, 28 gennaio 2015.

La prospettiva acquista quindi un orizzonte più incerto: in prima battuta l'espressione "prova confidenziale" non compariva neppure nel decreto n. 1348 e la pretesa di sottrare il documento alla WallMax era stata negata *tout court* al lume dei princìpi di pubblicità e contraddittorio. Ora la prova confidenziale viene presentata come una sorta di "istituto" non astrattamente incompatibile con quei princìpi, solo orfano di una legge; in sostanza come un problema di puro e semplice diritto positivo.

In questo senso si spiegano le citazioni alla dottrina tedesca e alla disciplina del processo dinanzi al Tribunale dell'Unione europea, ma anche i richiami alle norme nazionali (ad esempio l'art. 203 c.p.p. sulla segretezza delle fonti di informazione nella testimonianza in materia penale) e alla giurisprudenza amministrativa sulla rilevanza processuale del segreto. Il tema del segreto è stato, d'altronde, recentemente risollevato dalla dottrina, appunto con riferimento alla disciplina del processo amministrativo, in un volume al quale lo stesso decreto n. 1354 sembra per molti aspetti volersi richiamare[7].

3. La dubbia morfologia della "prova confidenziale" nel processo amministrativo.

Verrebbe spontaneo a questo punto raccogliere e sviluppare con i dovuti approfondimenti le tante sollecitazioni che vengono dalla lettura del decreto n. 1354/2023.

Volendo tuttavia restare nei limiti di un breve commento, due rapidissime considerazioni si possono proporre. La prima è che la soluzione accolta è pienamente condivisibile: manca una norma che autorizzi pretese come quelle avanzate delle ricorrenti e non la si può estrapolare con il ricorso all'analogia, tanto meno con l'applicazione diretta di (inesistenti) princìpi generali sulla segretezza.

La seconda considerazione proviene dall'esame della motivazione, dalla cui lettura invece qualche interrogativo sorge naturale. Soprattutto uno, perché è una, la cosa che balza all'attenzione: cos'è la "prova confidenziale"? E davvero si può parlare, in proposito, di un "vuoto normativo"?

Ammettiamo che la locuzione "prova confidenziale" esprima un concetto sufficientemente definito, in linea di primo approccio riportabile alla nozione di "segreto privato"[8]. Ammettiamo pure (con qualche imprecisione in più) che nel processo amministrativo la necessità dell'accertamento sulla validità dell'atto determini un arretramento della rilevanza del rapporto sostanziale tra ricorrente e controinteressato; tal che le garanzie di quest'ultimo, più che radicarsi nel diritto costituzionale di difesa, derivano dalla semplice opportunità che il giudice non si pronunci a contraddittorio non integro[9]. Immaginiamo allora, tagliando molti passaggi, di poter ragionare accogliendo questa ipotesi: che le prove allegate dal ricorrente nel giudizio amministrativo avente a oggetto una sanzione *antitrust* vadano valutate considerando che l'accertamento giudiziale a cui tendono fa stato an-

[7] Si tratta della monografia di S. Tranquilli, *Il segreto in giudizio. Contributo allo studio del rapporto tra diritto di difesa e tutela della segretezza nel processo amministrativo*, Napoli, 2023.

[8] Già su questa nozione peraltro il nostro ordinamento offre spunti tutt'altro che univoci (S. Tranquilli, *op. cit.*, 27).

[9] G. Verde, *Riflessioni di un anticoncettualista sulle parti del processo dinanzi al giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2023, 201 ss.; gli spunti a cui si accenna sono alle pp. 205, 214.

zitutto *contro l'amministrazione*, non *verso il controinteressato*.

Ma anche se il problema della prova confidenziale si potesse (e non è detto) così impostare, ciò che si continua a non comprendere è perché la tutela del "segreto privato" di cui è portatore il ricorrente dovrebbe reputarsi tanto elevata da connotare il processo di un fine sopraindividuale, di puro e semplice accertamento della verità. Non si baserà, questa idea, sul vecchio adagio (converrà oramai chiamarlo così) che il processo amministrativo persegua un "interesse pubblico"? Ora non mi voglio dilungare neppure su questo secondo profilo, che implicherebbe addentrarsi nell'enorme problema del rapporto tra giudice e parti nel giudizio di annullamento[10]. Mi limito a notare che ammettere anche solo per ipotesi la "prova confidenziale" come istituto processuale dai contorni definiti presuppone almeno in parte l'accoglimento della vecchia concezione oggettiva della giurisdizione amministrativa: impedire il contradditorio sulla prova nell'interesse della giustizia è un'operazione che può essere compresa solo in questa sfera[11].

Stringendo invece il ragionamento nell'ottica della giurisdizione soggettiva, è chiaro che, comunque si ricostruisca il rapporto giuridico processuale, immaginare un potere del giudice di impedire il contraddittorio sulla prova resta un'ipotesi incompatibile con la disciplina del processo amministrativo, semplicemente perché la "prova confidenziale" si pone in contrasto con il principio d'imparzialità della giurisdizione. Né cambierebbe la sostanza di questa conclusione il ragionare sul diritto del controinteressato di accedere al fascicolo processuale prendendo a riferimento le norme sul diritto di accesso cd. "difensivo" (art. 24 comma 7 legge n. 241/1990), che riguardano tutt'altra fattispecie: là si tratta del diritto di difesa di chi chiede l'ostensione del documento, non di quello di chi, al contrario, invoca la segretezza del documento.

4. Focalizzazione del problema nel provvedimento monocratico in esame.

Ma potrà mai esistere, una cosiffatta "prova confidenziale", nel sistema italiano di giustizia amministrativa? Io credo di no, ed è il decreto che si annota, a leggerlo bene, a spiegarci perché.

La parte più significativa del decreto è quella in cui il giudice ritiene inapplicabile l'art. 3 d.lgs. n. 3/2017[12], che al pari di altre disposizioni (art. 211, 840-*quinquies* c.p.c.) fa perno sulla logica del bilanciamento tra diritto alla difesa e riservatezza. La norma del 2017 si riferisce all'esibizione ordinata dal giudice alla parte o ad un terzo, prevedendo che il giudice possa disporre, sentito il soggetto nei cui confronti l'ordine è rivolto, specifiche misure di tutela, tra le quali l'obbligo del segreto, la possibilità di non

[10] Sia permesso rinviare, sull'argomento, al recente numero 2/2023 della *Rivista di diritto processuale amministrativo* e qui ad es. L. Bertonazzi, *Appunti sparsi sul processo amministrativo di legittimità ed i terzi*, *ivi*, 181 ss.

[11] Alcuni spunti in G. Tropea, *L'intervento volontario nel processo amministrativo di primo grado*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2023, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2023, 20, sul collegamento tra disponibilità del rapporto processuale da parte del giudice e ragione obbiettiva pro-concorrenziale (con riguardo al contenzioso sui contratti pubblici).

[12] Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

rendere visibili le parti riservate di un documento, la conduzione di audizioni a porte chiuse, la limitazione del numero di persone autorizzate a prendere visione delle prove, il conferimento ad esperti dell'incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata.

Se non che, conclude il Presidente, disposizioni di questo tipo non si riferiscono "*al caso di produzione volontaria di documentazione*"; consentono di imporre il segreto "*alle parti che vengono a conoscenza del materiale riservato del processo*", ma non implicano la "*possibilità di produzione di prove totalmente segrete o confidenziali contro un contraddittore processuale*", né "*comportano sottrazione delle prove al contraddittorio o esclusione totale dello stesso come nel caso della c.d. prova confidenziale (conosciuta dal giudice e non dall'altra parte del rapporto triadico processuale)*".

Se, quindi, nel processo amministrativo (come in qualsiasi altro processo di parti) la prova "confidenziale" non può trovare ingresso, non è perché si debba mettere in discussione la riservatezza di ciò che documenta, ma perché si tratta di una prova allegata *volontariamente*. Ove il giudice potesse ammetterla, riconoscendosi perciò vincolato alla sua valutazione, ma al tempo stesso sottrarla al contraddittorio, la sua imparzialità ne risulterebbe inevitabilmente compromessa. E nemmeno, a me pare, ci si troverebbe di fronte ad uno di quei casi in cui la Corte costituzionale ha considerato legittime, con riferimento al contraddittorio processuale, le limitazioni a diritti o libertà, anche fondamentali, in ossequio al "bene" o al "valore fondamentale della giustizia (…) anche esso garantito, in via primaria, dalla Costituzione"[13].

Il principio al quale si deve fare riferimento è un altro. "Salvi i casi previsti dalla legge" – recita l'art. 64 c.p.a. – "il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite". Tanto basta a negare che il giudice possa porre a fondamento della decisione un documento massimamente contestabile ed inutilizzabile per antonomasia: quello che una delle parti, durante il corso del giudizio, non ha potuto conoscere.

Insomma "*Non si deve sussurrare al giudice*", come ricorda il decreto n. 1354/2023 nelle sue battute conclusive: l'affermazione è tra parentesi, ma rappresenta il nucleo della decisione. Si permetta anzi una piccola correzione. Non è solo il giudice penale (per via dell'art. 203 c.p.p.) che "*si ferma sulla soglia delle c.d. informazioni confidenziali al fine di non dare ingresso a materiali spuri nel processo*". Ogni processo rifugge da "materiali spuri" e se *questa* è la "prova confidenziale", tanto vale affrettarsi a concludere che essa, prima ancora che incompatibile con il giudizio amministrativo, è contraria alla logica tipica di qualunque processo (quand'anche fosse prevista dalla legge: se quel "vuoto", cioè, fosse colmato).

5. Qualche precisazione conclusiva.

Semmai, al di là del caso di specie – molto brevemente quindi – ci si potrebbe attardare su una diversa considerazione. Se il ricorrente ritiene che la circolazione in ambito processuale di un documento possa nuocere alla sua riservatezza, ma al tempo stesso stima che il mancato deposito possa impedirgli di dimostrare fatti posti a fondamento della propria pretesa, può chiedere al giudice amministrativo di cooperare al mantenimento di un

[13] Corte cost., sentenze n. 114/1968 e n. 18/1966.

certo riserbo sulle informazioni confidenziali. Riguardo a questa eventualità, una volta ribadito che mantenere il riserbo su un documento non significa sottrarlo al contraddittorio con il controinteressato, non pare che dal complesso delle disposizioni formulate nell'art. 63 c.p.a. emergano ostacoli all'applicazione di quelle norme del codice di procedura civile, che il decreto n. 1354 ha (giustamente) considerato inapplicabili (avendo il ricorrente chiesto la segregazione del documento).

Malgrado l'inesistenza di norme specifiche (ma proprio per questo d'altronde), non sembra vi siano ostacoli a che il giudice prescriva su istanza di parte, come quelle presentate nel caso che ci occupa, le cautele che egli dovrebbe indicare nel caso in cui disponesse, anche d'ufficio, l'acquisizione del documento (art. 63 comma 2 e 64 comma 3 c.p.a.)[14]. Da quest'angolazione, l'impressione è che norme come l'art. 3 comma 4 d.lgs. n. 3/2017, l'art. 211 c.p.c. o l'art. 840-*quinquies* c.p.c. possano essere ritenute espressive di princìpi generali, applicabili, in forza dell'art. 39 c.p.a., anche al processo amministrativo. L'art. 136 comma 2 c.p.a. consente il deposito in forma non telematica; già oggi quindi l'esigenza di protezione in parola non è del tutto estranea alla disciplina del processo. Nulla perciò, a mia opinione, si opporrebbe ad ammettere, ad esempio, l'obbligo di segreto o la limitazione del numero di persone autorizzate alla visione.

Questo d'altronde corrisponde a ciò che lo stesso Consiglio di Stato ha già affermato, quando si è pronunciato sulla possibilità di acquisire dall'AGCM, "perché siano sottoposte alla cognizione del Collegio ed al contraddittorio delle parti – le dichiarazioni integrali del collaborante (*leniency applicant*), non potendosi ammettere una sottrazione, neppure parziale, del predetto materiale istruttorio al giudice ed alle parti del giudizio (…) *resta fermo che le parti potranno utilizzare le informazioni desunte dalle dichiarazioni legate al programma di trattamento favorevole solo in quanto necessario per l'esercizio dei diritti di difesa nel presente procedimento e con l'obbligo di non divulgarle a terzi estranei*" (corsivo aggiunto)[15].

Stiamo però ragionando, si ripete, su un'ipotesi che non è quella di specie. Ogni spiraglio si chiude infatti, inevitabilmente, quando la parte avanza la specifica richiesta che il documento sia utilizzato senza essere sottoposto al contraddittorio e dimostra quindi di intendere la "prova confidenziale" come figura o istituto rappresentativo di un canale privilegiato del rapporto con il giudice.

6. Dove il "vuoto legislativo" esiste davvero.

Tutt'altro contesto è quello a cui fa riferimento il decreto n. 1354 nella parte in cui si sofferma sul problema dell'utilizzabilità del documento coperto da segreto di Stato, che il giudice monocratico menziona proseguendo l'argomento avviato in margine alla disciplina del segreto nell'interesse della sicurezza dell'Unione (art. 105 del Regolamento di procedura del Tribunale dell'Unione europea).

Qui, sì, un vuoto normativo inizia a prendere consistenza; ma se si conviene con le cose dette fino a questo momento, non ap-

[14] Sullo stretto rapporto tra la libera produzione delle prove documentali e il regime dell'esibizione nel processo civile, (e sulla posizione giuridica della parte) S. La China, *Esibizione*, in *Enc. dir.*, vol. XV, 1966, 698 ss., 699, 701.

[15] Cons. Stato, VI, ord. 27 settembre 2021, n. 6503. Sul punto, S. Tranquilli, *op. cit.*, 160 (e nota 38).

pare argomento calzante al caso di specie, dove non si tratta di segreto condizionante il processo per ragioni di tutela della sicurezza della Repubblica, ma di un "segreto privato" (si ripete, con tutta l'ambiguità del termine) trasformato in pretesa istruttoria di segretezza "interna" e giustamente considerata immeritevole di protezione perché in contrasto con il principio di imparzialità del giudice.

Ciò chiarito, è innegabile che la menzione del problema, benché solo evocativa, non lascia del tutto insensibili. La prospettiva d'indagine che si dischiude a proposito del segreto di Stato nel processo amministrativo è stata perlopiù trascurata dalla dottrina fino a tempi recentissimi[16], in cui si è fatta luce su una questione di notevole delicatezza e di non poco momento. Il ricorrente nel processo amministrativo non ha alcun diritto di accampare la tutela extraprocessuale del segreto quale limite alla pienezza ed integrità del contraddittorio. L'amministrazione resistente invece sì: per quest'ultima le cose non stanno affatto allo stesso modo in cui l'ordinamento le disciplina nella sfera delle altre parti. L'autorità convenuta può ottenere ragione in base a documenti "confidenziali", sottratti al contraddittorio e finanche alla cognizione del giudice. Questo almeno è ciò che si constata con una certa regolarità in giurisprudenza, nei casi di impugnazione di provvedimenti (ad esempio il diniego di cittadinanza) fondati su informazioni derivanti da attività di *intelligence*[17]. Sul punto tuttavia il discorso non può essere utilmente proseguito, salvo notare (a prima impressione) che tale indirizzo sia negli ultimi tempi caratterizzato da un andamento forse meno lineare[18].

Marco Magri

[16] Come già detto, il tema è ora riconsiderato da S. Tranquilli, *op. cit.*

[17] TAR Lazio, sez. V *bis*, 4 ottobre 2023, n. 14676, 8 giugno 2023, n. 9773, 2 maggio 2023, n. 7392, n. 15922; Cons. Stato, 5 giugno 2023, n. 5489 (sulla sufficienza della formula motivazionale del diniego di cittadinanza per «*contiguità del richiedente a movimenti aventi scopi non compatibili con la sicurezza della Repubblica*»; TAR Lazio, sez. I ter, 6 novembre 2023, 16449 e 9 ottobre 2023, n. 14875); Cons. Stato, sez. III, 11 maggio 2023, n. 4765.

[18] TAR Lazio, sez. V *bis*, ord. 17 novembre 2023, 17173, che ordina l'esibizione in un ricorso avverso il diniego di cittadinanza, considerato «*che il Consiglio di Stato, su fattispecie analoghe a quella in esame, ha affermato che* (…) *nel rispetto del principio del contraddittorio e, quindi, di parità delle parti di fronte al giudice (c.d. parità delle armi), la conoscenza del documento deve essere comunque consentita in corso di giudizio al difensore dello straniero. In sostanza, in presenza di informative con classifica di "riservato", il richiamo ob relationem al contenuto delle stesse può soddisfare le condizioni di adeguatezza della motivazione, mentre l'esercizio dei diritti di difesa e la garanzia di un processo equo restano soddisfatti dall'ostensione in giudizio delle informative stesse con le cautele e garanzie previste per la tutela dei documenti classificati da riservatezza" (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 3281/2019 e 7904/2019).* Il TAR ritiene pertanto «*necessario, ai fini del decidere, acquisire dall'Amministrazione resistente la documentazione istruttoria sulla base della quale è stato emesso il provvedimento impugnato, con l'adozione delle cautele necessarie (stralci ed omissis) a tutela delle fonti di informazione, nonché al fine di non pregiudicare l'attività di intelligence, ogni altra misura ritenuta al tal fine opportuna, ovvero una relazione, da cui si evincano le specifiche ragioni che possano indurre a ritenere ragionevole la determinazione di non trasmettere i medesimi atti*»; conforme TAR Lazio, sez. V *bis*, ord. 27 ottobre 2023, n. 15963; Cons. Stato, sez. III, 12 giugno 2023, n. 5759, secondo cui (con riferimento alla sottrazione del documento all'accesso di cui alla legge n. 241/1990 "*L'accesso disposto dall'autorità giurisdizionale* (…) *nell'ottica del legislatore, rappresenta il punto di equilibrio e proporzione tra due contrapposti interessi, il diritto di difesa del soggetto interessato e il bene della sicurezza nazionale*»; ragion per cui «*è quella giurisdizionale – nell'ambito del giudizio di impugnazione del provvedimento di rigetto della concessione della cittadinanza italiana – l'unica sede idonea all'esame degli atti riservati, in quanto preposta dalla legge a garantire il corretto equilibrio tra i contrapposti interessi difensivi, nell'ambito del suo potere di ponderazione e prescrizione delle modalità per garantire l'accesso nel rispetto dei vincoli di legge") nell'ottica del legislatore, rappresenta il punto di equilibrio e proporzione.* Per le possibili conseguenze sul merito del ricorso, TAR Lazio, sez. V bis, 14 novembre 2023, n. 16964 (sulla illegittimità dell'atto il cui *iter* logico non risulti comprensibile).

6. Motivazione "apparente" della sentenza e controllo giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa (nota a Consiglio di Stato, Sez. III, 16 novembre 2023, n. 9824)*

Sommario: 1. La vicenda. – **2.** La motivazione apparente quale causa di rimessione al primo giudice. – **3.** L'inconfigurabilità nel caso di specie di un'ipotesi di motivazione apparente. – **4.** Motivazione apparente e omessa pronuncia. – **5.** Motivazione apparente e discrezionalità amministrativa (in tema di sindacato sull'atto di scioglimento dei Comuni per infiltrazioni mafiose).

1. La vicenda.

L'esito della decisione annotata è già di per sé abbastanza significativo: il Consiglio di Stato riforma una sentenza del Tar Lazio[1] che, in linea con un indirizzo giurisprudenziale consolidato, aveva respinto il ricorso presentato contro il decreto di scioglimento di un Consiglio comunale per infiltrazioni mafiose (art. 143 TUEL).

La pronuncia di primo grado, tipico esempio di sindacato estrinseco sul vizio di eccesso di potere[2], aveva ritenuto sostanzialmente corrette le valutazioni dell'amministrazione, annettendo valore decisivo all'ampio margine di discrezionalità di cui quest'ultima dispone nel ponderare gli elementi indiziari circa i collegamenti diretti e indiretti degli amministratori locali con la criminalità organizzata.

In appello però i ricorrenti avevano insistito su tutte le censure sollevate in primo grado, sostenendo che il Tar non le avesse sostanzialmente esaminate. A loro avviso il giudice, anziché compiere una valutazione sulla sussistenza dei presupposti per lo scioglimento del consiglio comunale, si era limitato a richiamare princìpi generali e a recepire acriticamente gli esiti dell'istruttoria eseguita dall'amministrazione, senza alcun riguardo per le contestazioni che i ricorrenti avevano addotto per dimostrare l'infondatezza degli elementi di contiguità mafiosa rilevati a carico dell'ente locale.

La sentenza d'appello, come si accennava, rovescia la pronuncia di primo grado in modo piuttosto inaspettato. Ma altrettanto significative sono le conseguenze proces-

---

* Nell'ambito di una riflessione comune, i paragrafi 1 e 5 sono di Marco Magri e i paragrafi 2, 3 e 4 sono di Enrico Zampetti.

[1] Tar Lazio, Roma, sez. I, 17 aprile 2023 n. 6586.

[2] Limite che la giurisprudenza amministrativa riconosce a sé stessa oramai tradizionalmente, come sottolinea senza eccezioni (ma non senza voci critiche) la dottrina. Si vedano al riguardo, per stare solo agli scritti più recenti, F. Manganaro, R. Parisi, *Note sullo scioglimento dei consigli degli enti locali per infiltrazioni mafiose*, in *Dir. econ.*, 2023, 251 ss., 265; R. Rolli, *Dura lex, sed lex. Scioglimento dei Consigli comunali per infiltrazioni mafiose, interdittive prefettizie antimafia e controllo giudiziario*, in *Ist. Fed.*, 2023, 15 ss., 23.

suali che il Consiglio di Stato ne trae rispetto al principio del doppio grado di giurisdizione. Ci riferiamo all'esclusione dell'effetto devolutivo dell'appello e alla scelta di accogliere il gravame con una pronuncia di rito, disponendo la regressione al giudice di primo grado e la ripetizione del processo amministrativo.

Il Consiglio di Stato perviene infatti all'ulteriore considerazione che "*nel caso in esame, non può riscontrarsi la presenza di requisiti minimi e nemmeno la struttura decisionale essenziale per consentire l'intervento 'ortopedico' del giudice di appello*". In linea con le sentenze dell'Adunanza Plenaria nn. 10 e 11 del 2018, la Sezione riconosce nella pronuncia del Tar il vizio di motivazione "apparente", che comporta la nullità della sentenza appellata con rinvio della causa al primo giudice "*per il combinato disposto degli artt. 88, comma 2, lett. d), e 105, comma 1, c.p.a.*".

È bene però subito soggiungere che la motivazione è ritenuta "apparente" non tanto perché il Tar si sia fermato alla classica petizione di principio, abbia cioè completamente trascurato di porre a fondamento della propria decisione le risultanze degli atti di causa. Gli elementi che l'atto impugnato considerava indizi di infiltrazione mafiosa erano stati tutti richiamati, valutati, ritenuti verosimili, o non irragionevoli, nella sentenza di primo grado. Non si trattava insomma di un difetto di collegamento tra la motivazione della sentenza e il concreto svolgimento del giudizio.

Decisivo, secondo il Consiglio di Stato, è che il Tar abbia rigettato il ricorso, dopo essersi rifatto alle circostanze ravvisate dall'amministrazione, senza curarsi di "*confutare*" la posizione dei ricorrenti. Al di sotto della nullità per motivazione apparente vi è quindi una compromissione del principio di imparzialità del giudice, un diseguale trattamento delle parti e, in ultima analisi, una menomazione del contraddittorio in senso lato. Il che è degno di nota, se posto a paragone della massima, correntemente avallata dalla giurisprudenza (e dalla stessa Plenaria), per cui la "lesione del diritto di difesa" e la "mancanza di contraddittorio", autonomamente previste dall'art. 105 c.p.a. quali ipotesi di annullamento con rinvio, debbono intendersi come fattispecie tipiche, identificabili solo attraverso la violazione di norme processuali che prevedono poteri o garanzie strumentali a quelle di difesa e contraddittorio[3]. A più riprese la sentenza annotata offre l'impressione di non sentirsi vincolata da questa tradizionale interpretazione e di ritenere, piuttosto, che la categoria della nullità possa assicurare il doppio grado di giurisdizione in una prospettiva ampia, capace di valorizzare adeguatamente i profili sostanziali della garanzia sancita dall'articolo 24 Cost.[4]

Per il Consiglio di Stato, le "*circostanze fattuali*" avrebbero dovuto essere esaminate "*anche alla luce delle allegazioni dei ricorrenti e non solo con l'indicazione dell'elenco di taluni elementi indizianti sulla contiguità tra gli organi comunali e la criminalità organizzata*", visto che l'art. 143 del TUEL esige una valutazione di "*univocità e rilevanza*" dei sintomi di infiltrazione mafiosa.

Occorreva dunque che il Tar Lazio operasse un "*filtro*", una "*valutazione critica*" dell'operato degli organi statali, un "*riferimento argomentato ai vari elementi indiziari sui quali si è basato il censurato decreto di scioglimento (pur contestati, uno per*

[3] Cons. St., ad. plen., 30 luglio 2018, n. 10; Id., 30 luglio 2018 n. 11.

[4] E. Zampetti, *Lesione del diritto di difesa e principio del doppio grado nel processo amministrativo. Studio sugli editi del giudizio di appello*, Napoli, 2020, 180.

uno, nel ricorso introduttivo e nei motivi aggiunti)".

Invece il ricorso è stato respinto tramite un "*apodittico richiamo a principi e regole giurisprudenziali* (…) *non declinati in relazione al caso concreto esaminato*"; privo di "*ragioni ulteriori rispetto alla generica affermazione della sua infondatezza*" e senza alcuna "*confutazione*" delle allegazioni difensive dei ricorrenti.

Ciò secondo il giudice d'appello "*non consente in alcun modo di comprendere il percorso logico-giuridico su cui il Tar ha fondato le proprie conclusioni*". Ne consegue una "*parvenza*" di motivazione, da cui l'applicazione dell'art. 105 c.p.a. come interpretato dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 11/2018.

Il precedente della Plenaria ha costituito un riferimento obbligato perché in quella sede, allineandosi agli indirizzi della Cassazione, l'organo di nomofilachia del Consiglio di Stato ha chiarito cosa debba intendersi per "motivazione apparente" e ha precisato che essa si configura (dunque la sentenza va dichiarata nulla) non solo nel caso-limite della mancanza materiale della motivazione, ma anche nell'ipotesi di motivazione apodittica, assertiva, tautologica, incomprensibile.

Di più, il caso in esame suggerisce che la nullità della sentenza per motivazione tautologica può verificarsi anche di fronte ad argomentazioni chiare, articolate con riferimento ai fatti di causa; se il giudice aderisce al provvedimento impugnato in modo preconcetto e privo di ogni considerazione per le difese dei ricorrenti.

La sentenza della terza Sezione merita, a nostro giudizio, di essere commentata per due motivi: il primo è che il concetto di "motivazione apparente" ne risulta particolarmente esteso e offre lo spunto per qualche considerazione più generale sulla garanzia del doppio grado di giurisdizione nel processo amministrativo; il secondo è che la nullità con rimessione al giudice di primo grado viene giustificata con riferimento all'esigenza di un confronto più serrato tra allegazioni di parte e valutazioni dell'amministrazione, richiamando un punto di vista rimasto recessivo nell'interpretazione giurisprudenziale della norma sullo scioglimento dei consigli comunali per infiltrazioni mafiose e, forse, nell'intera sistematica del giudizio su atti discrezionali.

Sotto questo secondo profilo, non può sfuggire che, mentre nel giudizio civile di annullamento della sentenza per "motivazione apparente" il rinvio al giudice di grado inferiore non fa sorgere alcun problema di discrezionalità, ma, al più, di esatto rapporto del giudice con i fatti di causa, la circostanza in cui sia il Consiglio di Stato a pronunciare la nullità per "motivazione apparente" impone al Tar, nel giudizio di rinvio, un più penetrante sindacato sull'atto impugnato. In altri termini, la declaratoria di nullità per "motivazione apparente" della pronuncia di un Tar non si limita a risolvere un cattivo funzionamento del doppio grado; essa implica sempre, in qualche misura, una correzione del rapporto tra giudice amministrativo e amministrazione.

2. La motivazione apparente quale causa di rimessione al primo giudice.

Come è noto, la nullità della sentenza rappresenta una delle cause di rimessione previste dall'articolo 105 c.p.a., ai sensi del quale "*il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado soltanto se è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti,*

ovvero dichiara la nullità della sentenza, o riforma la sentenza o l'ordinanza che ha declinato la giurisdizione o ha pronunciato sulla competenza o ha dichiarato l'estinzione o la perenzione del giudizio"[5]. Il c.p.a. si riferisce genericamente alla nullità della sentenza, differenziandosi in ciò dal codice di procedura civile, che, invece, prevede la rimessione al primo giudice esclusivamente al cospetto di una sentenza nulla per difetto di sottoscrizione[6]. Senonché, la generica espressione nullità della sentenza non offre alcuna puntuale qualificazione della correlata ipotesi di rimessione, dal momento che, come pure è stato osservato, una sentenza può ritenersi tecnicamente nulla per qualsiasi vizio processuale[7], come, ad esempio, quando nel relativo giudizio si sia perpetrato un difetto di contraddittorio o una lesione del diritto di difesa, ipotesi anch'esse incluse dal citato articolo 105 c.p.a. tra le cause di rimessione. Ciò significa che la causa di rimessione rappresentata dalla nullità della sentenza viene spesso a sovrapporsi o confondersi con altre delle cause previste dalla norma codicistica, restando così priva di una sua specifica autonomia. Dove, invece, la causa in questione acquista un'autonoma rilevanza ai fini della rimessione è nell'elaborazione giurisprudenziale sul difetto assoluto di motivazione, ossia sulle ipotesi in cui la motivazione sarebbe inesistente o soltanto "apparente" o "meramente assertiva"[8]. Al riguardo, la giurisprudenza precisa che il difetto assoluto di motivazione non "*si identifica con la motivazione illogica, contraddittoria, errata, incompleta o sintetica*" e che, più in generale, l'ordinario difetto di motivazione non può rappresentare una causa di rimessione al primo giudice, considerato che il carattere sostitutivo dell'appello consentirebbe "*sempre al giudice di secondo grado di correggere, integrare e completare la motivazione*

[5] Sulla disciplina della rimessione recata nell'articolo 105 c.p.a., senza pretesa di completezza, D. Corletto, commento all'articolo 105 c.p.a., *in Il processo amministrativo*, a cura di A. Quaranta – V. Lopilato, Milano, 2011, 810 ss.; F.P. Luiso, *Le impugnazioni*, in *Il codice del processo amministrativo*, a cura di R.Villata – B. Sassani, Torino, 2012, 1207 ss.; R. De Nictolis – M. Nunziata, commento all'articolo 105 c.p.a. in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. Morbidelli, cit., 965 ss.; C.E. Gallo, *Omessa pronuncia e annullamento con rinvio da parte del giudice di appello nel processo amministrativo*, in *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, a cura di F. Francario e M.A. Sandulli, Napoli, 2019, 81 ss.; M. Trimarchi, *Omessa pronuncia in primo grado regime dell'appello (sull'alternativa tra ritenzione della causa e annullamento con rinvio)*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2020, 341 ss.; E. Zampetti, *L'appello*, in *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, a cura di M.A. Sandulli, Napoli, 2024, 608 ss.; Id., *Lesione del diritto di difesa e principio del doppio grado nel processo amministrativo,* cit.; Id., *Riflessioni a margine delle decisioni dell'Adunanza Plenaria nn. 10.11 e 15 del 2018 in tema di annullamento con rinvio*, in *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, a cura di F. Francario e M.A. Sandulli, cit., 427 ss.; G. Tropea, art. 105, in *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, a cura di G. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti, Padova, 2021, 820 ss.

[6] Come noto, l'articolo 354 c.p.c. prevede che "il giudice d'appello, se dichiara la nullità della notificazione dell'atto introduttivo, riconosce che nel giudizio di primo grado doveva essere integrato il contraddittorio o non doveva essere estromessa una parte, oppure dichiara la nullità della sentenza di primo grado a norma dell'articolo 161 secondo comma, pronuncia sentenza con cui rimette la causa al primo giudice"; a sua volta, l'articolo 161, co. 2, stabilisce che la regola generale, secondo cui la nullità della sentenza deve essere fatta valere nei limiti e secondo le regole dei mezzi d'impugnazione (appello e ricorso in cassazione), non si applica alle ipotesi in cui "la sentenza manca della sottoscrizione del giudice"; per approfondimenti in tema, B. Gambineri, *Appello*, in *Commentario al Codice di Procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2018, 768 ss.; C. Besso, *art. 161*, in C. Besso – M. Lupano, *Atti processuali*, Bologna, 2016, 798 ss.

[7] A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 339, evidenzia che l'espressione "nullità della sentenza" è utilizzata "in modo palesemente improprio, perché qualsiasi vizio processuale nel giudizio di primo grado determina tecnicamente la nullità della sentenza, mentre la rimessione al giudice di primo grado va disposta solo in casi particolari".

[8] Sulla motivazione della sentenza del giudice amministrativo, G. Strazza, *La motivazione della sentenza amministrativa*, in *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, a cura di M.A. Sandulli, Napoli, 2024, 533 ss.

carente, contraddittoria o insufficiente e di pronunciarsi sul merito della causa"[9]. Piuttosto, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, il difetto assoluto di motivazione riguarderebbe soltanto le ipotesi di mancanza "*fisica*" o "*grafica*" della motivazione, di "*motivazione palesemente non pertinente rispetto alla domanda proposta (perché fa riferimento a parti, fatti e motivi totalmente diversi da quelli dedotti negli scritti difensivi)*" e di "*motivazione apparente*", dove per motivazione apparente si intende la "*motivazione tautologica o assertiva, espressa attraverso mere formule di stile*" ovvero la motivazione che, a sostegno dell'accoglimento o non accoglimento del ricorso, *"non individua neppure una ragione ulteriore rispetto alla generica affermazione della sua fondatezza o infondatezza, di cui, però, non viene dato conto e spiegazione, se non attraverso l'utilizzo di astratte formule di stile*"[10]. In sostanza, a dar luogo alla nullità della sentenza sarebbero soltanto quelle anomalie motivazionali che si identificano o nella "*mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico*", o nel "*contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili*", o nella "*motivazione meramente assertiva, tautologica, apodittica, oppure obiettivamente incomprensibile*"[11]. In questi casi, la grave anomalia motivazionale rende nulla la sentenza imponendo la rimessione della causa ai sensi dell'articolo 105 c.p.a. Il giudice di appello non potrebbe, infatti, adottare alcuna decisione sulla causa, poiché il difetto assoluto della motivazione gli impedisce "*di esercitare un qualsivoglia sindacato di tipo sostitutivo per essere mancata, nella sostanza, una statuizione sulla quale egli possa incidere, seppure nella forma di integrazione/emendazione delle motivazioni*"[12].

Da questo rapido *excursus* si evince che il difetto assoluto di motivazione impedisce *in toto* di individuare le ragioni alla base della decisione di accoglimento o di rigetto e che, in sua presenza, la causa deve essere rimessa al primo giudice ai sensi dell'articolo 105 c.p.a. In aggiunta, si può osservare che la rimessione sarebbe giustificata anche per il *vulnus i*nferto dal difetto assoluto di motivazione al diritto di difesa, posto che, all'evidenza, la non intellegibilità del percorso argomentativo a sostegno della decisione implica una "lesione del diritto di difesa" rilevante agli effetti dell'articolo 105. In ogni caso, il riscontro di un difetto assoluto di motivazione priva l'appello del suo tipico carattere rinnovatorio e sostitutivo, precludendo ogni intervento del giudice che non sia quello di prendere atto della nullità e disporre il rinvio.

Di per sé il richiamato orientamento non presenta particolari problemi applicativi, dal momento che l'eccezionalità delle ipotesi di motivazione apparente dovrebbe consentire agevolmente di cogliere la differenza tra un difetto di motivazione assoluto rilevante agli effetti della rimessione e un difetto di motivazione soltanto ordinario che impone al giudice di decidere la causa.

[9] Cons. St., ad. pl., nn. 10 e 11 del 2018, cit.; cfr. anche Cons. St., ad.pl., 5 settembre 2018 n. 14; Id., 28 settembre 2018 n. 15.

[10] Cons. St., ad. pl., nn. 10 e 11 del 2018

[11] Così, sempre Cons. St., ad. pl., nn. 10 e 11 del 2018, cit.

[12] Cons. St., ad. pl. nn. 10 e 11 del 2018, cit.; Cons. St., ad. pl., n. 14 del 2018, cit., evidenzia che, ai fini dell'integrazione di un'ipotesi di nullità della sentenza, il difetto assoluto di motivazione deve essere apprezzato "con riferimento alla sentenza nella sua globalità rispetto al ricorso proposto unitariamente inteso" e non "in maniera parcellizzata o frammentata, facendo riferimento ai singoli motivi o alle singole domande formulate all'interno di esso".

3. L'inconfigurabilità nel caso di specie di un'ipotesi di motivazione apparente.

Contrariamente a quanto ritenuto dalla decisione in commento, la sentenza del TAR non sembra affatto afflitta da un difetto assoluto di motivazione che giustifichi il rinvio della causa. Basti considerare che:

1) Il TAR richiama preliminarmente i principi della materia, rilevando che "*la qualificazione della concretezza, univocità e rilevanza delle circostanze poste a fondamento del provvedimento di cui si verte, va riferita non "atomisticamente" a ogni singolo elemento preso in esame in sede istruttoria, ma a una valutazione complessiva del coacervo di elementi acquisiti*" e che "*l'amministrazione gode di ampi margini di discrezionalità nella valutazione degli elementi su collegamenti diretti o indiretti, non traducibili in singoli addebiti personali, ma tali da rendere plausibile il condizionamento degli amministratori, essendo asse portante della valutazione di scioglimento, da un lato, l'accertata o notoria diffusione sul territorio della criminalità organizzata e, dall'altro, le precarie condizioni di funzionalità dell'ente in conseguenza del condizionamento criminale (…)*";
2) tanto premesso, evidenzia che "*il quadro emergente dall'istruttoria de qua svolta dall'autorità descrive un contesto generale che depone per una non occasionale "contiguità" tra gli organi comunali e la criminalità organizzata, talchè il disposto scioglimento resiste al sindacato estrinseco di legittimità del Giudice amministrativo*", poiché "*emerge invero dagli atti un quadro connotato da diffusa illegalità e condizionamento, che la relazione ha individuato in vari ambiti della vita consiliare*";
3) con specifico riferimento al difetto di motivazione censurato nel ricorso, precisa che "*la doglianza non può essere accolta, proprio alla luce delle sopra riferite coordinate ermeneutiche*" poiché "*vari elementi depongono per la rilevata disfunzione dell'amministrazione locale e per la "prossimità" degli organi amministrativi con le consorterie criminali*", tra cui: (…) "*le varie operazioni di polizia giudiziaria sfociate anche nell'applicazione di misure cautelari; - il rilevato palesato sostegno elettorale, confermato dalle risultanze giudiziarie, di esponenti della locale criminalità in favore di taluni candidati che facevano parte della lista che sosteneva l'organo di vertice dell'ente; - la riscontrata rete di rapporti parentali e di frequentazioni che esisteva da taluni amministratori e esponenti delle locali consorterie; - la partecipazione del primo cittadino quale testimone di nozze al matrimonio di un soggetto legato a locale famiglia mafiosa e la presenza in seno al consiglio comunale di amministratori gravati da legami con i medesimi esponenti dei clan camorristici* (…) *i coinvolgimenti in procedimenti penali di personale amministrativo dell'ente, la carente strutturazione delle procedure di gara, anche sotto il profilo dell'acquisizione della documentazione antimafia; - l'avvenuto pagamento effettuato in favore di una società destinataria di un provvedimento interdittivo e l'affidamento di commesse in via diretta e senza rotazione*";
4) osserva che "*la difesa degli istanti tenta di smontare minuziosamente tutti gli episodi valorizzati dall'amministrazione, ma lo fa in chiave "atomistica", senza riuscire ad inficiare l'impressione d'as-*

sieme di un comune fortemente esposto all'illegalità e al condizionamento criminale, alla luce della applicazione del ridetto criterio del "più probabile che non", il quale sorregge il giudizio di inferenza posto in essere dall'amministrazione";

5) rileva ancora che *"le risultanze dell'attività di indagine e la significatività degli elementi indiziari emersi, alla luce del sopramenzionato criterio probabilistico, siano state correttamente valutate dall'amministrazione intimata, la quale gode di ampio margine di discrezionalità nella ponderazione degli elementi indiziari circa i collegamenti diretti e indiretti, che rendano verosimile una pericolo di condizionamento ovvero di soggezione dell'amministratore locale alla criminalità organizzata; e ciò anche laddove tali elementi non siano sufficienti a sostenere un'azione penale a esitare in una condanna, posto che si tratta di due giudizi ontologicamente differenti, in ragione della natura preventiva e di "difesa anticipata" tipico della misura dissolutoria di cui si verte*";

6) conclude che "*alla luce delle superiori considerazioni, la censura di illogicità e di deficit motivazionale articolata in ricorso deve essere disattesa ed il ricorso deve dunque essere respinto*".

In sintesi, il TAR evidenzia l'ampia discrezionalità che in materia caratterizza le valutazioni dell'amministrazione; individua gli elementi dell'istruttoria idonei a giustificare lo scioglimento del consiglio comunale; ritiene che tali elementi siano stati correttamente valutati dall'amministrazione ai fini dell'adozione del provvedimento impugnato; reputa che la censura di illogicità e difetto di motivazione non sia accoglibile perché incapace di inficiare gli elementi presi in considerazione dall'amministrazione, anche per il carattere "atomistico" delle difese; conclude per il rigetto del ricorso sulla base delle considerazioni svolte. Dalla motivazione addotta emerge come la *ratio decidendi* della pronuncia sia perfettamente comprensibile nel suo percorso argomentativo, anche alla luce delle censure d'illogicità e difetto di motivazione dedotte nel ricorso. La motivazione non si basa su mere formule di stile tautologiche e apodittiche, ma individua pur sempre le ragioni poste a sostegno del rigetto anche in relazione ai motivi di ricorso, in un contesto in cui il sindacato giurisdizionale deve comunque misurarsi con l'ampia discrezionalità delle valutazioni amministrative.

Ciò non significa che le ragioni addotte siano corrette o sufficienti a giustificare il rigetto del ricorso o che la motivazione non sia carente o illogica, ma basta per escludere che nel caso di specie possa ritenersi sussistente un difetto assoluto di motivazione rilevante agli effetti della rimessione. Le anomalie motivazionali riscontrate dal Consiglio di Stato integrano al più un ordinario difetto di motivazione della sentenza, che, in conformità al carattere sostitutivo e rinnovatorio dell'appello, avrebbe potuto e dovuto essere corretto dal giudice di secondo grado[13].

[13] Merita ribadire che "il carattere sostitutivo dell'appello consente sempre al giudice di secondo grado di correggere, integrare e completare la motivazione carente, contraddittoria o insufficiente e di pronunciarsi sul merito della causa" (Cons. St., ad. pl., n. 10/2018, cit.); sulla tassonomia dei vizi della motivazione della sentenza, G. Strazza, *La motivazione della sentenza amministrativa*, cit., 544 ss.

4. Motivazione apparente e omessa pronuncia.

Pur nell'esplicito richiamo all'orientamento in materia di motivazione apparente, la decisione del Consiglio di Stato finisce di fatto per disattenderlo, ricomprendendo nel difetto assoluto di motivazione anche ipotesi, quale quella in esame, che andrebbero ricondotte ad un ordinario difetto di motivazione. Il concetto di motivazione apparente subisce così un'eccessiva dilatazione che, oltre a non essere giustificata dall'attuale contesto normativo, rischia in parte di comprimere il carattere sostitutivo e rinnovatorio dell'appello. È quindi auspicabile che il concetto, così come elaborato dall'attuale orientamento, resti circoscritto alle ipotesi in cui la "motivazione" impedisca completamente di individuare le ragioni alla base della decisione, arrecando così un *vulnus* al diritto di difesa. In questi casi, la rimessione al primo giudice è pienamente idonea a reintegrare la violazione perpetrata, in quanto garantisce che la causa sia decisa sin dal primo grado con una "vera" motivazione. Al contempo, il rinvio tutela pienamente il principio del doppio grado, perché la "vera" motivazione a corredo della nuova decisione potrà essere oggetto di una successiva impugnazione innanzi al giudice di appello.

Resta a questo punto da chiedersi perché se la rimessione è prevista nei casi di motivazione apparente, non lo sia anche nei casi di omessa pronuncia. Anche in questi casi si determina una lesione del diritto di difesa, forse anche più grave di quella arrecata da una motivazione apparente: se, infatti, la decisione corredata da motivazione apparente impedisce di comprendere le ragioni di un *decisum*, la sentenza afflitta dal vizio di omessa pronuncia è financo priva di un *decisum*, quantomeno per la domanda dimenticata dal giudice[14]. Senonché, la giurisprudenza continua a ritenere che i casi di omessa pronuncia non integrino alcuna lesione del diritto di difesa e che il giu-

[14] Le stesse considerazioni dovrebbero valere anche per i casi di erronea declaratoria di irricevibilità, inammissibilità e improcedibilità del ricorso in cui, a causa di un errore del giudice, la sentenza si arresta ad un profilo di rito senza decidere nel merito la controversia. Anche in queste ipotesi, secondo la prospettiva indicata, l'errore del giudice verrebbe ad integrare una lesione del diritto di difesa, ossia un'ipotesi che l'articolo 105 c.p.a. annovera testualmente tra le cause di rimessione al primo giudice. Tuttavia, come noto, questa soluzione non è condivisa dal prevalente orientamento giurisprudenziale, fermo nell'escludere che l'errore in rito del primo giudice determini una violazione del diritto di difesa rilevante ai sensi dell'articolo 105 c.p.a., dovendosi piuttosto inquadrare in un ordinario *error in iudicando* che, come tale, non comporta l'annullamento con rinvio (Cons. ad. pl., nn. 10 e 11 del 2018, cit.). Va segnalato che, con una recentissima decisione, il Cons. St., sez. VII, 19 febbraio 2024, n. 1653, ha riesaminato la questione alla luce dell'altrettanto recente orientamento espresso dalle Corte di cassazione, sez. un., 23 novembre 2023, n. 32559 (v. anche Cass., sez. un., 9 gennaio 2024, n. 786), secondo il quale integrerebbe una questione di giurisdizione, sindacabile con il ricorso ai sensi dell'articolo 111, co.8 Cost., "la decisione con cui il giudice amministrativo esclude la sussistenza di una posizione giuridica attiva che consente di agire in giudizio". Come rilevato dal Consiglio di Stato, questo nuovo orientamento della Cassazione potrebbe avere degli effetti anche sulla disciplina di cui all'articolo 105 c.p.a., in quanto se, in linea con quanto affermato dalla Cassazione, la rilevata insussistenza della legittimazione ad agire viene ad integrare un diniego di giurisdizione, coerentemente l'erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione dovrebbe considerarsi alla stregua di un erroneo diniego di giurisdizione rilevante agli effetti della rimessione della causa al primo giudice. Senonché, il Consiglio di Stato ritiene di non condividere il nuovo orientamento della Cassazione e ribadisce, pertanto, che "l'errata declaratoria di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva, così come l'errata estromissione dal giudizio di una parte intervenuta, non rientrano nell'ambito delle questioni di giurisdizione di cui all'articolo 105", pur evidenziando "le persistenti criticità dell'attuale assetto della disciplina che, secondo un'opinione talvolta prospettata in dottrina, non consentirebbero il pieno e completo sviluppo del principio del doppio grado". Va, tuttavia, sottolineato che la decisione del Consiglio di Stato riesamina la questione solo dal punto di vista del diniego di giurisdizione, ma non anche nella diversa prospettiva qui indicata, secondo cui l'erronea declaratoria d'inammissibilità, irricevibilità e improcedibilità del ricorso integrerebbe una lesione del diritto di difesa rilevante ai sensi dell'articolo 105 c.p.a. (E. Zampetti, *Lesione del diritto di difesa e principio del doppio grado nel processo amministrativo*, cit., 183 ss.).

dice di appello possa decidere la domanda dimenticata senza che ciò implichi alcuna violazione del principio del doppio grado[15]. Pur se la questione è più complessa e non può certo essere approfondita in questa sede, è lampante la contraddizione nell'ammettere la rimessione al cospetto di una motivazione apparente e nell'escluderla a fronte di un'omessa pronuncia. Nei limiti del presente scritto si può solamente osservare che, per superare la contraddizione, è necessario assumere una concezione del diritto di difesa e del principio del doppio grado diversa da quella attualmente assunta dal prevalente orientamento. Bisognerebbe, cioè, ammettere che la lesione del diritto di difesa rilevante agli effetti della rimessione possa dipendere anche da un vizio della decisione e non soltanto da un vizio del procedimento; e che la garanzia del doppio grado, lungi dall'esaurirsi nel potere di appellare, comporti che ogni decisione di merito debba poter sempre essere sindacata in appello, così da impedire che le controversie attribuite ai TAR possano essere decise per la prima volta nel merito dal Consiglio di Stato, di fatto in unico grado[16]. Si tratta di una strada oggi impervia che si scontra frontalmente con il prevalente orientamento, ma che sembra meglio adattarsi alla specificità costituzionale di una giurisdizione amministrativa articolata in due gradi di giudizio e priva del controllo in cassazione per violazione di legge.

5. Motivazione apparente e discrezionalità amministrativa (in tema di sindacato sull'atto di scioglimento dei Comuni per infiltrazioni mafiose).

Può darsi tuttavia che l'eccessiva dilatazione del concetto di motivazione apparente sia, nella sentenza in esame, anche la conseguenza di una particolare sensibilità del giudice verso gli interessi coinvolti caso concreto.

Gli appellanti erano rimasti ingiustamente senza risposta, davanti a un provvedimento che, come sempre, tocca profili alquanto delicati della vita delle comunità locali. Di fronte all'enorme latitudine del potere di scioglimento dei comuni per infiltrazioni mafiose (quale senza dubbio si ricava dall'art. 143 TUEL), il giudice amministrativo è costretto a rispettare il principio di separazione dei poteri, ma non può rinunciare a quel briciolo di garanzia data dalla sua stessa posizione di terzietà.

Bisogna quindi fare il giusto credito all'ipotesi che l'annullamento con rinvio sia stato anche, forse soprattutto, una soluzione escogitata per rimandare il processo al Tar con il vincolo a un più stringente effetto conformativo, un sindacato più penetrante sulla discrezionalità amministrativa, a garanzia della stessa impugnabilità dei decreti di scioglimento. Nullità della sentenza e regressione del giudizio servirebbero, allora, non tanto a ripristinare l'integrità del doppio grado dinanzi a un vizio del procedimento giurisdizionale, quando a provocare una valutazione giudiziaria più oculata de-

[15] In dottrina, M. Trimarchi, *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello (sull'alternativa tra ritenzione della causa e annullamento con rinvio)*, cit., 385, ritiene che l'omissione di pronuncia "su una porzione della domanda o su una o più domande proposte cumulativamente (…) comporta la nullità della sentenza" e che, pertanto, si potrebbe configurare l'ipotesi di rimessione della causa al primo giudice prevista dall'articolo 105 c.p.a.

[16] In questi termini, E. Zampetti, *Lesione del diritto di difesa e principio del doppio grado nel processo amministrativo,* cit., 194.

gli apprezzamenti svolti dall'amministrazione resistente (nel caso di specie: gli indizi di contiguità mafiosa dell'ente locale e dei suoi amministratori).

Va detto che la sentenza in esame ha il merito di un atteggiamento più spregiudicato verso l'amplissima discrezionalità dei provvedimenti di scioglimento per infiltrazioni mafiose. Tanto che il Consiglio di Stato dà l'impressione di rifarsi all'interpretazione più rigorosa e costituzionalmente conforme dell'art. 143 del TUEL.

La pronuncia annullata, come tante altre, seguiva un indirizzo giurisprudenziale oramai consuetudinario, al punto che, se non si conoscesse la sentenza di appello, sarebbe assai difficile imputare al Tar Lazio un qualche margine di errore.

È prassi consolidata che il giudice amministrativo, nel respingere i ricorsi avverso i decreti di scioglimento dei consigli comunali per infiltrazioni mafiose, metta davanti a tutto la natura ampiamente discrezionale dell'atto impugnato e neghi la necessità di confutare "una per una" le circostanze fattuali contestate dai ricorrenti, sul presupposto che la ricostruzione della dinamica infiltrativa operata dall'amministrazione statale vada giudicata nel suo complesso e non "atomisticamente"[17].

A rafforzare tale indirizzo ha contribuito, con ogni probabilità, la modifica intervenuta con la legge n. 94/2009, che ha introdotto nel testo dell'art. 143 TUEL (comma 11), una nuova misura di prevenzione, cosiddetta "interdittiva elettorale": l'incandidabilità per due turni, dichiarata dal tribunale civile ad esito di giudizio camerale che si svolge, su istanza del Ministero dell'interno, contro gli amministratori locali ritenuti responsabili delle condotte che hanno dato causa allo scioglimento.

L'esistenza di un giudizio civile sulla responsabilità dei singoli amministratori offre un nuovo quadro di accertamento dell'imputazione soggettiva dell'infiltrazione mafiosa, sia pure con riguardo a comportamenti non necessariamente rilevanti a fini penali e, anzi, neppure isolatamente considerati o parcellizzati. Vale anche per il giudizio d'interdittiva elettorale la massima per cui, trattandosi di misure di prevenzione, la valutazione indiziaria a carico della persona non deve essere "atomistica"[18], nel senso che i fatti rilevanti per la dichiarazione di incandidabilità degli amministratori locali prescindono dal coinvolgimento in processi penali e possono quindi essere considerati nel loro complesso, secondo la regola del "più probabile che non".

Il procedimento d'incandidabilità implica un più ampio potere di rivalutazione dei fatti da parte del giudice civile, che, come ha chiarito la Cassazione, non è vincolato dagli accertamenti eseguiti dall'amministrazione e tanto meno dalle conclusioni alle quali essa è pervenuta; può qualificare autonomamente le condotte (attive od omissive) degli amministratori al fine di giudicare sulla loro responsabilità[19].

[17] Tra le tante, Cons. St., sez. III, 18 luglio 2023, n. 7049; 15 dicembre 2021, n. 8362; 22 settembre 2020, n. 5548. Per più ampia trattazione del tema, anche con riferimento alla giurisprudenza, R. Rolli, *Il comune degli altri. Lo scioglimento degli organi di governo degli enti locali per infiltrazioni mafiose*, Roma, 2013; F. Manganaro, R. Parisi, *Note sullo scioglimento dei consigli degli enti locali per infiltrazioni mafiose*, cit.; M. Magri, *Il commissariamento degli enti locali per infiltrazioni o condizionamenti della criminalità organizzata*, in F. Astone, F. Manganaro. R. Rolli, F. Saitta (a cura di), *Legalità ed efficienza nell'amministrazione commissariata*, Napoli, 2020, 131 ss.

[18] Cass. civ., sez. I, 12 aprile 2024, n. 9928; sez. I, 2 novembre 2023, n. 30428; sez. I, 21 ottobre 2022, n. 31214;

[19] Cass. civ., sez. I, 13 novembre 2023, n. 31550, dove si precisa che "*l'accertamento della incandidabilità degli amministratori*

Ciò peraltro non sottrae al giudice amministrativo, davanti al quale sia stato proposto il ricorso contro l'atto di scioglimento del consiglio comunale, la potestà di apprezzamento della contiguità mafiosa delle persone coinvolte: l'atteggiamento dei singoli, nonostante la devoluzione al giudice civile del suo accertamento ai fini dell'incandidabilità, resta elemento essenziale anche del controllo sull'organo[20]. Ai sensi del comma 1 dell'art. 143, il consiglio comunale può essere sciolto in presenza di due requisiti: il primo – preliminare – è la sussistenza di elementi "concreti, univoci e rilevanti" su collegamenti diretti o indiretti con la criminalità organizzata degli amministratori di cui all'articolo 77 comma 2 o su forme di condizionamento degli stessi; il secondo – conseguenziale – è che gli indizi di collegamento o condizionamento mafioso, rilevati a carico degli amministratori dell'ente, siano "tali da determinare un'alterazione del procedimento di formazione della volontà degli organi elettivi ed amministrativi e da compromettere il buon andamento o l'imparzialità delle amministrazioni comunali e provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi ad esse affidati".

Il giudizio sul contegno dei singoli, ossia l'origine dell'infiltrazione mafiosa, non può quindi ritenersi "assorbito" dalla valutazione di malfunzionamento dell'ente, che ne rappresenta solo il contraccolpo organizzativo. Le due situazioni sono collegate da un nesso di causa-effetto, ma proprio per questo rappresentano passaggi autonomi e distinti della decisione sullo scioglimento del consiglio, che deve valutarli entrambi: le situazioni di collegamento o condizionamento degli amministratori, in cui trova spazio la specificità ordinamentale della mafia[21], e la compromissione funzionale dell'organizzazione, che, nonostante sia provocata dalla presenza della criminalità, rimane di per sé costituita da semplice cattivo andamento politico-amministrativo, il quale si può verificare anche in enti locali non interessati da fenomeni di contiguità mafiosa degli amministratori (i Comuni in stato di dissesto, per esempio).

Non di rado invece le sentenze dei giudici amministrativi tollerano una visione attenuata o addirittura capovolta di tale ordine logico, sganciando lo scioglimento del Consiglio da una prospettiva di stretta causalità e configurandolo come un controllo di tipo oggettivo, i cui parametri sono il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione locale; mentre la contiguità mafiosa dei singoli viene declassata a conseguenza, spesso immotivata, di una diffusa malamministrazione. In tale prospettiva, l'idea

attiene alle condotte che hanno dato causa allo scioglimento dell'organo consiliare, non alla valutazione del provvedimento amministrativo di scioglimento dell'organo, che quelle hanno pure generato" e che "*la valutazione della legittimità del provvedimento Presidenziale fuoriesce dal* thema decidendum*, costituendo l'atto un mero presupposto dell'indagine, svolta in sede amministrativa, che ha ad oggetto, invero, la responsabilità degli amministratori dell'ente locale con riferimento alle loro condotte (omissive o commissive) che hanno dato causa allo scioglimento dell'organo consiliare o ne siano state una concausa (Cass. n. 3024/2019)*".

[20] Tra l'altro, è un'anomalia che questo dualismo comporti convinzioni opposte di giudici civili e amministrativi sulla situazione di contiguità mafiosa, partendo dai medesimi elementi di fatto (F.G. Scoca, *Organi elettivi sciolti per condizionamento mafioso: stessi fatti, diverse valutazioni giudiziali*, in *Giustamm.*, n. 9/2019); non manca peraltro chi, ricostruendo la storia della disposizione oggi tradotta nell'art. 143 TUEL, arriva a mettere in dubbio la razionalità dell'istituto dell'incandidabilità in quanto tale (M. Magri, *Osservazioni critiche sulla incandidabilità degli amministratori locali a seguito di scioglimento del consiglio per infiltrazioni mafiose*, in *federalismi.it*, 7 aprile 2021).

[21] Sull'uso giudiziario dell'equazione tra mafia e ordinamento giuridico, G. Fiandaca, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro it.*, 1992, V, 22 ss.

che il giudizio infiltrativo non possa essere "atomistico" viene a significare alcunché di diverso dalla non necessaria rilevanza penale del fatto; diventa un modo di spiegare che lo scioglimento deve spingersi a valutare ciascun elemento indiziario nella sua connessione con gli altri, come se nessuno fosse decisivo, ma tutti, nell'insieme, si reggessero vicendevolmente, l'uno rappresentando la "stampella" dell'altro.

Assumono allora rilievo, ai fini dello scioglimento del Consiglio, situazioni non traducibili in episodici addebiti individuali, che, prese per loro stesse, sarebbero insufficienti per l'applicazione di misure di prevenzione personali[22].

Così argomentando, però, la giurisprudenza amministrativa si allontana dalle coordinate interpretative della Corte costituzionale[23], che ha sempre annesso allo scioglimento la natura di *sanzione* (e non di misura di *prevenzione*) diretta a colpire "*l'organo collegiale considerato nel suo complesso, in ragione della sua inidoneità a gestire la cosa pubblica*". Muovendo da tale premessa, la Corte ha sottolineato che la norma implica una "*stringente consequenzialità*" tra due fattori: le situazioni di collegamento o condizionamento mafioso, da un lato, e l'alterazione del procedimento di formazione della volontà degli organi elettivi o la compromissione del buon andamento o dell'imparzialità dell'amministrazione locale, dall'altro. E ne ha concluso – dal punto di vista che a noi interessa – che il rispetto della garanzia costituzionale del diritto di difesa (art. 113 Cost.) è assicurata proprio dal controllo del giudice amministrativo sulla "*consistenza fattuale*" degli elementi addotti a giustificazione dello scioglimento (sentenza n. 103/1993), fino ad ammettere che lo scioglimento per mafia "*evoca chiaramente una fattispecie penale ben specifica: il reato di associazione a delinquere di tipo mafioso di cui all'art. 416-bis cod. pen.*" (sentenza n. 195/2019).

L'ampia discrezionalità che caratterizza il potere di scioglimento non viene meno; ma si localizza soprattutto nel secondo momento di cui si è detto: quello in cui lo Stato valuta gli effetti, pregiudizievoli per l'ente locale, delle situazioni di collegamento e condizionamento acclarate a carico dei singoli amministratori locali.

Differente è la natura del potere amministrativo quando si tratta di stabilire l'origine delle infiltrazioni, ovverosia il rapporto di contiguità, compiacente o soggiacente, tra le condotte degli amministratori e il mondo della criminalità organizzata; momento in cui, per la Corte costituzionale, va messa al primo posto l'esigenza che le ragioni dello scioglimento trovino riscontro "*con riferimento a risultanze obbiettive circa l'effettiva sussistenza di quelle situazioni*" (sentenza n. 103/1993)[24].

[22] Tipico l'esempio dei vincoli di parentela o di affinità, dei rapporti di amicizia o di affari, delle frequentazioni, della continuità amministrativa tra tornate elettorali, ecc. In giurisprudenza, le tante affermazioni del principio citato nel testo, TAR Lazio, Roma, sez. I, 5 marzo 2024, n. 4419); tra le tante altre, sez. I, 22 giugno 2023, n. 10570; Cons. St., sez. III, 12 marzo 2020, n. 1764; sez. III, 11 ottobre 2019, n. 6918; sez. III, 19 febbraio 2019, n. 1165.

[23] Come rileva anche A. Crismani, *L'influenza della criminalità organizzata sul libero esercizio dell'azione amministrativa degli enti locali*, in *federalsimi.it*, 2 aprile 2014, 17.

[24] Non a torto, osserva F.G. Scoca, *Scioglimento di organi elettivi per condizionamento della criminalità organizzata*, in *Giur. it.*, 2016, 1722 ss., che in questo caso a rigore non dovrebbe neppure parlarsi di discrezionalità amministrativa: "*l'esercizio del potere prende avvio dall'accertamento di elementi di fatto. In questa prima operazione non è ipotizzabile alcuna valutazione discrezionale, ossia valutazione di interessi (pubblici); tanto più che i fatti devono essere concreti, univoci e rilevanti. Si tratta semplicemente di accertarli*" (p. 1725).

Il principio del controllo giudiziario "non atomistico", sul quale, nel caso qui esaminato, aveva fatto perno la sentenza di primo grado, tende a confondere questi due piani del discorso ed è pertanto ragguardevole che il Consiglio di Stato lo abbia colto, ancorando il sindacato del giudice amministrativo a un "minimo costituzionale", coincidente con il confronto tra la ricostruzione dei fatti basata sull'attività informativa degli organi statali e le contrarie allegazioni del ricorrente[25].

Rimane tuttavia il dubbio – se questo era ciò che il Consiglio di Stato voleva garantire (una valutazione più mirata dei comportamenti che avevano dato causa allo scioglimento) – che la correzione di cui il Tar sarà capace, nel giudizio di rinvio, valga la pena di un nuovo processo di primo grado. Senza dubbio una motivazione che non si limiti a uno scrutinio di ragionevolezza del provvedimento e si spinga fino a confutare le difese dei ricorrenti è più giusta: su questo la sentenza in esame è assolutamente da condividere. Ma difficilmente il giudizio sull'eccesso di potere, pur così riorganizzato, potrà andare oltre i limiti di un sindacato estrinseco sulle ragioni che hanno portato il governo allo scioglimento del consiglio comunale. Il Tar Lazio potrà prendere posizione sulle argomentazioni dei ricorrenti; sempre, però, nel quadro di un giudizio su valutazioni riservate all'amministrazione (stabilire se esistono indizi concreti, univoci e rilevanti di collegamento o condizionamento mafioso).

Forse allora tanto sarebbe valso non impedire all'appello di svolgere la propria funzione rinnovatoria e rinunciare a un'interpretazione così ampia dell'art. 105 c.p.a. La quale rischia, tra l'altro, di estendersi a tutti i giudizi su provvedimenti discrezionali, trasformando l'annullamento con rinvio in un rimedio operante ogniqualvolta il giudice di primo grado non abbia portato il proprio sindacato al "minimo" sufficiente.

Marco Magri e Enrico Zampetti

[25] Per la garanzia di questo "minimo costituzionale" nel giudizio civile di incandidabilità degli amministratori locali, cfr. Cass. civ., sez. I, 7 marzo 2024, n. 6200 (con esisti diversi da quelli della decisione in commento).

7. Gli effetti delle "valutazioni" di merito e delle prove raccolte in un giudizio successivamente definito in rito per inammissibilità del ricorso (Nota a Consiglio di Stato, sentenza n. 8466 del 22 settembre 2023)

Sommario: 1. Il giudizio e la questione oggetto di commento. – **2.** Le "valutazioni" di merito contenute nella motivazione di una sentenza di rigetto in rito. – **3.** La rilevanza delle "valutazioni" di merito nell'ambito di un successivo giudizio. – **4.** Riflessi delle tesi esposte sui limiti del giudicato. – **5.** La sorte delle prove raccolte nel giudizio poi definito in rito.

1. Il giudizio e la questione oggetto di commento.

La sentenza in commento conclude una complessa vicenda relativa alla realizzazione di un impianto di distribuzione carburanti in località Cantalupa (Milano). In estrema sintesi, la società istante propone ricorso avverso il provvedimento con cui il Comune di Milano ha negato l'autorizzazione alla realizzazione del distributore. La domanda viene rigettata dal T.A.R. Lombardia.

La società modifica il progetto originario dell'impianto e presenta dunque una nuova istanza, ma il Comune di Milano nega il rilascio dell'autorizzazione richiesta, in ragione del fatto che il distributore ricadrebbe nella cd. "fascia di rispetto autostradale" (cfr. art. 18, d.lgs., 30 aprile 1992, n. 285, nonché art. 26 e 28, d.p.r. 16 dicembre 1992, n. 495). La circostanza trova riscontro anche nel parere negativo reso dalla società concessionaria del tratto automobilistico.

La medesima società istante impugna il provvedimento di diniego, ma il ricorso viene dichiarato inammissibile dal T.A.R. Lombardia ai sensi dell'art. 41, co. 2, c.p.a.[1],

[1] L'art. 41, co. 2, c.p.a. prescrive l'onere di notifica al controinteressato a pena di "decadenza", non di inammissibilità. Ma la giurisprudenza largamente prevalente ravvisa nel caso previsto dalla disposizione una ipotesi di (appunto) inammissibilità del ricorso (v. recentemente T.A.R. Lazio 2 maggio 2023, n. 7329, secondo cui "*la presenza di un controinteressato all'interno del procedimento amministrativo impone l'onere di notifica del ricorso, a pena di inammissibilità, ai sensi dell'art. 41, comma 2, c.p.a., trattandosi di un onere minimo imprescindibile per la stessa costituzione del rapporto processuale e il G.A. non può fare altro che statuire sul vizio di inammissibilità del gravame, non potendo essere sanato tale difetto di notifica mediante l'integrazione del contraddittorio, a mente dell'art. 41, comma 2, c.p.a., ovvero con la concessione dell'errore scusabile ai sensi dell'art. 37 c.p.a., non sussistendo oggettive ragioni di incertezza*"). L'art. 35 c.p.a. – laddove individua le diverse ipotesi di sentenze di rito – non disciplina la fattispecie della "decadenza". Per tale ragione, probabilmente,

per la mancata notifica al controinteressato concessionario (T.A.R. Lombardia, 6 aprile 2016, n. 664)[2]. La pronuncia precisa, tuttavia, che il ricorso appare "*infondato anche nel merito, essendo chiaramente emerso dall'esperimento della verificazione effettuata che l'impianto che l'istante vorrebbe realizzare sarebbe situato nella fascia di rispetto autostradale*".

Successivamente, la richiedente presenta una nuova istanza di autorizzazione. In esito ad un articolato procedimento, il Comune di Milano adotta infine provvedimento di diniego, anche questo impugnato dalla società avanti al T.A.R. Lombardia. A fronte del rigetto nel merito della domanda di annullamento, la società propone appello in Consiglio di Stato avverso la sentenza di primo grado, impugnazione che tuttavia è anch'essa rigettata con la sentenza in commento.

Ritiene il Consiglio di Stato che la domanda di annullamento sia infondata in quanto (fra l'altro) "coperta" dal giudicato della sentenza resa dal T.A.R. Lombardia, 6 aprile 2016, n. 664, circostanza ritenuta dal Giudice di appello "decisiva". La sentenza del T.A.R. Lombardia consentirebbe di ritenere accertata (in esito alla verificazione esperita in giudizio) la violazione delle norme disciplinanti la cd. fascia di rispetto autostradale.

La pronuncia presenta alcune problematiche in materia di: a) valutazioni di merito compiute dal giudice in un giudizio definito in rito; b) estensione del giudicato; c) rilevanza giuridica delle prove assunte in un giudizio definito in rito con pronuncia di inammissibilità del ricorso.

2. Le "valutazioni" di merito contenute nella motivazione di una sentenza di rigetto in rito.

Il Consiglio di Stato ritiene la questione oggetto di controversia coperta da giudicato, in quanto già decisa in maniera definitiva dal T.A.R. Lombardia con la sentenza del 6 aprile 2016.

Gli effetti di una sentenza acquisiscono autorità di cosa giudicata qualora la pronuncia sia divenuta definitiva tra le parti, rendendo dunque la relativa questione di diritto incontrovertibile. Al fine di poter invocare l'autorità di cosa giudicata in ordine ad una determinata questione è dunque ne-

---

la giurisprudenza ha ritenuto di dover ricondurre la mancata notifica del ricorso al controinteressato entro una delle varie categorie previste all'art. 35 c.p.a., sorvolando sulla lettera dell'art. 41, co. 2, c.p.a. Sicché la decadenza non appare, ad oggi, fattispecie giuridica dotata di autonoma rilevanza processuale. Così non era in passato, si veda ad esempio (seppur in una prospettiva "casistica" più che sistematica) E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, 280, secondo cui la decadenza del ricorso interviene "*quando il deposito del ricorso dopo la notificazione non sia effettuato nel termine prescritto, o quanto non vi sia stata accompagnata la copia del provvedimento impugnato o altro atto equipollente, o quando il ricorrente, terminato il giudizio di falso da lui instaurato, non depositi copia della relativa sentenza entro il termine prescritto presso la segreteria del collegio giudicante*".

[2] Così la sentenza: "*la presenza di un controinteressato all'interno del procedimento amministrativo impone l'onere di notifica allo stesso del ricorso proposto al giudice amministrativo a pena di inammissibilità, ai sensi dell'art. 41, comma 2, del d.lgs. n. 104/2010 (c.p.a.), trattandosi di un onere minimo imprescindibile per la stessa costituzione del rapporto processuale. Nella fattispecie all'esame del collegio la Milano Serravalle – Milano Tangenziali S.p.a. riveste certamente tale qualifica, avendo espresso il proprio parere negativo alla realizzazione dell'impianto oggetto della presente controversia nell'ambito della conferenza di servizi che ha portato all'emanazione del diniego impugnato, nella sua qualità di concessionaria dell'autostrada della cui fascia di rispetto il provvedimento impugnato ha rilevato la violazione*".

cessario che la sentenza (oltre che definitiva) decida la controversia nel merito[3].

Si è specificato tuttavia come, nel caso qui esaminato, la sentenza del T.A.R. Lombardia 6 aprile 2016, n. 664 non statuisca nel merito della vicenda, ma definisca la controversia soltanto in rito, dichiarando inammissibile il ricorso presentato dalla società ricorrente per omessa notifica nei confronti del controinteressato. Solo in motivazione (e non nel dispositivo) il T.A.R. Lombardia precisa che (a suo avviso) la domanda di annullamento è comunque da ritenersi infondata.

È dunque necessario stabilire se l'autorità giudiziaria, definendo in rito la controversia, possa anche decidere nel merito e (eventualmente) quali effetti produca tale decisione. Sembra naturale propendere per la risposta negativa per il seguente ordine di ragioni.

Le ipotesi di inammissibilità del ricorso previste nel nostro ordinamento sono quanto mai varie e tra loro disomogenee, ma solitamente esse si ricollegano all'inesistenza di condizioni essenziali del ricorso, tali da rendere l'atto introduttivo inidoneo a instaurare un valido rapporto processuale. Mutuando l'espressione utilizzata dall'art. 35, co. 1, lett. b), c.p.a., è possibile affermare che, in via generale, il ricorso è inammissibile laddove vi siano "ragioni ostative ad una pronuncia nel merito"[4].

L'inammissibilità del ricorso impedisce al ricorrente di poter discutere il merito della controversia e soprattutto di ottenere una sentenza che si pronunci sulla fondatezza o infondatezza della pretesa dedotta in giudizio. Ma essa comporta anche (e ciò maggiormente rileva ai fini della presente analisi) l'impossibilità per il giudice di conoscere la controversia nel merito. Ciò in quanto, l'autorità giudiziaria può e deve pronunciarsi soltanto nei limiti della domanda validamente proposta dal ricorrente[5]. La domanda proposta con un ricorso dichiarato inammissibile non è evidentemente idonea a suscitare una pronuncia nel merito, dunque ad investire l'autorità giudiziaria del potere di decidere la controversia[6]. Di conseguenza, il giudice adito non solo non può, ma (soprattutto) non deve pronunciarsi in ordine alla fondatezza (o infondatezza) della domanda proposta dal ricorrente[7].

[3] Sia consentita la semplificazione esposta nel testo, la quale non vuole certo trascurare le tesi dottrinarie secondo cui non solo le sentenze di merito, ma anche le pronunce in rito potrebbero acquisire autorità di cosa giudicata. A ben vedere, l'autorità di cosa giudicata altro non è se non una qualità della sentenza, conseguente alla incontrovertibilità della questione decisa. Tale questione potrebbe essere anche di rito: ciò significa che le parti del processo non potranno più porre in discussione i profili di rito esaminati e decisi dalla sentenza passata in giudicato. Sul punto sia consentito rinviare a quanto dettagliatamente esposto in C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, 171 ss.

[4] Per una più ragionata analisi della fattispecie della inammissibilità, seppur condotta in riferimento al diritto processuale civile, sia consentito rinviare a R. Poli, *Inammissibilità e improcedibilità*, in *Treccani Diritto on line* 2016.

[5] Si può anche affermare, sotto diverso punto di vista, che la sussistenza di ragioni di inammissibilità del ricorso comporta l'illegittimo o comunque inefficace esercizio dell'azione. Non è questa la sede per approfondire il concetto (particolarmente complesso) di azione, la cui definizione viene resa nel testo secondo le indicazioni di autorevole dottrina processualista (v. C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, 2017, I, 62 ss.; per un esame approfondito si veda, ad esempio, R. Orestano, *Azione in generale*, in *Enc. Dir.*, spec. 797 ss.).

[6] Sulla correlazione tra domanda e limiti del potere decisorio del giudice, v. C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, 2017, I, 93 ss.

[7] Quanto esposto sembra la logica conseguenza dei principi che regolano il nostro sistema processuale, fra tutti il principio della domanda e il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Tuttavia, a quanto consta, la dottrina si è finora espressa in termini di mera "irrilevanza" delle valutazioni di merito contenute in una sentenza di rigetto in rito della domanda. Si veda, ad esempio, E. Fazzalari, *Sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, 1268 ss.: "*La sentenza di rito è, come rilevato, quella*

3. La rilevanza delle "valutazioni" di merito nell'ambito di un successivo giudizio.

È necessario domandarsi quali effetti producano le eventuali "valutazioni" compiute dal giudice nel merito della controversia pur a fronte dell'inammissibilità del ricorso o comunque della definizione in rito del processo.

Nel caso di specie, la sentenza del T.A.R. Lombardia – richiamata dal Consiglio di Stato nella pronuncia qui annotata – una volta esposte le ragioni a sostegno dell'inammissibilità del ricorso, si esprime anche nel merito della controversia, ritenendo infondata la domanda di annullamento del provvedimento di diniego. L'argomento è confinato nella motivazione della sentenza e non trova poi alcun riscontro nel dispositivo della decisione.

La valutazione compiuta dal T.A.R. Lombardia non riguarda una questione incidentale della controversia, anche solo per il fatto che (ovviamente) la conoscenza dei profili di merito della controversia non assume alcun valore pregiudiziale o essenziale per potere decidere sull'ammissibilità del ricorso. Sembra logico concludere sostenendo che le valutazioni nel merito della controversia rese dal giudice nonostante la definizione della causa in rito siano prive di effetti per il ricorrente e, dunque, del tutto irrilevanti nell'ambito di eventuali successive controversie.

Ma si potrebbe affermare che l'eventuale valutazione compiuta dal giudice – essendo stata adottata in assenza di una domanda di parte validamente proposta – sia affetta da nullità, dunque "sanabile" ai sensi dell'art. 161 c.p.c. qualora la nullità non venga fatta valere in appello[8]. A prescindere dalla circostanza che la fattispecie non rientra tra le ipotesi di invalidità della sentenza tassativamente previste[9], la soluzione trascura tuttavia che, nel caso di specie, non siamo di fronte nemmeno ad una vera e propria decisione (prova ne sia che il dispositivo della sentenza riguarda unicamente la definizione della causa in rito), ma ad una mera "valutazione" del giudice in ordine alla fondatezza del ricorso.

Non trattandosi di una decisione in senso stretto (dunque non producendo effetti per le parti in ordine alla domanda proposta dal

che incide soltanto sul processo e non anche sul merito; si può anche qualificare come 'giurisdizionale', ma solo lato sensu (infatti, non realizza misure giurisdizionali). Si tratta, ancor qui di volizione (preceduta, ovviamente, dalla ricognizione dei presupposti). Così, è rifiuto di pronunciare nel merito la sentenza che declina la giurisdizione o la competenza. Queste declinatorie possono intervenire tardi cioè dopo che il processo si è svolto completamente. Ma esse possono intervenire anche molto prima: così quando il giudice constati, già in base al metro del provvedimento richiesto, e senza necessità d'istruttoria, di esser privo di giurisdizione e/o di competenza (non altrimenti il giudice deve por termine al processo quando constati che neanche in ipotesi le parti possono essere considerate destinatarie degli effetti del provvedimento richiesto che, dunque, esse non sono munite di legittimazione ad agire). Da ribadire, poi, che quand'anche le pronunce di rito che pongono fine al processo sopravvengano tardi, e una parte delle attività processuali svolte risulti, perciò, superflua, non per questo esse sono da ritenere giuridicamente invalide: ciò è confermato dalla nostra legge processuale, che consente al giudice di non decidere subito la quaestio pregiudiziale (e così, ad esempio, quella di competenza), ma di rimandare la decisione alla fine (art. 187 comma 3 c. p. c.)".

[8] Sull'applicazione delle disposizioni in materia di nullità della sentenza nel processo amministrativo, v. F.G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2023, 288.

[9] Si rammenta che l'art. 156, co. 1, c.p.c. prevede infatti che la nullità per inosservanza delle forme degli atti processuali non può essere pronunciata "se la nullità non è comminata dalla legge" ovvero laddove l'atto manchi dei "requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo", ipotesi che nel caso qui annotato non paiono sussistere.

ricorrente) non può parlarsi di nullità della sentenza nella parte in cui si esprime sul merito della controversia.

Nemmeno le tesi più estensive in materia di interpretazione della sentenza consentirebbero di giungere ad un risultato differente[10]: parte della dottrina ipotizza infatti che la motivazione assuma rilievo determinante (e vincolante) ai fini della esatta individuazione dell'oggetto della decisione resa dal giudice (ossia, in altre parole, dell'interpretazione del dispositivo). Ma anche a voler ragionare in tal senso, è evidente che le valutazioni compiute nel merito della controversia e confinate nella motivazione non possono in alcun modo rilevare ai fini della "interpretazione" di una decisione di mero rito.

La conclusione trova conferma negli argomenti svolti poco sopra in relazione alla preclusione per il giudice di pronunciarsi nel merito della controversia in presenza di ragioni di inammissibilità del ricorso. L'impossibilità di pronunciarsi nel merito comporta l'assenza dei poteri di giurisdizione propri dell'autorità giudiziaria, con la conseguenza che l'eventuale valutazione della fondatezza del ricorso non assume rilevanza giuridica.

D'altro canto, se così non fosse, il ricorrente verrebbe gravemente pregiudicato nella propria tutela, in quanto la valutazione resa dal giudice in ordine alla fondatezza del ricorso non sarebbe comunque impugnabile in appello.

Infatti, il ricorrente (soccombente in primo grado), per poter contestare la parte di sentenza in cui il giudice ha valutato il merito della controversia, dovrebbe previamente impugnare la decisione laddove essa ha dichiarato inammissibile in rito il ricorso. In caso contrario, il ricorrente risulterebbe privo di interesse ad impugnare, non potendo trarre dall'accoglimento dell'impugnazione alcuna utilità: la riforma della decisione di primo grado con riguardo ai profili di merito presuppone, in altre parole, una nuova (e difforme) valutazione dell'ammissibilità del ricorso.

Il Consiglio di Stato potrebbe accogliere il motivo di appello principale, ritenendo ammissibile il ricorso presentato in primo grado, decidendo poi la controversia nel merito e assicurando dunque piena tutela all'appellante[11]. Ma potrebbe anche rigetta-

[10] Salvo non portare alle estreme conseguenze i numerosi "corollari" derivanti da una interpretazione eccessivamente "elastica" della pronuncia giurisprudenziale. Sul punto si veda F. Francario, *Il contrasto tra giudicati*, in *Il Processo*, 2022, 301: "*I problemi nascono nel momento in cui la nozione di cosa giudicata abbandona il ristretto, ma certo, confine del dispositivo della sentenza, la conclusione del sillogismo in cui si esprime la logica della sentenza, per estendersi alle sue premesse, alla parte motiva della sentenza. E, nel caso del processo amministrativo, si acuiscono a dismisura per via delle eccessive fluidità ed elasticità della nozione di giudicato. Ciò è dovuto non tanto al fatto che nel processo amministrativo è pacifica l'affermazione che occorre guardare alla motivazione della sentenza per ricostruire il dictum del giudice, quanto piuttosto al fatto che essa si accompagna ad altre affermazioni quali sono quella che nel giudizio di legittimità il giudicato copra comunque solo i vizi dedotti e non quelli deducibili; che la motivazione possa essere integrata nell'ambito del giudizio di ottemperanza "al giudicato", completando in questa stessa sede l'accertamento mancante nella sentenza; o (si accompagna) al dato esperienziale di una prassi che origina motivazioni prolisse, eccessivamente articolate e complesse, che troppo spesso rendono assolutamente labile ed evanescente il confine tra un obiter dictum e ciò che è un antecedente logico necessario della decisione e al fatto che questa prassi è per altro verso dissonante dall'esplicito riconoscimento legislativo della possibilità di pronunciare sentenza in forma semplificata, ovvero con «sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero al precedente conforme» (art. 74 c.p.a.)*".

[11] Nel caso di accoglimento del motivo di appello avverso la pronuncia di inammissibilità, il Consiglio di Stato decide la controversia senza rinviare al giudice di primo grado (v. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2018 n. 10 e 11: "*La questione di diritto all'esame dell'Adunanza plenaria deve essere risolta*

re il motivo di appello principale, confermando l'inammissibilità in rito del ricorso: in tale caso, il capo di sentenza con cui il giudice di primo grado ha conosciuto sulla fondatezza della domanda di annullamento non sarebbe oggetto di esame da parte del giudice di appello. È evidente il pregiudizio che a ciò conseguirebbe il capo al ricorrente, il quale sarebbe vincolato dagli effetti della sentenza di primo grado anche in relazione al merito della controversia, senza nemmeno aver potuto ottenere dal giudice di appello un nuovo esame della questione controversa.

Per le ragioni esposte, è possibile concludere affermando che: il rigetto in rito del ricorso (quantomeno nei casi di inammissibilità e irricevibilità) impedisce al giudice di conoscere e pronunciarsi nel merito della controversia; l'eventuale decisione o valutazione compiuta dal giudice in violazione di tale principio non configura un'ipotesi di nullità del relativo capo di sentenza. Esso, infatti, deve ritenersi meramente privo di effetti. Pertanto, la parte soccombente non deve – e nemmeno può – impugnare il capo di sentenza nella parte in cui il giudice ha erroneamente pronunciato nel merito della domanda.

4. Riflessi delle tesi esposte sui limiti del giudicato.

Se la sentenza di rigetto in rito non può in ogni caso produrre effetti rilevanti sul piano sostanziale (essendo la decisione limitata entro l'ambito processuale), nemmeno è possibile che essa acquisti autorità di cosa giudicata in ordine al merito della controversia. Come già accennato sopra, il giudicato non rappresenta – come spesso affermato in dottrina – un effetto della sentenza, ulteriore e distinto rispetto agli altri effetti che essa produce, ma una qualità (una caratteristica) della stessa[12]. La sentenza produce i propri effetti anche laddove non ancora passata in giudicato; il passaggio in giudicato comporta "soltanto" l'incontrovertibilità della decisione, ossia la definitività degli effetti propri della decisione.

Ma qualora la sentenza definisca la controversia in rito, essa risulta improduttiva di effetti nel merito e, pertanto, inidonea a acquistare autorità di cosa giudicata: ne consegue, per logica, l'inesistenza dei vincoli del giudicato in capo al ricorrente, il quale rimane libero di agire nuovamente in giudizio al fine di far valere i vizi del provvedimento amministrativo.

Si sottolinea soltanto che la riproposizione della (medesima) domanda di annullamento già rigettata in rito risulterà (con

dando continuità al consolidato orientamento interpretativo che, anche dopo l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, afferma il carattere tassativo ed eccezionale dei casi di rimessione al giudice di primo grado, oggi descritti dall'art. 105 dello stesso Codice. Va in particolare, escluso che tra i casi di annullamento con rinvio possa rientrare l'erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità della domanda, oppure l'ipotesi in cui il giudice di primo grado abbia totalmente omesso di esaminare una delle domande proposte (anche per ragioni diverse dall'accoglimento di una eccezione pregiudiziale di rito)".

[12] Si fa riferimento alla tesi di Liebman, variamente esposta in diversi scritti, secondo cui l'autorità di cosa giudicata non è un effetto della sentenza (la quale è infatti produttiva di effetti indipendentemente dal passaggio in giudicato) ma una sua qualità o caratteristica, ricollegata alla raggiunta incontrovertibilità della questione oggetto di decisione (ne consegue peraltro l'irrilevanza della distinzione tra giudicato formale e giudicato sostanziale); la tesi si trova esposta in vari scritti, in particolare E.T. Liebman, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano, 1962.

buona frequenza) impedita dal decorso del termine di impugnazione del provvedimento amministrativo. Ma sul piano teorico essa rimarrebbe comunque proponibile, senza che la precedente sentenza di rito produca vincoli in ordine alla introduzione di un giudizio avente ad oggetto la medesima domanda già proposta con ricorso dichiarato inammissibile.

Fermo quanto sopra, vale pur sottolineare che la dichiarazione di inammissibilità del ricorso non è improduttiva di effetti in ordine all'eventuale successivo giudizio: essa, infatti, ha deciso (con efficacia vincolante) sulla necessaria sussistenza di determinati presupposti (nel nostro caso: la notifica al controinteressato) al fine della ammissibilità del ricorso, decisione divenuta comunque incontrovertibile tra le parti del processo.

Peraltro, un ulteriore aspetto merita di essere evidenziato. Pur ammettendo che la sentenza T.A.R. Lombardia n. 664 del 2016 riguardi il merito e non (solo) il rito della controversia, essa si riferisce ad un provvedimento diverso rispetto a quello oggetto della pronuncia del Consiglio di Stato di cui al presente commento. È possibile affermare, pur in via generale[13], che la sentenza resa sulla validità di un provvedimento amministrativo non produce effetti (e non acquisisce dunque autorità di cosa giudicata) in relazione alla validità (o invalidità) di un provvedimento diverso e successivo. Il giudicato, infatti, si estende entro i limiti dell'oggetto della controversia, potendo dunque rilevare soltanto in riferimento alla questione della fondatezza o infondatezza del ricorso proposto avverso uno specifico provvedimento amministrativo. Sicché, nel giudizio avente ad oggetto il provvedimento successivo, il giudice è chiamato a svolgere una (nuova e diversa) valutazione dei fatti di causa e degli elementi di diritto, potendo in astratto giungere a conclusioni difformi rispetto a quelle della prima decisione. In altre parole, se le valutazioni compiute in un precedente giudizio possono agevolare la decisione della controversia successiva, esse non acquisiscono tuttavia autorità di cosa giudicata[14].

5. La sorte delle prove raccolte nel giudizio poi definito in rito.

Escluso che la sentenza del T.A.R. Lombardia possa far stato tra le parti in ordine al merito della questione, resta da valutare la rilevanza delle prove raccolte in giudizio e in particolare della verificazione disposta nel processo poi definito in rito (e non in merito).

Nel caso particolare, si trattava di verificare la distanza tra l'autostrada e il confine

[13] Il tema, in realtà, è più complesso e meriterebbe una estesa trattazione. Soltanto per accennare un possibile aspetto problematico, si pensi all'ipotesi in cui il primo giudizio abbia deciso su questioni pregiudiziali rispetto alla controversia oggetto del secondo processo (per una approfondita trattazione del tema, C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, 129; nonché F. Francario, *Il contrasto tra giudicati*, in *Il Processo*, 2022, 299).

[14] Si potrebbe obiettare che talora (come parrebbe nel caso di specie) le ragioni poste a fondamento della "prima" decisione permangono immutate anche nell'ulteriore giudizio relativo al "secondo" provvedimento. Nella sentenza in commento, ad esempio, l'impianto di distribuzione risultava ricompreso, tanto nel primo quanto nel secondo progetto, nella cd. fascia di rispetto autostradale. Ma si tratta di una obiezione non risolutiva. Essa non consente infatti di superare quanto affermato nel testo, ossia che la valutazione resa dal giudice riguarda (necessariamente) soltanto gli elementi di fatto e di diritto relativi allo specifico provvedimento impugnato. Quantomeno, il giudice sarà chiamato a stabilire se una data circostanza – ritenuta dirimente ai fini di un precedente giudizio – sia o meno altrettanto determinante per la decisione della controversia.

del terreno su cui il ricorrente intendeva realizzare un impianto di distribuzione di carburanti, al fine di stabilire se esso ricadesse o meno nella cd. fascia di rispetto autostradale. La circostanza è stata appunto oggetto di verificazione del processo poi definito in rito dal T.A.R. Lombardia.

Il Consiglio di Stato utilizza le risultanze istruttorie ivi raccolte, mantenendo fermo l'assunto per cui l'impianto di distribuzione che la società istante avrebbe voluto realizzare rientrava (parzialmente) nella cd. fascia di rispetto autostradale. Ma è lecito domandarsi se le prove formate in un giudizio definito soltanto in rito possano essere utilizzate anche in un diverso processo.

Le norme in materia di processo amministrativo non regolano la fattispecie. E, in realtà, nemmeno il codice del processo civile contiene una disciplina specificamente applicabile. Si potrebbero allora richiamare le disposizioni in materia di estinzione del processo civile: a riguardo, l'art. 310, co. 3, c.p.c. prevede che le prove assunte nel giudizio dichiarato estinto sono valutate (in un eventuale diverso processo) come argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, co. 2, c.p.c.

Il codice del processo amministrativo non regola (nemmeno in generale) le conseguenze della dichiarazione di estinzione del processo. Sicché, la disciplina prevista dall'art. 310 c.p.c. troverà applicazione anche nell'ambito del giudizio amministrativo, tramite il cd. rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a. o quantomeno in via di applicazione analogica[15].

Rimane da stabilire se la disciplina prevista in materia di estinzione sia o meno estendibile anche all'ipotesi in cui il processo sia definito con una sentenza di rito in ragione dell'inammissibilità del ricorso introduttivo.

Un argomento a favore della tesi positiva potrebbe essere desunto dall'art. 85 c.p.a., norma che regola la forma della dichiarazione di estinzione e di improcedibilità del giudizio. La disposizione equipara le fattispecie in oggetto, riservando ad entrambe il medesimo procedimento. Si potrebbe dunque concludere ritenendo che tale equiparazione rilevi non soltanto a fini procedimenti, ma anche con riguardo agli effetti: in altre parole, l'improcedibilità del giudizio risulterebbe anch'essa disciplinata (quanto alle conseguenze derivanti dalla relativa dichiarazione) dall'art. 310 c.p.c.

Anche ammesso che tale soluzione sia corretta, ciò tuttavia non consente di estendere le medesime conclusioni anche all'ipotesi in cui il ricorso sia dichiarato inammissibile[16]. Risultato che invero sembra assai difficile da sostenere dal punto di vista interpretativo.

In primo luogo, l'art. 85 c.p.a. si riferisce solamente alle ipotesi di estinzione e

[15] La giurisprudenza appare orientata nel senso di ritenere applicabile alla giurisdizione amministrativa la disciplina dell'art. 310 c.p.c. Recentemente, Cons. Stato, 30 maggio 2023, n. 9187. In maniera argomentata, v. T.A.R. Puglia, 24 ottobre 2013, n. 1489: "*A tenore dell'art. 310 c.p.c., l'estinzione del processo non estingue l'azione. Si può ritenere che tale norma si applichi – in ragione del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a. – anche al processo amministrativo, dove l'estinzione processuale è determinata dalla perenzione, ex art. 9 comma secondo della legge n. 205/2000 (ora art. 81 c.p.a.). Infatti, l'estinzione del processo civile e la perenzione del processo amministrativo sono istituti in tutto simili, con la differenza che, mentre la perenzione considera il processo nel suo insieme e sanziona l'inattività assoluta delle parti, protrattasi per un certo periodo di tempo, l'estinzione ha riguardo ad atti specifici e alla loro specifica collocazione temporale e sanziona non solo la lungbezza e rilassatezza dei tempi, ma anche il mancato compimento di attività funzionali a una corretta decisione di merito*".

[16] Le medesime considerazioni possono trarsi anche per l'ipotesi di irricevibilità.

improcedibilità del giudizio: sicché viene meno qualsiasi sostegno normativo per estendere l'applicazione dell'art. 310 c.p.c. a fattispecie diverse, come appunto l'inammissibilità del ricorso.

Soprattutto, l'ipotesi di inammissibilità si distingue dalle fattispecie previste dall'art. 85 c.p.a. per la diversità dei relativi presupposti[17]. L'estinzione e l'improcedibilità attengono infatti allo svolgimento del processo, configurando ipotesi straordinarie in cui il giudizio non giunge ad una definizione del merito della controversia per eventi o circostanze sopravvenute rispetto alla sua instaurazione. Al contrario, l'inammissibilità presuppone la sussistenza di ragioni ostative alla pronuncia nel merito, ragioni che possono essere sopravvenute rispetto all'atto introduttivo ma che di regola attengono il momento "genetico" del processo.

In tale prospettiva, l'eventuale inammissibilità del ricorso – impedendo al giudice di pronunciarsi sulla domanda – preclude anche lo svolgimento della fase istruttoria, la quale (non potendo la controversia essere decisa nel merito) si dimostrerebbe del tutto superflua[18]. Sicché il giudice non solo non dovrebbe, ma nemmeno potrebbe procedere all'istruzione della causa. Qualora si sia ugualmente provveduto in tal senso, si potrebbe perfino sostenere che le prove raccolte in giudizio non siano affatto degradate a meri argomenti di prova, ma piuttosto che esse (in quanto invalidamente raccolte) non abbiano alcuna rilevanza processuale e che pertanto non possano essere utilizzate in un eventuale successivo processo.

Non può trascurarsi che la soluzione prospettata mal si concilia con le esigenze di economicità dei mezzi processuali e di limitazione dei tempi di giudizio, particolarmente avvertite nell'odierno contesto giurisprudenziale. Tuttavia, una diversa interpretazione (che appare ardua sul piano argomentativo) presupporrebbe di equiparare l'inammissibilità del ricorso all'estinzione del giudizio, con particolare riguardo ai rispettivi effetti, equiparazione che non trova, come sopra esposto, alcun conforto normativo e richiederebbe di individuare nell'art. 310 c.p.c. una sorta di "principio generale", applicabile in tutti i casi in cui il giudizio venga definito con una sentenza di rito (anziché di merito)[19].

Enrico Roveroni

[17] Nel testo si propone – per ragioni di brevità – una interpretazione semplificata del fenomeno dell'estinzione del processo e dei suoi rapporti con categorie "limitrofe", quali l'inammissibilità del ricorso e l'improcedibilità del giudizio. Per una interessante disamina delle principali tesi dottrinarie, si veda C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, 235 ss.

[18] Si veda il già citato E. Fazzalari, *Sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, 1268: "*Da ribadire, poi, che quand'anche le pronunce di rito che pongono fine al processo sopravvengano tardi, e una parte delle attività processuali svolte risulti, perciò, superflua, non per questo esse sono da ritenere giuridicamente invalide*".

[19] In buona sostanza, troverebbe applicazione la (pacifica) giurisprudenza secondo cui le prove raccolte in un giudizio diverso possono essere valutate come "argomenti di prova". Tale indirizzo si riferisce tuttavia alle prove assunte nell'ambito di processi poi giunti ad una definizione di merito della controversia, risultando dunque quantomeno discutibile l'applicazione del medesimo principio nel caso di un processo concluso con una sentenza di rito (v. di recente Cons. Stato, 4 agosto 2023, n. 7539: "*Quanto all'accertamento svolto in sede civile va rammentato che, per principio generale, il giudice può utilizzare, in mancanza di qualsiasi divieto di legge, anche prove raccolte in un diverso giudizio fra le stesse e anche altre parti, come qualsiasi altra produzione delle parti stesse, al fine di trarne non solo semplici indizi o elementi di convincimento, ma anche di attribuire loro valore di prova esclusiva, il che vale anche per una perizia svolta in sede penale o una consulenza tecnica svolta in altre sedi civili*"; ma anche, seppur in via incidentale, Cass. SS.UU., 8 aprile 2008, n. 9040: "*il giudizio circa l'utilità e la pertinenza di un mezzo di prova rientra nei poteri di valutazione del giudice di merito, il quale può anche utilizzare per la formazione del proprio convincimento prove raccolte in altro giudizio, sebbene estinto, tra le stesse parti*").

8. 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)

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 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.

[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.

[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.

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].

[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 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;

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

- 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 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*

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 Società era basata su una specifica censura di illegittimità delle due diffide emanate da Società Autostrade – consistente nella vio-

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 e ss.; G.P. Cirillo, *Danno da illegittimità dell'azione amministrativa e giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2001, specie 77ss.; 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.

lazione 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. 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*

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].

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 giurisprudenza, sin dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 3/2011, che la mancata impugnazione dell'atto amministrativo illegittimo, pur non precludendo la possibilità*

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

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 l'Italia. Sul rapporto tra giudicato e *obiter dicta* si confronti Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2023, n. 2246 che richiama

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-

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

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 pro-

amministrativo e sul suo rapporto con la consulenza tecnica 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 contraddittorio 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*».

cessuali 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 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 ricostruzio-

[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.*».

ne 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 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].

Clara Silvano

[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.

9. Brevi note in tema di giudicato esterno nel processo amministrativo. A proposito della sentenza Cons. St., Sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754

Sommario: 1. La vicenda processuale. – **2.** La soluzione prospettata dal Consiglio di Stato. – **3.** Il rilievo del giudicato esterno nel processo amministrativo. – **4.** Conclusioni.

1. La vicenda processuale.

Nella sentenza in rassegna il Consiglio di Stato prende in esame il regime dell'eccezione di giudicato esterno. Segnatamente, si sofferma a delineare da un lato gli oneri di allegazione in capo alle parti e dall'altro i limiti che incontra il giudice nel rilevare la questione. Nonostante si concentri più precisamente sul solo giudicato esterno sopravvenuto, la sentenza offre l'occasione di compiere più ampie riflessioni sul tema.

La vicenda processuale trae origine dal rigetto di un'istanza di adeguamento del prezzo contrattuale *ex* art. 115 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163[1], presentata da una società a seguito della proroga del contratto di affidamento del servizio di pulizia. La società prima impugnava il provvedimento di diniego davanti al T.A.R., chiedendone l'annullamento e la consequenziale condanna al pagamento della somma revisionale, e successivamente conveniva davanti al giudice ordinario la stessa amministrazione per una pluralità di domande, tra cui quella volta a ottenere la corresponsione dell'importo dovuto a titolo di adeguamento del prezzo.

Entrambi i processi terminavano con una pronuncia nel merito, senza che venisse rilevato il conflitto positivo di giurisdizione: mentre il giudice civile rigettava le pretese attoree, il T.A.R. annullava il provvedimento di diniego e riconosceva la spettanza dell'adeguamento richiesto.

La società impugnava tempestivamente la pronuncia davanti alla Corte d'Appello,

[1] La disposizione citata, *ratione temporis* applicabile al caso di specie, prevedeva obbligatoriamente l'inserimento di una clausola di revisione del prezzo nei contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture. Si precisava, poi, che la revisione non operasse in via automatica, ma che fosse determinata sulla base di un'istruttoria compiuta dall'amministrazione tenendo conto dei costi standardizzati, calcolati avvalendosi degli indici ISTAT. Le parti contraenti, tuttavia, erano libere di inserire nel capitolato d'appalto anche clausole con meccanismi di revisione del prezzo dal contenuto determinato, escludendo o riducendo il successivo esercizio del potere discrezionale da parte della stazione appaltante.

tuttavia, senza gravare la parte di sentenza relativa alla richiesta di condanna al pagamento del prezzo revisionale, la quale passava in giudicato ai sensi dell'art. 329 co. 2 cod. proc. civ. Anche la pubblica amministrazione resistente proponeva appello avverso la sentenza del T.A.R., chiedendone la riforma sulla base dell'intervenuto passaggio in giudicato della pronuncia del Tribunale ordinario.

2. La soluzione prospettata dal Consiglio di Stato.

Esaminando più nel dettaglio il ragionamento svolto nella sentenza in commento, si può notare come il Consiglio di Stato abbia preso atto fin da subito del possibile contrasto tra i dispositivi delle due sentenze. Sul punto, infatti, si ricorda che entrambi i giudici di primo grado, dopo avere esplicitamente affermato la propria competenza giurisdizionale[2], hanno statuito nel merito giungendo a due soluzioni diametralmente opposte: mentre il Tribunale ordinario ha rigettato la richiesta di adeguamento del prezzo, il T.A.R. al contrario l'ha ritenuta fondata.

Si è posto, dunque, il problema di qualificare il conflitto tra l'accertamento contenuto nella pronuncia del giudice ordinario e quello della sentenza del giudice amministrativo. A tale proposito, la Terza Sezione ha ritenuto di potere ravvisare una piena sovrapposizione tra gli oggetti delle due domande, non avendo alcuna rilevanza le differenti locuzioni utilizzate dall'attore in una sede e dal ricorrente nell'altra ovvero la diversa struttura del giudizio civile rispetto a quello amministrativo. Si è optato, pertanto, per un approccio sostanziale nella valutazione del *petitum* e della *causa petendi*. In entrambi i casi, infatti, la società allegava a fondamento della propria pretesa i medesimi fatti e mirava allo stesso risultato utile.

Alla luce di tali considerazioni, è stata ritenuta fondata l'eccezione di giudicato esterno sopravvenuto prospettata dall'amministrazione appellante. Secondo la tesi sostenuta nell'atto di gravame, infatti, la formazione del giudicato sulla sentenza del giudice ordinario, nella parte in cui accerta l'insussistenza del diritto alla revisione del prezzo, avrebbe precluso al giudice amministrativo di esprimersi sul merito della stessa domanda in virtù del principio del *ne bis in idem*. Per quanto concerne la definizione del regime processuale dell'eccezione di giudicato esterno, il Consiglio di Stato, dopo avere richiamato l'orientamento della Corte di cassazione sul tema[3], ha affermato che la presenza di una precedente sentenza irrevocabile sullo stesso oggetto e pro-

[2] Il conflitto positivo di giurisdizione si spiega alla luce dell'interpretazione offerta dalla giurisprudenza in merito alla lettera dell'art. 133, lett. e, n. 2, cod. proc. amm., secondo cui le controversie "[…] relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 […]" sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In realtà, si ritiene sussistente la giurisdizione del giudice ordinario in tutti quei casi in cui il contratto di appalto preveda una clausola di revisione del prezzo che disciplini nel dettaglio i criteri di adeguamento. In questo caso, infatti, non residuerebbe alcun potere in capo alla pubblica amministrazione e la controversia riguarderebbe l'esecuzione di una prestazione già pienamente definita in base al regolamento contrattuale (Cons. St., Sez. III, sent., 25 luglio 2023, n. 7291; Cass. civ., Sez. un., ord., 22 novembre 2021, n. 35952; Cass. civ., Sez. un., ord., 12 ottobre 2020, n. 21990; Cass. civ., Sez. un., ord., 13 luglio 2015, n. 14559).

[3] Tra le maggiormente incisive si indicano: Cass. civ., Sez. un., sent., 3 febbraio 1998, n. 1099 e Cass. civ., Sez. un., sent., 25 maggio 2001, n. 226.

nunciata tra le medesime parti non possa essere sottoposta a preclusioni né in punto di allegazioni né per quanto concerne la prova. Di conseguenza, il giudicato esterno formerebbe l'oggetto di una questione rilevabile dal giudice in ogni stato e grado del processo e non di un'eccezione in senso stretto. Tale configurazione discenderebbe dalla necessità di garantire la stabilità dei giudicati e di evitarne il contrasto.

3. Il rilievo del giudicato esterno nel processo amministrativo.

La pronuncia annotata merita di essere segnalata nella parte in cui si occupa di definire la natura dell'*exceptio rei iudicatae*. L'argomento non risulta essere stato oggetto di approfondimento né da parte della dottrina processual-amministrativistica, salvo alcuni rari contributi sul tema[4], né in seno alla giurisprudenza amministrativa, la quale invero non ha avuto spesso occasione di esprimersi sul punto[5]. Al contrario, la natura dell'eccezione di giudicato esterno ha animato un grande dibattito nel campo processual-civilistico, vedendo per lungo tempo la giurisprudenza e la dottrina su due opposte posizioni[6]. Soltanto recentemente le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno riconosciuto nel giudicato esterno una questione rilevabile *ope iudicis*[7].

Ai fini della risoluzione del caso di specie, il Consiglio di Stato ha recepito e applicato i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità, affermando che la prospettazione della questione di giudicato esterno non sia sottoposta a preclusioni. Si evidenzia, tuttavia, che questa presa di posizione sembra essere limitata al solo regime del giudicato esterno sopravvenuto nel corso del giudizio. Gli elementi sopravvenuti, infatti, non sono sottoposti ai limiti temporali, in quanto la parte non avrebbe mai potuto allegarli e produrli in precedenza[8]. Non viene chiarito, invece, se tale orientamento sia estendibile all'ipotesi in cui la questione, pur conosciuta dalle parti, non sia stata tempestivamente allegata entro i termini previsti. Sembra opportuno, quindi, svolgere alcune riflessioni allo scopo di offrire qualche spunto circa la natura dell'eccezione di giudicato esterno nel processo amministrativo.

In via preliminare si può osservare come, malgrado il d.lgs. 10 luglio 2010, n. 104, non si occupi direttamente del tema in oggetto, sia comunque possibile rintracciare alcuni indici che possono fungere da guida per l'interprete.

Un primo elemento può essere individuato nella lettera dell'art. 2909 cod. civ., nella parte in cui afferma che l'accertamen-

[4] Si segnalano gli interventi di: C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, 88-89; M. Di Rienzo, *L'eccezione nel processo amministrativo*, Napoli, 1968, 154-155; G. Paleologo, *L'appello al Consiglio di Stato*, Milano, 1989, 340; F. Saitta, *I* nova *nell'appello amministrativo*, Milano, 2010, 370-371; P. M. Vipiana, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990, 230 (12).

[5] Si vedano le riflessioni degli Autori citati nella precedente nota.

[6] Per una rapida disamina si rinvia a M. Russo, *Sull'eccezione di giudicato esterno formatosi nel corso del giudizio di merito*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2012, I, 646-648.

[7] V. sopra nt. 3.

[8] Si segnala, infatti, che nel caso in esame il giudicato civile si era formato dopo la pubblicazione della sentenza del T.A.R. Non sarebbe stato possibile, dunque, sollevare la relativa questione nel giudizio di primo grado. Sul punto, si veda A.A. Romano, *Questioni in tema di giudicato esterno sopravvenuto in corso di appello*, in *il Corriere giuridico*, 2013, 3, 405-406, il quale ricorda che le preclusioni non trovano applicazione nei confronti della parte che incolpevolmente non fosse nelle condizione di rispettarle.

to della sentenza passata in giudicato formale *ex* art. 324 cod. proc. civ. "fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi e gli aventi causa"[9]. Anche nel processo amministrativo opera l'effetto negativo-preclusivo del giudicato che impedisce alle stesse parti di riproporre una domanda con *petitum* e *causa petendi* identici a quella già oggetto di accertamento definitivo. Il secondo giudizio eventualmente instaurato si chiuderebbe con una sentenza di rigetto in rito per la mancanza di un presupposto di decidibilità della causa nel merito[10]. Questa prima considerazione, se suggerisce la sicura configurazione nel processo amministrativo dell'eccezione di giudicato esterno, ancora non ne definisce la fisionomia.

Un ruolo maggiormente incisivo sembra essere svolto dall'art. 106, co. 1, cod. proc. amm., secondo cui le parti possono impugnare con il rimedio della revocazione le sentenze del giudice amministrativo "nei casi e nei modi" stabiliti dagli artt. 395 e 396 cod. proc. civ. Tra i casi di revocazione è compresa anche l'ipotesi in cui una pronuncia sia contraria a una antecedente avente tra le parti l'autorità di cosa giudicata, purché non vi sia stata l'occasione per il giudice di esprimersi sulla relativa eccezione (art. 395, n. 5, cod. proc. civ.). Il contenuto della norma rende evidente il legame che intercorre con l'*exceptio rei iudicatae*. Si tratta in entrambi i casi di strumenti processuali complementari volti a fare valere l'esistenza di un precedente giudicato sullo stesso oggetto al fine di evitare la duplicazione e il contrasto delle decisioni giudiziali. Attraverso l'art. 395, n. 5, cod. proc. civ., il legislatore permette di impugnare la sentenza utilizzando tardivamente l'eccezione di giudicato, oltre la conclusione del giudizio di primo e di secondo grado, ma a patto che la questione non fosse già stata sollevata in precedenza[11].

Proprio quest'ultimo profilo sembra suggerire che l'eccezione di giudicato esterno non sia sottoposta a preclusioni né per l'allegazione del fatto né in punto di produzione della relativa prova. Non avrebbe senso, infatti, prevedere un termine perentorio entro cui sollevare la questione se successivamente una delle parti fosse libera di impugnare per revocazione la sentenza facendo valere il medesimo fatto[12].

Parte della dottrina[13], poi, ha sottolineato che a fronte della previsione dell'art. 395,

[9] Si ricorda che in caso di lacune il codice del processo amministrativo predispone una clausola di rinvio esterno alle norme del codice di procedura civile "in quanto compatibili o espressione di principi generali" (art. 39, co. 1, cod. proc. amm.). Il d.lgs. 10 luglio 2010, n. 104, invero, richiama in altre parti il concetto del giudicato, ad esempio per quanto riguarda il giudizio di ottemperanza. Sembra possibile affermare, dunque, che nonostante l'art. 2909 cod. civ. non sia collocato all'interno del codice di rito, esso trovi comunque applicazione nel processo amministrativo in quanto presupposto per il funzionamento di altre norme. La dottrina afferma pacificamente l'applicazione nel processo amministrativo sia dell'art. 2909 cod. civ. sia dell'art. 324 cod. proc. civ. (C. Cacciavillani, *Il giudicato*, in F.G. Scoca (a cura), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2023, 644-645. Si segnala, sotto la vigenza della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, la posizione di P.M. Vipiana, *Contributo*, cit., 196-203, secondo la quale tali norme possono trovare applicazione con i dovuti adattamenti richiesti dalla struttura e dalle esigenze proprie del processo amministrativo). Anche la giurisprudenza non sembra avere dubbi al riguardo (Cons. St., Sez. IV, sent., 29 agosto 2022, n. 7504; Cons. St., Sez. III, sent., 7 novembre 2018, n. 6281).

[10] C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019, 104-106 e 116-121.

[11] M. D'Orsogna, *Le impugnazioni straordinarie contro le decisioni dei giudici amministrativi*, in F.G. Scoca (a cura), *Giustizia*, cit., 495-496.

[12] Si è notato, tuttavia, come l'art. 395, n. 5, cod. proc. civ., utilizzi espressamente il termine "eccezione", rimandando a una precisa tradizione giuridica. Da un punto di vista letterale, quindi, si potrebbe sostenere che il legislatore richieda che sia la parte interessata ad allegare specificatamente l'esistenza del precedente giudicato (S. Ziino, *Disorientamenti della Cassazione in materia di giudicato "implicito" e di rilevabilità del giudicato esterno*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, 4, 1401).

[13] C. Cacciavillani, *Giudizio*, cit., 89; G. Pugliese, voce *Giudicato*

n. 5, cod. proc. civ., la sentenza revocabile, in quanto pronunciata in contrarietà a quella ormai passata in giudicato, debba considerarsi viziata. Da questo punto di vista, apparirebbe complicato sostenere che la questione di giudicato esterno rientri nel monopolio esclusivo della parte interessata, in quanto si produrrebbe una sentenza viziata non per un errore compiuto dal giudice, bensì in virtù di una mancanza delle parti. Sembra preferibile, pertanto, ritenere che la questione relativa alla preesistenza di una sentenza irrevocabile sia direttamente rilevabile dal giudice senza la necessità di una preventiva e specifica eccezione in senso stretto sollevata dalla parte.

Queste conclusioni sembrano ulteriormente avvalorate dal regime processuale dell'eccezione di litispendenza. Il d.lgs. 10 luglio 2010, n. 104, non predispone direttamente una disciplina per regolare l'ipotesi in cui la stessa domanda sia contemporaneamente proposta dinnanzi a T.A.R. differenti. La lacuna è colmata applicando il disposto dell'art. 39, co. 1 e 3, cod. proc. civ., grazie alla clausola di rinvio esterno di cui all'art. 39, co. 1, cod. proc. amm.[14]. Nel processo amministrativo, dunque, la simultanea pendenza dei due giudizi è risolta attraverso il criterio cronologico dando prevalenza alla causa preveniente. Il giudice della causa prevenuta, invece, rileverà *ex officio* in ogni stato e grado la litispendenza e disporrà con ordinanza la cancellazione della causa dal ruolo. Anche l'istituto della litispendenza sembra presentare qualche affinità con l'eccezione di giudicato esterno dal punto di vista funzionale. Attraverso la previsione dell'art. 39, co. 1, cod. proc. civ., il legislatore mira a evitare la duplicazione dell'attività processuale in relazione all'identica vicenda sostanziale e, in definitiva, di giungere a due pronunce nel merito suscettibili di passare in giudicato. Da questo punto di vista, la litispendenza è stata definita come "un'anticipazione dell'eccezione di cosa giudicata"[15]. Se esiste questa soluzione di continuità tra litispendenza ed eccezione di cosa giudicata, allora sembra improbabile che il legislatore abbia previsto la rilevabilità d'ufficio per la prima e non per la seconda. In questo senso, è possibile sostenere che entrambe le eccezioni sottostiano allo stesso regime processuale espressamente stabilito dall'art. 39, co. 1, cod. proc. civ.[16].

Qualche perplessità suscita, invece, l'argomento tratto dall'art. 112, secondo periodo, cod. proc. civ., individuato dalla giurisprudenza civile[17] quale elemento rischiaratore della natura dell'eccezione di giudicato esterno. Secondo tale orientamento, la norma indicata non si limiterebbe solo a definire la vigenza del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronuncia-

civile (dir. vig.), in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 835.

[14] In questo senso si veda A. Police, *La competenza*, in F.G. Scoca, *Giustizia*, cit., 144. In giurisprudenza si segnalano: T.A.R. Campania (Salerno), Sez. III, sent., 24 maggio 2023, n. 1214; T.A.R. Molise (Campobasso), Sez. I, sent., 9 giugno 2017, n. 224; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia (Trieste), Sez. I, sent., 12 maggio 2016, n. 164; Cons. St., Sez. IV, sent., 5 giugno 2013, n. 3100.

[15] C. Cacciavillani, *Giudizio*, cit., 89. In senso analogo si vedano C. Consolo, *Spiegazioni*, cit., 123 e S. Menchini, voce *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 467.

[16] *Contra* S. Ziino, *Disorientamenti*, cit., 1400-1401, il quale, riconosciuto che i due istituti condividono l'obiettivo di evitare il contrasto tra giudicati, ne sottolinea anche le differenze. In particolare, la litispendenza si preoccuperebbe di trovare una soluzione a un problema di competenza, caratteristica che invece sfuggirebbe all'eccezione di cosa giudicata. Si rinvia anche a G. Scarselli, *Note in tema di eccezione di cosa giudicata*, in *Rivista di diritto processuale*, 1996, 857-860.

[17] Cass. civ., Sez. un., sent., 3 febbraio 1998, n. 1099, con nota di M. Negri, *L'eccezione di "*aliunde perceptum*" è preclusa in appello*, in *il Corriere giuridico*, 1999, 8, 1013-1021.

to, ma sarebbe espressione di un ulteriore principio generale, secondo il quale i fatti estintivi, modificativi o impeditivi sarebbero di norma rilevabili d'ufficio dal giudice. Solo in alcuni casi specifici, poi, espressamente disciplinati dal legislatore, il fatto sarebbe subordinato alla proposizione di una specifica istanza della parte, configurandosi così un'ipotesi di eccezione in senso stretto. Tali conclusioni, poi, vengono impiegate anche in relazione all'eccezione di giudicato esterno. Non rinvenendo all'interno dell'ordinamento una norma che ne riservi l'utilizzo, se ne deduce la rilevabilità officiosa.

Anzitutto, si constata che il dettato dell'art. 112 cod. proc. civ. è pacificamente recepito dalla giurisprudenza all'interno del processo amministrativo[18]. E la pronuncia in rassegna sembra accogliere anche il principio della generale rilevabilità *ex officio* delle eccezioni, salvo indicazioni normative contrarie. Se ne potrebbe ricavare, dunque, un ulteriore elemento capace di definire la natura dell'eccezione di giudicato esterno. Più di un Autore[19], tuttavia, ha avanzato dei dubbi sulla ricostruzione prospettata dalla giurisprudenza, in quanto l'art. 112, secondo periodo, cod. proc. civ., si presterebbe anche a differenti interpretazioni. Vi è chi, ad esempio, richiama proprio tale disposizione per affermare la generale rilevabilità su istanza di parte delle eccezioni, restringendo i poteri officiosi del giudice ai casi tassativamente previsti[20]. L'ambigua formulazione dell'art. 112 cod. proc. civ., pertanto, sembra suggerire maggiore cautela nell'impiego di tale indice ai fini della presente indagine.

4. Conclusioni.

La mancanza di una chiara presa di posizione da parte del legislatore non sembra consentire allo stato di individuare delle conclusioni sicure a proposito della natura dell'eccezione di giudicato esterno. Nonostante tale indicazione di prudenza, alla luce dei dati raccolti appare preferibile accedere all'opinione più diffusa presso la dottrina[21] e la giurisprudenza[22], secondo cui si tratterebbe di una questione rilevabile *ope iudicis* e non soggetta alle preclusioni maturate nel corso del processo. Gli elementi che maggiormente confortano questa ricostruzione sono rappresentanti dalla disciplina della revocazione (art. 106, co. 1, cod. proc. amm., e art. 395, n. 5, cod. proc. civ.) e da quella della litispendenza (art. 39, co. 1, cod. proc. amm., e art. 39, co. 1,

[18] Secondo alcune pronunce la norma troverebbe applicazione quale sviluppo logico del principio della domanda (*ex multis*: Cons. St., Sez. IV, sent., 4 settembre 2023, n. 8153; Cons. St., Sez. VII, sent., 22 dicembre 2022, n. 11190; Cons. St., Sez. V, sent., 14 giugno 2019, n. 4024), altre invece ricorrono alla mediazione dell'art. 39, co. 1, cod. proc. amm. (*ex multis*: Cons. St., Sez. II, sent., 17 marzo 2021, n. 2293; Cons. St., Sez. II, sent., 7 settembre 2020, n. 5397; Cons. St., Sez. II, sent., 25 luglio 2020, n. 4753). Si precisa che le sentenze qui riportate si occupano solo dell'applicazione dell'art. 112 cod. proc. civ. nel processo amministrativo, senza soffermarsi sul tema delle eccezioni.

[19] Sul tema della distinzione tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato in relazione all'art. 112, secondo periodo, cod. proc. civ., si rinvia a: C. Cavallini, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, 63-69; V. Colesanti, *Nostalgie in tema di eccezioni*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, 283-285; G. Fabbrini, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973, 264-276; E. Grasso, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 315-333; E. Merlin, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Rivista di diritto processuale*, 2015, 300-308; R. Oriani, voce *Eccezione*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 270-272 e 279; S. Ziino, *Disorientamenti*, cit., 1399-1400.

[20] S. Ziino, *Disorientamenti*, cit., 1399-1400.

[21] S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 229.

[22] Cons. St., Sez. VI, sent., 9 maggio 2023, n. 4651; Cons. St., Sez. IV, sent., 26 novembre 2020, n. 7422; Cons. St., Sez. IV, sent., 10 luglio 2013, n. 3654; Cons. St., Sez. VI, sent., 29 marzo 2013, n. 1848.

cod. proc. civ.). Più in generale, sembra che l'eccezione di giudicato esterno si inserisca all'interno di un sistema di strumenti processuali approntati dal legislatore allo scopo di evitare la presenza di più statuizioni sulla stessa domanda.

Se tale impostazione si ritiene corretta, l'esistenza di una precedente sentenza passata in giudicato pronunciata tra le stesse parti e vertente sullo stesso oggetto potrà essere semplicemente segnalata al giudice in ogni stato e grado del processo amministrativo, senza l'utilizzo di particolari formule sacramentali. Più precisamente, la parte interessata potrà sollevare la questione e produrre la copia autentica della sentenza irrevocabile per tutto il corso del primo grado e, nel caso in cui questa attività sia mancata, non incorrerà nelle preclusioni previste per i *nova* nel grado di appello dall'art. 104, co. 1 e 2, cod. proc. amm.[23]. Ad ogni modo, dovrà essere assicurato il contraddittorio delle parti, nel caso in cui il collegio dovesse rilevarne la fondatezza (art. 73, co. 3, cod. proc. amm.).

Qualche dubbio potrebbe porsi nel caso in cui la questione venisse prospettata per la prima volta all'udienza di discussione. In merito, si potrebbe immaginare una pluralità di soluzioni: a) il collegio potrebbe ammettere l'acquisizione della copia autentica della sentenza e provocare il contraddittorio delle parti sulla questione; b) il collegio potrebbe rinviare l'udienza per permettere la produzione della copia autentica della sentenza e la discussione delle parti sul punto; c) la questione potrebbe ritenersi ormai preclusa e la parte interessata dovrebbe farla valere eventualmente nel grado di appello. Non dovrebbero porsi problemi, invece, se la tardiva prospettazione della questione non sia imputabile alla parte[24], in quanto il collegio potrebbe autorizzare a seguito di esplicita richiesta una produzione tardiva della memoria e del documento (art. 54, co. 1, cod. proc. amm.).

Nell'ipotesi in cui nessuna delle parti abbia sollevato l'esistenza di un precedente giudicato né in primo grado né davanti al Consiglio di Stato, sarà allora possibile impugnare la sentenza di appello per revocazione facendo valere il quinto motivo previsto dall'art. 395 cod. proc. civ.[25]. Se non sarà promosso neanche il giudizio di revocazione, si verificherà un contrasto pratico tra i due giudicati. In applicazione del criterio cronologico, si ritiene che prevalga l'accertamento intervenuto per secondo[26].

Nicolò Simeoni

[23] Si segnala l'indirizzo giurisprudenziale per cui, anche in mancanza della produzione della sentenza passata in giudicato, il Consiglio di Stato potrebbe prenderne visione attraverso l'accesso al sito della giustizia amministrativa (Cons. St., Sez. VI, sent., 29 agosto 2022, n. 7504).

[24] È il caso in cui il giudicato si fosse formato allo spirare dei termini stabiliti dall'art. 73, co. 1, cod. proc. amm.

[25] Si ricorda che, secondo l'art. art. 395, co. 5, cod. proc. civ., la revocazione non può essere proposta avverso la sentenza che "abbia pronunciato sulla relativa eccezione [di giudicato esterno]". La giurisprudenza amministrativa interpreta estensivamente la locuzione utilizzata dalla norma, ricomprendendovi non solo le ipotesi in cui il giudice si sia espresso sulla questione, ma anche tutti quei casi in cui ne ha avuto la mera occasione. È sufficiente, quindi, che una delle parti abbia prospettato l'esistenza di un giudicato esterno rilevante ai fini del giudizio per non potere più promuovere la revocazione (Cons. St., Sez. II, sent., 2 luglio 2023, n. 6419; Cons. St., Sez. II, sent., 20 febbraio 2023, n. 1695; Cons. St., Sez. VI, sent., 9 maggio 2023, n. 4651).

[26] C. Consolo, *Spiegazioni*, cit., 125-126; S. Menchini, voce *Regiudicata*, cit., 469; A. Proto Pisani, *Appunti sul giudicato civile e i suoi limiti oggettivi*, in *Rivista di diritto processuale*, 1990, 418; G. Pugliese, voce *Giudicato*, cit., 825. Per un approfondimento sul tema si rinvia a G. Scarselli, *Note*, cit., 851-852. Concorde anche la giurisprudenza: T.A.R. Piemonte (Torino), Sez. II, sent., 2 maggio 2023, n. 399; T.A.R. Sicilia (Catania), Sez. IV, sent., 9 aprile 2021, n. 1126; Cons. St., Sez. VI, sent., 26 ottobre 2020, n. 6503; Cons. St., Sez. V, sent. 6 giugno 2003, n. 3239.

10. Un marziano a spasso per il processo amministrativo (*divertissement* sul non-processo)*

A un certo punto, la depressione per quel cielo, sempre rosso e sempre arranciato, divenne insostenibile.

Arthur Dent prese una decisione e, dopo aver strofinato tre volte il naso con sua mamma Trillian (i marziani si salutano così), salì a bordo della sua astrocar. Aveva sentito parlare di un pianeta bianco e azzurro: doveva essere bello vivere lì.

L'astrocar era una vecchia utilitaria e ci vollero venti giorni standard, ma alla fine Arthur arrivò sulla Terra e, scelto un posto a caso, fece *landing* in Italia.

Fu il paradiso. Conobbe la pasta al pomodoro, il frico e la malvasia. Anche il sole, immerso in quei cieli blu, era una tiepida e piacevole scoperta. Arthur si sentiva finalmente bene e, poiché era di spirito gentile, si fece presto degli amici.

Un giorno venne a sapere che l'Università aveva bandito un concorso per un posto a cattedra di lingua e letteratura marziane.

"È proprio quello che fa per me" – pensò - "È vero che su Marte facevo il consulente legale e che, a scuola, prendevo sempre cinque in marziano, ma qui sono l'unico che conosce la lingua, senza tenere conto che ho anche una discreta conoscenza della letteratura, perché ho letto tutti i gialli di Douglas Hactar!".

Con stupore apprese, tuttavia, che il concorso era stato vinto da una studiosa di filologia ugrofinnica con dottorato a Kuala Lumpur. Arthur era arrivato terzo, perché gli era stato preferito anche un associato di fisica dei corpi fluidi che veniva dall'Università di Capo Passero.

"Non è possibile!", pensò Arthur.

Poiché era entrato in confidenza con Santino, che faceva l'avvocato, una sera lo invitò in birreria e, davanti a un *wurstel* pallido e a un piatto di patatine lutee, disse: "Voglio rivolgermi al giudice".

"Un momento". – replicò Santino – "Non basta dire che vuoi andare *dal giudice*. Si deve prima stabilire davanti *a quale* giudice".

Il dialogo che seguì si svolse più o meno in questi termini.

"Come?" – fece Arthur – "Qui non c'è un solo giudice?".

"No. Ce ne sono diversi e per la tua causa quello giusto è il giudice amministrativo".

"Boh, io, questa cosa, non la capisco tanto. La giustizia dovrebbe essere applicata in modo uguale per tutti e un giudice che decide su cause particolari è un giudice che riserva ad alcuni soggetti un trattamento speciale. Ma, alla fine, basta che sia indi-

* Relazione tenuta il 29 febbraio 2024 al Convegno *Giudicati e riti del processo amministrativo*, svoltosi a Trieste il 29 febbraio 2024 per la cura di Andrea Crismani. L'intervento trae ispirazione da una suggestione del saggio di Alberto Romano, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 s. Esso è, dunque, dedicato al suo Autore, tanto più che gli si è profondamente grati per il suo insegnamento. Si sente, inoltre, la necessità di riconoscere un certo debito anche nei confronti di Douglas Adams e di Giulio Cesare Croce.

pendente e che possa giudicare in modo imparziale. Sarà così anche per questo giudice amministrativo".

"Dipende da quello che intendi" – fece Santino – "I giudici del primo grado, in effetti, sono assunti per concorso. Ma i giudici di secondo grado – quelli che metteranno la parola *fiat* sulla tua causa – sono nominati per un quarto dall'esecutivo. Cioè, proprio da quell'amministrazione su cui saranno chiamati a giudicare. Spesso, inoltre, questi giudici vanno e vengono dai ruoli della pubblica amministrazione. Ora fanno i consiglieri dei ministri, altre volte dirigono importanti autorità. Poi tornano a fare i magistrati e il loro posto nei ministeri viene preso da altri loro colleghi con cui si danno il turno".

"Questo non è tanto bello" – osservò Arthur – "Ma immagino che, se i giudici commettessero delle birbanterie, ci sarebbero dei procedimenti disciplinari…".

"Sì e no. Nel senso che è vero: ogni tanto se ne celebrano. Ma è sempre uno psicodramma, perché il procedimento disciplinare non è mai stato ben regolato e così si va all'impronta. Non esiste neppure un vero e proprio organo di autogoverno perché quello che c'è si limita a dare le autorizzazioni sugli incarichi esterni e ad assegnare le sedi, senza avere competenze disciplinari. In realtà, il Consiglio di Stato è governato dal suo presidente, che è nominato anch'egli dall'esecutivo. È il presidente colui che dice quali siano le competenze delle sezioni, ripartendole sulla base dell'amministrazione resistente. Con la conseguenza che tutte le cause contro il Ministero delle Infrastrutture sono decise da un'unica sezione e da quegli otto o nove magistrati che la compongono. Il presidente stabilisce anche da quali magistrati siano composte queste sezioni oltre che la sezione più importante, da lui presieduta, che si chiama Plenaria. Su tutte queste cose il consiglio di presidenza si limita a dare un parere. Ma ti faccio osservare che anche questo consiglio è presieduto dal presidente del Consiglio di Stato. Inoltre, se gli garba, il presidente può acciuffare una particolare causa per farla decidere dalla sua Plenaria, invece che dalla sezione a cui è stata assegnata".

A Arthur venne un senso di vertigine: su Marte le cose funzionavano in modo diverso. Ora, però, lui era qui e bisognava accettare le regole del gioco.

"Adesso, spiegami… concretamente… come si fa a presentare la causa?".

"Beh, è abbastanza semplice" – rispose Santino – "Per prima cosa, devi notificare un ricorso all'Università e almeno a uno dei controinteressati".

"Oh, bella! Perché mai a uno solo? A tutti o a nessuno, non ti pare?".

"Perché se sono di più, poi si dovrà integrare il contraddittorio anche nei confronti degli altri".

"Ho capito" – rispose Arthur – "ma, se è così, allora tanto vale non notificare il ricorso a nessun controinteressato e poi integrare il contraddittorio verso tutti. Cosa succede se non notifico a quell'unico?".

"Succede che il giudice ti respinge il ricorso senza nemmeno leggere le carte".

"Siete davvero bizzarri…" – chiosò il marziano – "Ma, dopo, come si va avanti?".

"Dopo che hai notificato, devi depositare il ricorso".

"E poi?".

"E poi, aspetti".

"Aspetto? Aspetto cosa?".

"Aspetti. Aspetti che ti fissino l'udienza in cui la tua causa sarà decisa. Diciamo che puoi aspettare per anni, anche perché ti passeranno davanti altre cause che sono più importanti: appalti, interventi PNRR, opere pubbliche, mi capisci? Così può capitare che tu debba aspettare parecchio tempo. Al

punto che, se l'udienza non sarà stata fissata entro cinque anni, tu dovrai dichiarare che vuoi proprio – ma proprio proprio, eh! – che il tuo ricorso venga deciso. Se non lo farai, la causa verrà cancellata".

"Ma come! Anche questa! Non voglio sembrare scortese, ma su Marte, dopo che è stata presentata la causa, il giudice ha il dovere di deciderla, senza che questo dovere cada in prescrizione. Da noi non esiste che il giudice possa non fare la sua parte perché è rimasto a lungo inadempiente. E, poi, durante tutti questi anni, si farà pur qualcosa! Si ammetteranno delle prove, ad esempio. Io stesso vorrei chiamare a testimoniare il signor Lino, che era presente all'orale del concorso, perché riferisca che né la dottoranda di Kuala Lumpur né il professore di Capo Passero sono riusciti a spiccicare un'acca stracca di marziano e tanto meno conoscono i fondamentali romanzi di Douglas Hactar!".

Santino sorseggiò la sua birra. La schiuma inzuppò i baffi che da neri divennero bianchi per tutto il tempo che ci volle prima che lui se li pulisse con il palmo della mano. Poi prese una patatina, l'intinse nella ciotola del *ketchup* e se la portò, meditabondo, alla bocca.

"In realtà, no. In quei cinque anni non si fa proprio niente. Anzi, non c'è nemmeno un momento preciso in cui si decide se una prova debba essere ammessa o no. Si fanno queste cose solo insieme ad altre, quando si valuta la domanda cautelare o si decide il merito. E, la tua testimonianza, forse riuscirai a portarla nel processo, ma non pensare di convocare Lino davanti al collegio, perché Lino potrà rendere solo dichiarazioni scritte".

"Ma che testimonianza è, se il teste non viene nemmeno ascoltato dal giudice e dalle altre parti!" – sbottò Arthur, sempre più stupefatto – "Però, senti, io vorrei chiedere anche una perizia per dimostrare che chi ha scritto libri di filologia ugrofinnica e articoli sulla fisica dei corpi fluidi non ha le competenze per insegnare lingua e letteratura marziane. Almeno questo, potrò farlo?".

"Fino a un certo punto, Arthur…" – disse Santino, inghiottendo un'altra patatina – "… intanto il giudice potrebbe dirti che queste verifiche ricadono nella discrezionalità dell'Università su cui lui non può mettere il naso…" – e qui Santino sprofondò il naso nel boccale di birra – "… in secondo luogo, anche se il giudice ti ammettesse la perizia, non ti aspettare che nomini un consulente esterno. Chiamerà, invece, un verificatore da un'altra Università".

"Ma è pur sempre un'Università! Amici del mio avversario! Siamo sicuri che questo verificatore, come lo chiami tu, sia davvero imparziale?".

"Eh…!" – Santino non aggiunse altro.

"Fatto sta che io non posso aspettare tutto questo tempo prima di sapere se avrò un lavoro. Ho le bollette da pagare e sulla Terra andate avanti con il combustibile fossile che è carissimo, quando su Marte usiamo il nucleare da almeno dieci millenni. Inoltre, atterrando ho rotto un sospensore dell'astrocar e il carrozziere mi ha chiesto un botto. Ho bisogno di uno stipendio. C'è niente che si possa fare nel frattempo?".

"Sissì! Puoi provare a chiedere un provvedimento cautelare. Ne fanno anche di molto stravaganti, che la legge neppure prevede. E decidono in fretta, sai? Ma devi dimostrare di avere un danno grave e irreparabile".

"Ah, beh!" – fece Arthur, finalmente sollevato – "questo è facile. Tiro fuori le bollette e la fattura del carrozziere".

"Al tempo!" – lo fermò Santino, che era stato caporale istruttore a Udine – "Guarda che il danno grave e irreparabile non è mica solo il tuo. Anche se la legge non lo dice

chiaro e tondo, il giudice valuta pure quello che subirebbe l'Università e poi fa una comparazione per stabilire chi dei due abbia il danno grave più grave. Di solito, il giudice dice che quello dell'Università è più grave del tuo, perché è legato a un interesse pubblico, che merita di essere tutelato di più".

"Anche questa non me la spiego. Mi hai appena detto che il giudice non può fare valutazioni di questo tipo. Come l'hai chiamata? Discrezionalità?".

"Però quando vuole le fa e fa anche di peggio, perché, se gli comoda, si sostituisce senza troppo discutere all'amministrazione e fa di testa sua. Egli è Giano. Ora fa il giudice, ora, invece, è la più alta di tutte le pubbliche amministrazioni, ora è tutti e due.

In ogni caso, si deve stare attenti a presentare una domanda cautelare, perché il giudice potrebbe ritenere che la causa sia già pronta per essere decisa e così ti fa sentenza subito. In questo modo, però, tu perdi la possibilità di presentare altre memorie e di produrre altri documenti, perché la causa viene definita così com'è".

"Ma senti questa! Il giudice che mi confisca il diritto di difesa!" – Arthur era sempre più sconsolato – "Potrò pure oppormi o no?".

"Oh, sì, puoi farlo, ma non servirebbe a nulla, perché è il giudice che decide se ricorrere alla sentenza in forma semplificata. Tu non riusciresti a evitarlo neppure se rinunciassi alla domanda cautelare. Ormai sei lì. Basta che tu passi per la camera di consiglio e… zac… sei preso al laccio".

Arthur, perturbato e intontito, fissava i graffiti lasciati sul tavolo da precedenti avventori. Un cuore frecciato e una frase: Luana, tu sei la luna dei miei lunedì.

"Ma consolati," – riprese Santino – "il giudice può cambiare il rito anche in altre occasioni. Ad esempio, se ritiene che la causa possa essere decisa subito, fissa lui, senza che nessuno glielo chieda, la camera di consiglio e questo anche prima che siano scaduti i termini per la costituzione. In questo modo, la causa si chiude in quattro e quattr'otto e magari alcune parti neppure lo sanno".

"Ma ci sarà un appello!".

"Ovvio che c'è un appello. E ci diciamo anche che l'appello ha carattere devolutivo perché si dovrebbe riprendere la causa in mano come se si fosse in primo grado. Ma non è mica del tutto vero, sai? Non si possono portare nuove prove, non si possono sollevare nuove eccezioni, quali esse siano, e si intendono rinunciate tutte le domande e tutte le eccezioni che non siano state riproposte con appello incidentale o nei termini di costituzione, se per caso il t.a.r. non le avesse valutate".

"Funziona così, in Consiglio di Stato?".

"Sì".

"E sopra al Consiglio di Stato?".

"Sopra, c'è la Cassazione. Anche lì capitano cose curiose, ma non serve che te ne parli, perché ci vai solo se è stato sbagliato il giudice e la Cassazione non può dire se il Consiglio di Stato abbia deciso bene o male la tua causa. In passato, poverina, ci ha anche provato, inventandosi un arzigogolo, ma poi l'hanno stoppata".

"Quindi il Consiglio di Stato fa una giurisprudenza tutta per conto suo?"

"È così".

"Un'altra cosa, Santino. Se vincessi la causa, poi mi assumerebbero in Università?".

"Beh, non è scontato. Si dovrebbe rifare il concorso e se tu risultassi il candidato migliore avresti il posto. Del resto, neppure la sentenza è scolpita sulla pietra perché il giudicato, ormai, è a formazione progressiva. Perciò, l'Università potrebbe chiedere chiarimenti al giudice su come la sentenza

debba essere eseguita e sai bene come funziona… ogni volta che si spiega qualcosa, inevitabilmente la si interpreta e ogni volta che si interpreta qualcosa, inevitabilmente la si cambia…".

"Senti" – aggiunse Arthur – "se non ci fosse modo di vincere il concorso, potrei anche lasciar perdere. Ma io ero davvero il candidato migliore. Che almeno mi riconoscano i danni!".

"I danni… sì, vero, … ma prima devi avere impugnato nei termini gli atti del concorso e il giudice deve averli annullati. Altrimenti, non ti verrà risarcito quasi nulla".

La birra era diventata acida. Restava solo la domanda più importante.

"Tu cosa faresti al posto mio, Santino?"

L'avvocato tirò il fiato: "Lascerei stare, Arthur. Rischi seriamente di buttare via tempo e quattrini e intanto ci staresti male. Mettiti, se mai, a fare qualche lavoretto in nero: dà qualche ripetizione, aggiusta gli scarichi dei lavandini... ti conviene…".

Si salutarono davanti all'ingresso della birreria.

Arthur Dent era triste: *caelum non animum mutant qui trans sidera currunt*.

Qualche incivile aveva lasciato sul marciapiede una copia della Gazzetta Ufficiale del Pianeta Venere.

Per curiosità, Arthur la prese in mano. Conosceva bene il venusiano, che aveva imparato a scuola.

Vide così che l'Università di Frac aveva bandito un concorso di lingue e letterature marziane.

Arthur sollevò la testa. Di nuovo, aveva preso una decisione.

Montò sull'astrocar, tirò la levetta dell'aria, accese il motore a onde quantiche e partì, verso il secondo pianeta del sistema solare.

Francesco Volpe

II.
Edilizia e urbanistica

1. Alcuni chiarimenti in merito all'autotutela doverosa di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, l. n. 241 del 1990 (nota a Cons. Stato, Sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415)

Sommario: 1. Il caso di specie. – **2.** La nozione di autotutela doverosa. – **3.** Le critiche all'interpretazione del Giudice di primo grado. – **4.** La decisione del Consiglio di Stato e brevi osservazioni conclusive.

1. Il caso di specie.

La pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415, che decide su tre differenti ricorsi in appello riuniti, risulta di particolare interesse per l'ampia ricostruzione che svolge del controverso istituto della c.d. "autotutela doverosa"[1], del quale effettua un'importante analisi interpretativa.

L'intricata vicenda che ha offerto al Consiglio di Stato l'occasione di fornire dei chiarimenti sull'applicabilità dell'autotutela doverosa è, sinteticamente, la seguente.

La proprietaria di un immobile, di seguito identificata come sig.ra A, proponeva ricorso ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a. innanzi al T.A.R. Puglia, per domandare l'accertamento del silenzio inadempimento – e il conseguente dovere del Comune di Barletta di emanare un provvedimento espresso – formatosi su due diffide da questa presentate. Le diffide avevano a oggetto, rispettivamente, la richiesta di attivazione dei controlli e l'annullamento in autotutela di alcuni titoli edilizi, che avevano autorizzato rilevanti interventi su di un manufatto costruito in adiacenza alla proprietà della ricorrente e dei quali rivendicava l'illegittimità. Gli interventi avevano comportato la sopraelevazione del manufatto rispetto all'immobile della sig.ra A, che, in precedenza, lo sovrastava[2].

[1] Sull'autotutela doverosa, in dottrina, tra i più recenti contributi, si vedano, *ex multis*, N. Posteraro, *Il dovere di provvedere a fronte di una richiesta di annullamento in autotutela*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 2023, 359-361; M. Giavazzi, *Legalità, certezza del diritto e autotutela: riflessioni sulla funzionalizzazione dell'annullamento d'ufficio all'*effet utile, in *CERIDAP*, 4, 2020; F.V. Virzì, *La doverosità del potere d'annullamento d'ufficio*, in *www.federalismi.it*, 14, 2018; S. Tuccillo, *Autotutela: potere doveroso?*, *ivi*, 16, 2016; N. Posteraro, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017)*, *ivi*, 20, 2017; G. Manfredi, *Annullamento doveroso?*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017; C. Deodato, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1190 ss.

[2] Più precisamente, come si legge nella ricostruzione in fatto svolta dal Consiglio di Stato, le autorizzazioni edilizie rilasciate avevano ammesso che alla palazzina, originariamente articolata su tre piani fuori terra e uno seminterrato, venisse aggiunto un

Tale ricorso faceva seguito all'avvenuto passaggio in giudicato della sentenza della Corte d'Appello di Bari, che aveva condannato la vicina di casa, di seguito identificata come sig.ra B, e il suo progettista per il reato di cui all'art. 481 c.p. "Falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità" oltre che il tecnico comunale incaricato dell'istruttoria per il reato di cui all'art. 479 c.p. "Falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici". In tale sede il Giudice penale aveva rilevato che la qualificazione delle opere, dapprima come manutenzione leggera, in seguito come ristrutturazione leggera, fosse falsa, trattandosi, invece, di una nuova costruzione, da ritenersi, pertanto, abusiva ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. b) del d.P.R. n. 380 del 2001[3] [4].

Il T.A.R Puglia accoglieva il ricorso, condividendo la tesi sostenuta dalla sig.ra A secondo cui, la disposizione di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis* della l. n. 241 del 1990[5], applicabile nel caso di specie, configurasse una forma di autotutela doverosa. Questa avrebbe comportato l'obbligo per l'Amministrazione di annullare il titolo edilizio formatosi sulla base di dichiarazioni false o mendaci, attestate da una sentenza penale passata in giudicato. Concludeva, pertanto, il Giudice di prime cure affermando che l'Amministrazione, sollecitata dal privato interessato, fosse tenuta a emanare un provvedimento espresso, capace di riportare lo stato dei luoghi a una situazione di conformità con la normativa urbanistica e edilizia.

La sentenza veniva appellata dal Comune sulla base, essenzialmente, dell'asserita illegittimità del riconoscimento di tale specifica forma di autotutela doverosa, di cui disconosceva in radice la configurabilità[6].

Di converso, la sig.ra A si costituiva in giudizio per domandare il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza del T.A.R, affermando, in particolare, dovesse ritenersi esclusa ogni esigenza di tutela dell'affidamento in presenza di un istante mendace, risultando l'interesse pubblico all'annullamento in autotutela, in tali ipotesi, *in re ipsa*.

---

piano, costruendovi in adiacenza un ulteriore locale, coperto integralmente da un lastrico solare, così da trasformare la residua parte della terrazza in una specie di portico chiuso su tre lati, reso accessibile mediante un "torrino", funzionale all'allocazione delle scale.

[3] L'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001, rubricato "Sanzioni penali", al suo comma 1, lett. b) prevede che "*Salvo che il fatto costituisca più grave reato e ferme le sanzioni amministrative, si applica […]" "b) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 5164 a 51645 euro nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione*".

[4] Si precisa che entrambi i capi di imputazione si riferivano a una d.i.a. del 2007 per lavori di manutenzione straordinaria e a un permesso di costruire in sanatoria del 2008, che ne mutava l'inquadramento riconducendoli a una ristrutturazione leggera.

[5] 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, accertante 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, 445*".

[6] Secondo la difesa civica, questa lettura troverebbe conferma sia nella giurisprudenza costituzionale sia nella formulazione dell'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, che espressamente parla di potere e non di dovere delle Amministrazioni "*di annullare i provvedimenti 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 dopo la scadenza del termine di cui al suo comma 1. Inoltre, inconferenti sarebbero i richiami – effettuati da controparte a sostegno della tesi dell'autotutela doverosa – all'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001, che farebbe riferimento al diverso compito di vigilanza sul territorio gravante sul Comune, sia all'art. 654 c.p.p., che estende la portata del giudicato penale al solo responsabile civile (o parte civile) che abbia preso parte al procedimento penale, diversamente dal caso di specie, in cui il Comune se ne è mantenuto estraneo.

Il Consiglio di Stato, sez. VI respingeva l'istanza cautelare dell'appellante, ritenendo che la sentenza del T.A.R Puglia si fosse limitata a prevedere l'obbligo di provvedere da parte del Comune sulla domanda formulata dalla parte ricorrente in primo grado, senza vincolare il contenuto del successivo provvedimento.

A seguito di tale decisione cautelare, la sig.ra A avanzava al T.A.R Puglia istanza di nomina di un commissario *ad acta*, che si sostituisse all'Amministrazione, ai sensi dell'art. 117, comma 3, c.p.a. Il commissario *ad acta* procedeva, dunque, all'annullamento dei titoli edilizi riferiti all'intervento abusivo, intimando la demolizione di quanto eccedente la ristrutturazione legittima. Tra i titoli oggetto di annullamento erano ricompresi anche i permessi di costruire in sanatoria, estranei al contenuto del giudicato penale[7].

Avverso tali provvedimenti presentavano reclamo al T.A.R. Puglia sia la sig.ra A sia la dante causa della sig.ra B, chiedendo il loro annullamento, la prima in quanto asseritamente elusivi della pronuncia di primo grado, la seconda lamentando l'eccessiva estensione contenutistica dei provvedimenti adottati, che avrebbero travalicato anche il perimetro del giudicato penale.

Il T.A.R respingeva entrambi i reclami.

Avverso tale ultima pronuncia veniva proposto appello da entrambe le parti che avevano presentato il sopra richiamato reclamo.

La sig.ra A., più precisamente, contestava i provvedimenti adottati dal commissario *ad acta* rilevando che, poiché la sentenza da attuare imponeva di riportare lo stato dei luoghi alla legalità, l'unico modo per conformarsi al dettato del Giudice amministrativo sarebbe stato quello di ordinare la demolizione dell'intero corpo di fabbrica e non, invece, della sola parte eccedente la ristrutturazione legittima. Il commissario *ad acta* con la sua decisione avrebbe acconsentito a una indebita fiscalizzazione dell'abuso edilizio, in violazione dell'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001.

Venivano ribadite dalle parti le differenti posizioni già espresse in merito all'istituto dell'autotutela doverosa.

2. La nozione di autotutela doverosa.

Prima di giungere alla decisione sul caso sopra descritto, il Collegio effettua un'attenta ricostruzione dell'autotutela doverosa, il cui corretto inquadramento è posto come nodo centrale da sciogliere o, meglio, usando le parole del Giudice, vero "*punctum dolens*" della controversia.

Va evidenziato, per meglio comprendere la problematicità della questione, che, con riferimento in termini generali all'annullamento in autotutela, la giurisprudenza amministrativa riconosce pacificamente la legittimità del silenzio serbato dall'Amministrazione sull'istanza del privato, in ragione, essenzialmente, della sua natura discrezionale[8]. Pertanto, l'asserita illegittimità del si-

[7] Successive alla già citata d.i.a. del 2007 e al permesso di costruire del 2008 sono due sanatorie rilasciate nel 2011. La prima finalizzata ad azzerare l'originario procedimento sovrapponendone un altro, la seconda, invece, assentita in variante al permesso di costruire del 2008 e successiva d.i.a. in variante, più volte modificata.

[8] Si segnala, tra le più recenti pronunce in tal senso, Cons. Stato, Sez. V, 9 gennaio 2024, n. 301, in *Red. Giuffrè*, 2'24, secondo cui "*In caso di presentazione di istanza di autotutela,*

lenzio serbato dall'Amministrazione potrebbe configurarsi solo nel caso si ritenesse l'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, disciplinante un'ipotesi di autotutela doverosa, nei termini precisati nel prosieguo.

Il Consiglio di Stato, sul punto, ha individuato due ordini di problemi da risolvere: in primo luogo, la riconducibilità o meno del caso di specie alla categoria dell'autotutela doverosa, in secondo luogo, in caso di risposta affermativa, la sua esatta estensione.

Nel delimitare la portata dell'autotutela doverosa il Giudice ha ritenuto fondamentale stabilire se questa fosse da limitare all'*an*, cioè da intendersi come comportante l'obbligo per l'Amministrazione di avviare il procedimento e fornire un riscontro all'istanza del privato ovvero se fosse da estendere – utilizzando una terminologia probabilmente non del tutto appropriata – al *quomodo*[9], per cui vi sarebbe l'obbligo in ogni caso di adottare un provvedimento caducatorio[10].

Nel fornire una nozione di autotutela doverosa il Consiglio di Stato osserva, in prima battuta, la contraddittorietà di tale locuzione, in ragione della discrezionalità che, come noto, caratterizza l'emanazione dei provvedimenti di secondo grado da parte delle Amministrazioni. Chiarisce il Collegio che si ha autotutela doverosa in tutte quelle ipotesi, tassativamente individuate dal legislatore ovvero definite chiaramente in via giurisprudenziale, in cui il potere di riesame dei propri atti da parte delle Amministrazioni è dovuto[11].

Questo istituto si è affermato prima ancora della riforma attuata nel 2005[12] alla

l'amministrazione non ha l'obbligo di pronunciarsi in maniera esplicita in quanto la relativa determinazione costituisce una manifestazione tipica della discrezionalità amministrativa, di cui è titolare in via esclusiva l'amministrazione per la tutela dell'interesse pubblico; non è quindi configurabile un obbligo di provvedere a fronte di istanze di riesame di atti precedentemente emanati, conseguente alla natura officiosa e ampiamente discrezionale, soprattutto nell'an, del potere di autotutela ed al fatto che, rispetto all'esercizio di tale potere, il privato può avanzare solo mere sollecitazioni o segnalazioni prive di valore giuridicamente cogente".

[In] dottrina, recentemente, si sono affermate talune posizioni contrarie a questo consolidato indirizzo. Cfr. M. Sinisi, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori nel caso di s.c.i.a. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti*, in *www.federalismi.it*, 24, 2015 e M. Allena, *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di annullamento d'ufficio: un "fossile vivente" nell'evoluzione dell'ordinamento amministrativo*, *ivi*, 8, 2018. Alcune delle argomentazioni offerte, in tal senso, come si dirà nel prosieguo, sono state utilizzate dalla sig.ra A. e poi dal T.A.R Puglia, a sostegno della natura doverosa dell'autotutela di cui all'art. 21-*nonies*, che vincolerebbe, inoltre, come sopra chiarito, l'Amministrazione ad annullare i provvedimenti viziati.

[9] Sulla distinzione, in tema di autotutela doverosa, tra diversi profili si veda N. Posteraro, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa* cit., 4 ss. L' A., invero, ritiene più corretto fare riferimento alla doverosità nel *quid*, anziché nel *quomodo*, per riferirsi all'obbligo di adottare un dato provvedimento. C. Deodato, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 1193, fa riferimento al doveroso rispetto del *quomodo* nell'autotutela intendendo, con tale espressione, le regole d'azione cogenti.

[10] Va precisato che, come accennato nella ricostruzione in fatto, il T.A.R. Puglia, riconoscendo la natura doverosa dell'autotutela di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, ritenuta applicabile al caso di specie, ne aveva altresì esteso la portata al *quomodo*, così inteso. Il Giudice di primo grado aveva fatto discendere tale interpretazione dalle seguenti disposizioni: l'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000, relativo alla decadenza dei benefici conseguiti tramite dichiarazioni menzognere, richiamato dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990; l'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001, rubricato "Vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia"; gli artt. 19 e 20 della l. n. 241 del 1990, in materia, rispettivamente, di s.c.i.a. e silenzio assenso. Venivano valorizzati, inoltre, i profili legati alla responsabilità amministrativa, che esponendo l'Amministrazione ad azioni di rivalsa per i danni erariali dei propri dipendenti, imporrebbero di determinarsi espressamente al fine di evitarli. Infine, il giudicato penale esplicherebbe i propri effetti ai sensi degli artt. 537, 651 e/o 654 c.p.p, obbligando all'assunzione di una posizione in forma espressa.

[11] Sulla configurabilità, in termini generali, dell'autotutela doverosa, tra le più recenti pronunce si vedano Cons. Stato, Sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2207, in *Riv. giur. ed.*, 2021, 2, 467; Id., 31 dicembre 2019, n. 8920, *ivi*, 2020, 1, 97; Id, 29 maggio 2019, n. 3576, in *Red. Giuffrè*, 2019 e Cons. Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8, in *Riv. giur. ed.*, con nota di N. Posteraro.

[12] L. 11 febbraio 2005, n. 15, recante "*Modifiche ed integrazioni*

legge sul procedimento, che, come noto, ha introdotto il Capo IV-*bis*, dedicato alla disciplina dell'efficacia e invalidità del provvedimento amministrativo, normando in termini generali l'istituto dell'autotutela. Una delle sue prime applicazioni è contenuta all'art. 6, comma 17 della l. n. 127 del 1997[13], che individuava l'obbligo per gli enti locali di autoannullare i propri provvedimenti di inquadramento del personale illegittimi.

Ulteriore esempio di autotutela doverosa, citato nella pronuncia in esame, si trova all'art. 94 del d.lgs. n. 159 del 2011[14], per cui, in talune ipotesi correlate a tentativi di infiltrazioni mafiose, devono essere revocate le autorizzazioni e le concessioni o sciolti i contratti già stipulati.

Ancora, tra le ipotesi di più frequente applicazione vi è l'art. 19, comma 4, della l. n. 241 del 1990, disciplinante l'esercizio doveroso dei poteri inibitori da parte delle pubbliche amministrazioni, decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3 o comma 6-*bis*, nei casi in cui vi siano i presupposti dettati dall'art. 21-*nonies* per l'annullamento d'ufficio[15].

Attenta dottrina ha delineato la sottocategoria dell'autotutela doverosa "parziale", in cui cioè si assiste a una semplice dequotazione del termine di cui all'art. 21-*nonies* – ragionevole o di 12 mesi, nel caso di autorizzazione o attribuzione di vantaggi

alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa".

[13] L. 15 maggio 1997, n. 127 "*Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo*", pubblicata in G.U. n. 113 del 17 maggio 1997 – Suppl. Ordinario n. 98. L'art. 6, comma 17, prevede che "*Entro il 30 settembre 1998 gli enti locali sono tenuti ad annullare i provvedimenti di inquadramento del personale adottati in modo difforme dalle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 25 giugno 1983, n. 347, e successive modificazioni ed integrazioni, e a bandire contestualmente i concorsi per la copertura dei posti resisi vacanti per effetto dell'annullamento […]*".

[14] D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136". Più precisamente, l'art. 94 del d.lgs. n. 159 del 2011, al suo comma 2 stabilisce che "*Qualora il prefetto non rilasci l'informazione interdittiva entro i termini previsti, ovvero nel caso di lavori o forniture di somma urgenza di cui all'articolo 92 comma 3 qualora la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'articolo 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite*". In giurisprudenza si veda, *ex multis*, Cons. giust. Amm. Sicilia, 30 marzo 2020, n. 223, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che afferma che "*L'amministrazione, qualora l'informativa antimafia sia stata rilasciata dopo la conclusione di un contratto o dopo l'erogazione di un contributo, ha il dovere imprescindibile di revocare il contributo già erogato, con efficacia* ex tunc, *essendo in questa ipotesi l'interesse pubblico alla revoca* in re ipsa. *Infatti, la revoca del contributo costituisce un vero e proprio dovere dell'amministrazione che è tenuta a porre rimedio alle sfavorevoli conseguenze derivate all'erario per effetto di una erogazione non dovuta di contributi pubblici, non sussistendo in questo caso uno specifico obbligo di motivazione, atteso che l'interesse pubblico all'adozione dell'atto è* "in re ipsa" *quando ricorre un indebito esborso di denaro pubblico con vantaggio ingiustificato per il privato*".

[15] In giurisprudenza si rimanda, *ex multis*, a Cons. Stato, Sez. IV, 11 marzo 2022, n. 1737, con la nota di N. Posteraro, *Alcune considerazioni critiche su due questioni inerenti alla tutela del terzo leso da una SCIA a partire da una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2022, 957, in cui si legge che "*L'autotutela di cui al comma 4 dell'art. 19 della legge n. 241/1990 presenta alcune peculiarità rispetto al generale potere di autotutela, in quanto, mentre di regola si assume che questo sia ampiamente discrezionale nell'apprezzamento dell'interesse pubblico che può imporne l'esercizio e non coercibile (al punto che la p.a. non ha neanche l'obbligo di rispondere a eventuali istanze con cui il privato ne solleciti l'esercizio), ciò non vale in questo caso laddove, anche per l'intima connessione di tale potere col più generale dovere di vigilanza che incombe al Comune sull'attività edilizia ai fini dell'ordinato assetto del territorio, a fronte di un'istanza di intervento ai sensi dell'art. 19, comma 4, l'Amministrazione ha il dovere di rispondere, essendo la sua discrezionalità limitata solo alla verifica della sussistenza o meno dei presupposti di cui all'art. 21* nonies". Più recentemente si veda, anche, Cons. Stato, Sez. IV, 30 giugno 2023, n. 6837 con la nota di P. Otranto, *Quando* "tempus non regit actum". *Ancora sulla c.d. "autotutela" in materia di s.c.i.a.*, in questa *Rivista*, 20 dicembre 2023.

economici – per procedere all'annullamento d'ufficio[16]. Ne è un esempio l'autotutela doverosa di cui al caso di specie, ma anche l'art. 39 del d.P.R. n. 380 del 2001, che estende a 10 anni dall'adozione di deliberazioni e provvedimenti comunali autorizzativi di interventi illegittimi la possibilità di annullarli da parte delle regioni.

Un'ipotesi di autotutela doverosa largamente diffusa in passato, ma oggi espunta dall'ordinamento, è quella di cui all'abrogato art. 1, comma 136, della l. n. 311 del 2004[17], che obbligava le Amministrazioni, fatti salvi alcuni temperamenti per i provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali, ad annullare i provvedimenti illegittimi, al fine di garantire un risparmio di spesa pubblica[18].

Svolta una ricostruzione generale sull'istituto controverso, il Consiglio di Stato si concentra, infine, sull'ipotesi di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*[19].

Viene ulteriormente chiarito che trattasi di un caso di autotutela doverosa parziale, per cui è consentito all'Amministrazione di esercitare il potere di annullamento in autotutela oltre i termini fissati dal legislatore. Nel caso in esame è corretto, secondo l'interpretazione del Giudice d'appello, parlare di autotutela doverosa proprio perché, pur a distanza di anni, la legge impone il riesame del provvedimento.

L'attenzione è, poi, posta sulla formulazione letterale della disposizione.

In particolare, l'impiego dell'espressione "possono essere annullati", rende chiaro come al ricorrere dei casi 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*" non venga imposto alle Amministrazioni senz'altro l'annullamento dei provvedimenti. La disposizione in analisi, pertanto, nell'interpretazione offerta dalla

[16] Cfr N. Durante, *L'autotutela doverosa*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022.

[17] L. 30 dicembre 2004, n. 311, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria)", in G.U. Serie Generale n. 306 del 31 dicembre 2004. L'art. 1, comma 136 citato stabiliva che "*Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo peridio di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante*".
Nel vigore di tale disposizione la giurisprudenza aveva elaborato il principio di diritto per cui "*l'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio dell'illegittimo inquadramento di un pubblico dipendente è in* re ipsa *e non richiede specifica motivazione, in quanto l'atto oggetto di autotutela produce un danno per l'Amministrazione consistente nell'esborso di denaro pubblico senza titolo, con vantaggio ingiustificato per il dipendente, né in tali casi rileva il tempo trascorso dall'emanazione del provvedimento di recupero dell'indebito*" (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 20 giugno 2012, n. 3595, in *Foro amm. – CdS*, 2012, 6, 1550.)

[18] Il sopra richiamato caso di abrogazione di un'ipotesi di autotutela doverosa è preso a esempio dal Consiglio di Stato per evidenziare come, nel tempo, sia mutato l'approccio verso il tema del riesame degli atti amministrativi, in ragione del differente contesto socio-economico. Nella pronuncia viene esplicato che attualmente si sta affermando una visione responsabilizzante delle Amministrazioni pubbliche, per cui viene attribuita una maggiore importanza alla completezza dell'istruttoria sulle istanze del privato, dato che va a dequotare l'impiego dei provvedimenti di secondo grado.

[19] Sull'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, in dottrina si vedano, *ex multis*, M. Sinisi, *Il potere di autotutela caducatoria*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., 565 ss.; M.A. Sandulli, *Edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 3, 171; Id., *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, *ivi*, 18, 2019; V. Di Iorio, *Osservazioni a prima lettura sull'autotutela dopo la l. n. 124/2015: profili di incertezza nell'intreccio tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *www.federalismi.it*, 21, 2015; 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 *www.federalismi.it*, 17, 2015, 9.

pronuncia in commento, impone il riesame del provvedimento, senza tuttavia vincolarne gli esiti.

Affinché, in questi casi, si debba procedere con l'emanazione di un provvedimento in autotutela è, infatti, essenziale che sia verificata la sussistenza degli ulteriori presupposti di cui al comma 1 dell'art. 21-*nonies*. Tra questi, diversamente dall'ipotesi generale di cui all'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990[20], non rientra la valutazione degli interessi dei destinatari del provvedimento, dal momento che non si pongono esigenze di tutela nei confronti di soggetti che abbiano ottenuto un vantaggio sulla base di dichiarazioni false o mendaci[21].

In realtà, nel caso di specie, in apparente contraddizione, la pronuncia in commento chiarisce che sarebbe stato necessario tenere in considerazione il subentro nella proprietà della figlia della sig.ra B, "*in apparenza estranea ai fatti di causa, non potendosene presumere la connivenza per il solo fatto del rapporto di filiazione con la precedente proprietaria*".

In questo modo, la pronuncia in commento va a sottolineare come la conservazione della discrezionalità nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis* svolge un'essenziale funzione garantista nel caso, non infrequente nella pratica, in cui non vi sia coincidenza tra autore del reato e destinatario dell'autotutela, venendo così in considerazione il suo affidamento incolpevole[22].

In tale prospettiva, il Collegio evidenzia come tra gli elementi oggetto di valutazione in queste ipotesi assuma un significato pregnante il fattore temporale. In considerazione del lungo lasso di tempo che può intercorrere tra l'emanazione di un provvedimento favorevole e l'accertamento in sede penale della dichiarazione falsa o mendace, secondo il Consiglio di Stato l'Amministrazione non potrà esimersi dal valutarne l'incidenza, tornando così a espandersi l'operatività della ragionevolezza del termine.

3. Le critiche all'interpretazione del Giudice di primo grado.

Come accennato nella ricostruzione in fatto, il Giudice di prime cure aveva accolto il ricorso valorizzando la tesi per cui, nel caso di specie, ci si troverebbe dinnanzi a un'ipotesi di autotutela doverosa, che impone all'Amministrazione l'adozione di un provvedimento espresso.

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

[21] In tal senso anche Cons. Stato, Sez. IV, 18 marzo 2021, n. 2329, in *Riv. giur. ed.*, 2021, 3, 921; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 5 gennaio 2021, n. 18, *ivi*, 2021, 2, 559; T.A.R Lombardia, Brescia, Sez. I, 12 giugno 2018, n. 574, *ivi*, 2018, 4, 1100 per cui "*L'interesse pubblico all'eliminazione, ai sensi dell'art. 21* nonies *l. n. 241 del 1990, di un titolo abilitativo illegittimo è* in re ipsa, *a fronte di falsa, infedele, erronea o inesatta rappresentazione, dolosa o colposa, della realtà da parte dell'interessato, risultata rilevante o decisiva ai fini del provvedimento ampliativo, non potendo l'interessato vantare il proprio legittimo affidamento nella persistenza di un titolo ottenuto attraverso l'induzione in errore dell'amministrazione procedente*".

[22] Cfr., M. Sinisi, *Il potere di autotutela caducatoria*, cit., 566.

A sostegno di tale lettura, è stata offerta un'elencazione di disposizioni normative. Si è fatto riferimento, in particolare, all'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001, richiamato dall'art. 19-*bis* della l. n. 241 del 1990, che pone sull'Amministrazione precisi doveri di diligenza. È stato richiamato, inoltre, il combinato disposto degli artt. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 con gli artt. 537, 651 e/o 654 c.p.p. disciplinanti gli effetti del giudicato penale sull'attività amministrativa. Infine, veniva fatta leva sulla portata compulsiva delle possibili ripercussioni risarcitorie in caso di accertata responsabilità erariale dei dipendenti del Comune.

Il Consiglio di Stato, chiarito come l'ipotesi di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis* costituisca un caso di autotutela doverosa, da intendersi non come individuante un obbligo di emanare senz'altro un provvedimento di secondo grado, ma solo nel senso di imporre la valutazione dell'istanza di autotutela presentata dal privato interessato, oltre i termini di legge, verificando la sussistenza dei presupposti di cui al suo primo comma, offre ampie riflessioni volte a superare l'interpretazione del T.A.R.

In primo luogo, viene esaminato l'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 e confrontato con l'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis* della l. n. 241 del 1990[23].

L'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000, come noto, stabilisce che, qualora emerga, all'esito di un controllo, la non veridicità del contenuto di una dichiarazione, il dichiarante decade automaticamente dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera.

Secondo il Collegio è errato estendere tale automatismo al caso di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis* della l. n. 241 del 1990. Eliminando i profili di discrezionalità insiti in tale ultima disposizione, attraverso una rigida applicazione dell'art. 75, verrebbe infatti snaturato l'istituto dell'autotutela, benché conseguente a un accertamento penale.

Una simile lettura porterebbe, infatti, a una sostanziale *interpretatio abrogans* dell'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis* "*derubricandolo a mero richiamo a un meccanismo sanzionatorio rinvenibile aliunde*", che si mostra incompatibile con il dato letterale già sopra evidenziato, in relazione all'utilizzo del verbo servile potere.

Secondo l'interpretazione offerta nella pronuncia in commento, la clausola di salvaguardia contenuta all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis* della l. n. 241 del 1990 "*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. 245*" evoca più propriamente un cumulo di sanzioni/conseguenze della declaratoria falsa, ma non la sovrapposizione delle due ipotesi, con conseguente assorbimento di quella più rigorosa di cui all'art. 75, comma 1, in quella meno rigorosa di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*.

Passando all'argomento legato ai profili di responsabilità erariale, va chiarito che la lettura del T.A.R., per cui questi contribuirebbero a sostenere l'automatismo caducatorio insito nell'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, deriva dall'ultimo periodo del suo comma 1, in forza del quale "*rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione al mancato annullamento del provvedimento illegittimo*". Tale disposizione, in ragione

[23] Per un'interpretazione del rapporto tra art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990 e art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2207, cit.

della sua collocazione sistematica, sarebbe applicabile a tutti i casi di autotutela[24].

Secondo il Giudice d'appello, tuttavia, tale lettura non è condivisibile. La citata disposizione di cui all'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 21-*nonies*, pur costituendo una clausola di salvaguardia, che contribuisce a limitare la discrezionalità dell'Amministrazione, non può essere intesa come capace di rendere doveroso l'annullamento in autotutela.

Questa, infatti, impone all'Amministrazione semplicemente di tenere in considerazione, in fase di valutazione discrezionale, la necessità di evitare effetti pregiudizievoli per la stessa, mirando quindi a prevenire comportamenti negligenti nell'esercizio della funzione pubblica.

Infine, viene posto a vaglio critico il richiamo all'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001, sempre finalizzato a sostenere la doverosità dell'annullamento d'ufficio a seguito dell'accertamento penale. Si ricorda che la sig.ra A aveva presentato due differenti istanze al Comune, l'una di autotutela *ex* art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, l'altra di esercizio dei poteri di vigilanza, ai sensi dell'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001.

Nel confutare tale argomento il Consiglio di Stato pone in risalto la sostanziale differenza sussistente tra attività di controllo del territorio e attività di controllo sulla legittimità degli atti, profili profondamente intricati e spesso indebitamente sovrapposti[25].

Chiarisce il Consiglio di Stato che l'art. 27 citato, rubricato "Vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia" costituisce uno strumento conferito per dare effettività alle scelte di pianificazione urbanistica e "*attiene alla verifica, effettuabile senza limiti di tempo, della conformità degli interventi al regime di edificabilità dei suoli, per come cristallizzati nei titoli edilizi, ove rilasciati, ovvero all'illecita realizzazione in assenza degli stessi di modifiche che in qualche modo impattino sul territorio*". Il controllo sulla legittimità e quindi l'esercizio del potere di autotutela, invece, implica esclusivamente la possibilità di annullamento dei provvedimenti, sussistendone i presupposti di legge.

Secondo il Collegio, nonostante la difficoltà ermeneutica che comporta distinguere tra le due ipotesi, si tratta questo di uno sforzo che il Comune è chiamato necessariamente a compiere "*così da distinguere i profili di illegittimità, rilevabili* ex post *nei limiti dell'autotutela, da quelli di illiceità, stigmatizzabili in qualunque momento*".

Evidenzia, infine, che il Giudice di primo grado ha sostanzialmente sovrapposto le richieste di autotutela e di controllo, operando così un'indebita commistione dei due diversi piani, arrivando "*a giustificare la doverosità della prima in ragione della sussistenza dei compiti di controllo*".

---

[24] In tal senso in dottrina si è espressa, ad esempio, M. Sinisi, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori nel caso di s.c.i.a. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti*, in *www.federalismi.it*, 24, 2015.

[25] Afferma il Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, che "*nella pratica, accade spesso che il richiamo all'imprescindibilità dei poteri di vigilanza divenga il grimaldello attraverso il quale legittimare controlli postumi, ovvero spostare in avanti il* dies a quo *di decorrenza del termine di silenzio assenso dilatando a dismisura il concetto di requisiti formali e sostanziali che la domanda deve possedere per poter essere valutata*".

4. La decisione del Consiglio di Stato e brevi osservazioni conclusive.

A seguito della complessa ricostruzione del fatto, nonché della definizione dell'istituto dell'autotutela doverosa, capace di chiarirne la portata applicativa, il Consiglio di Stato procedeva all'accoglimento del ricorso del Comune di Barletta.

Il Collegio, in particolare, mostrava di non condividere la decisione del Giudice di primo grado che, di fatto, aveva imposto l'annullamento in autotutela dei titoli edilizi sopra descritti, evidenziando che nel giudizio avverso il silenzio non è consentito al Giudice, in presenza di attività discrezionale, valutare la fondatezza della pretesa azionata. Ciò in quanto, come sopra chiarito, i poteri di autotutela di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis* della l. n. 241 del 1990 sono caratterizzati da discrezionalità, imponendo doverosamente solo l'esame dell'istanza del privato, ma non l'emanazione di un provvedimento di annullamento in secondo grado.

Chiariva, quindi, che il Comune era tenuto a riscontrare l'istanza di autotutela della sig.ra A, potendo poi stabilire, nell'esercizio della propria discrezionalità, se procedere o meno all'annullamento d'ufficio dei titoli edilizi.

Nell'esercizio dei poteri di vigilanza di cui all'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001, invece, era obbligato, in ogni caso, ad attivare il relativo procedimento sanzionatorio, dando riscontro alla richiedente dell'eventuale adozione di provvedimenti demolitori ovvero della loro mancata adozione.

Va osservato che, nonostante nella pronuncia in commento il Consiglio di Stato abbia dato credito all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale dell'istituto dell'autotutela doverosa, di fatto, nel definirne i confini, ne ha condivisibilmente evidenziato la sua ontologica inconsistenza.

Non condividendo l'automatismo caducatorio nelle ipotesi di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis* della l. n. 241 del 1990 ed evidenziando la natura discrezionale insita nelle valutazioni propedeutiche all'eventuale emanazione del provvedimento di annullamento in autotutela, infatti, il Giudice ha riportato tale disposizione nell'ordinaria categoria dell'annullamento d'ufficio.

Anche nei casi di cui al citato art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, l'Amministrazione è chiamata a effettuare un bilanciamento tra l'interesse al ripristino della legalità violata e quello alla conservazione del titolo. Uniche differenze rispetto alle ipotesi di autotutela "tradizionali" sono legate, da un lato, al superamento dei limiti temporali dettati dal comma 1 dell'art. 21-*nonies*, dall'altro, al ridotto onere motivazionale – in caso si decidesse di optare per l'annullamento – conseguente all'assenza di una posizione di affidamento in capo al privato e alla presunzione della sussistenza dell'interesse pubblico.

Per quanto suggestivo possa apparire il richiamo a una forma di autotutela doverosa, è evidente come questa ricostruzione possa risultare fuorviante, inducendo, come nel caso della sentenza del T.A.R Puglia, a vincolare l'Amministrazione in ogni caso a esercitare i propri poteri di annullamento d'ufficio, andando così ad arbitrariamente forzare il testo legislativo[26].

[26] In tal senso, M. Giavazzi, *Legalità, certezza del diritto e autotutela: riflessioni sulla funzionalizzazione dell'annullamento d'ufficio all'*effet utile, cit., afferma che "*è da escludere che esistano, nel diritto interno, fattispecie di annullamento d'ufficio doveroso, atteggiandosi sempre l'atto di autotutela come provvedimento discrezionale, sia pure con diversi gradienti di discrezionalità in funzione del differente grado di rilevanza costituzionale degli interessi pubblici a tutela dei quali quell'atto interviene,*

Certo è che la sentenza in commento, pur avendo fornito un'interpretazione della disposizione controversa coerente con il dato letterale – oltre che con la dottrina maggioritaria – e capace di contemperare i diversi interessi in gioco attraverso il "salvataggio" della discrezionalità, avrebbe forse preferibilmente potuto spingersi fino a contestare in radice la configurabilità, in tali ipotesi, dell'autotutela doverosa.

Come evidenziato, l'unica vera doverosità presente nel caso di specie si ritrova nell'elemento dell'*an*, cioè nel necessario avvio di un procedimento di secondo grado, il cui esito, tuttavia, non è vincolato dal giudicato penale. Questa lettura va a uniformarsi a quell'interpretazione dottrinale, nell'opinione di chi scrive del tutto condivisibile, che, come sopra accennato, imporrebbe all'Amministrazione in ogni caso di autotutela di emanare un provvedimento espresso a seguito dell'istanza del privato portatore di un interesse qualificato[27].

Federica Campolo

---

*potendosi al più immaginare che, in particolari vicende, vi sia una presunzione (*iuris tantum*) della ricorrenza di un interesse pubblico alla rimozione prevalente rispetto a quello che milita alla sua conservazione*".

[27] Questa interpretazione, oltre a risultare maggiormente in linea con il mutamento della relazione pubblico-privato, potrebbe garantire una consistente riduzione del contenzioso. In questa prospettiva, di interesse sono le conclusioni offerte da M. Allena, *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di annullamento d'ufficio*, cit., 24-25, per cui "*in un sistema democratico in cui l'amministrazione è al servizio dei cittadini (art. 98 Cost.), va superata una visione strettamente unilaterale dell'autotutela decisoria. […] Tuttavia, appaiono maturi i tempi per superare l'idea che tale istituto serva essenzialmente a garantire l'interesse della p.a. in quanto tale, rendendole più facile e immediata la possibilità di eliminare i propri atti illegittimi, senza alcuna (o, comunque, estremamente limitata) attenzione per l'interesse del cittadino che tale illegittimità subisce*".

2. La sanzione per l'inottemperanza all'ordine di demolizione (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 11 ottobre 2023, n. 16)

Sommario: 1. I fatti della controversia. – **2.** La nozione di sanzione. L'*iter* sanzionatorio di cui all'art. 31, d.P.R. n. 380/2001. – **3.** Segue: la sanzione dell'acquisizione gratuita della *res* abusiva al patrimonio comunale. – **4.** Segue: la sanzione amministrativa pecuniaria. – **5.** Rilievi conclusivi.

1. I fatti della controversia.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si pronuncia sulla natura e sulle conseguenze dell'illecito dovuto alla mancata ottemperanza all'ordine di demolizione.

Nel caso in specie, l'appellante è nuda proprietaria di un fondo agricolo donato dal padre, il quale ha conservato sul medesimo il diritto di usufrutto. All'esito del sopralluogo effettuato dal personale dell'Amministrazione procedente, viene rilevata la presenza di opere risalenti ad un'epoca remota in relazione alle quali non si è riscontrata la sussistenza di titoli edilizi. Conseguentemente, l'Amministrazione comunale emette un'ordinanza di demolizione nei confronti della nuda proprietaria nonché dell'usufruttuario. La prima propone impugnazione avverso l'ingiunzione, rappresentando la propria estraneità agli abusi, che sarebbero stati perpetrati dal padre in epoca anteriore alla donazione. L'adito TAR per la Campania, con sentenza n. 3870/2017, respinge il ricorso.

Nelle more del giudizio di primo grado, il Comune, constatata l'inottemperanza all'ordinanza oggetto di impugnazione, dispone l'acquisizione dell'immobile al suo patrimonio indisponibile e irroga ai titolari dei diritti reali la sanzione pecuniaria di cui all'art. 31, comma 4-*bis*, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, per la realizzazione di opere edilizie sprovviste di titolo, in aree sottoposte a vincolo paesaggistico, ai sensi del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42. Per chiedere l'annullamento di detto provvedimento insorge l'usufruttuario innanzi al TAR per la Campania. Il gravame è respinto con sentenza n. 4032/2017, confermata dalla Settima Sezione del Consiglio di Stato (sentenza n. 10087/2022).

L'odierna appellante agisce per l'annullamento dello stesso verbale di accertamento dell'inottemperanza edilizia dinanzi al TAR per la Campania. Il mezzo di tutela è affidato alle seguenti censure: *a)* violazione del principio di irretroattività delle norme introduttive di misure sanzionatorie, in quanto l'ingiunzione edilizia sarebbe stata notificata ai titolari dei diritti reali anteriormente all'introduzione del comma 4-*bis* nel corpo dell'art. 31, d.P.R. n. 380/2001; *b)* violazio-

ne dell'art. 31, comma 4, d.P.R. n. 380/2001, in quanto la ricorrente, rivestendo la qualità di nuda proprietaria, non avrebbe potuto ottemperare all'ordine di demolizione nonché in quanto la stessa, non essendo autrice degli abusi edilizi, non avrebbe dovuto essere sanzionata con la perdita della nuda proprietà; *c)* illegittimità derivata del provvedimento impugnato, emesso sulla scorta dell'ordinanza di demolizione, stante la pendenza di un giudizio di impugnazione avverso quest'ultima. Il ricorso è giudicato infondato e rigettato, con sentenza n. 4033/2017, in quanto: *a)* la violazione del predetto principio di irretroattività deve escludersi in ragione del carattere permanente dell'illecito integrato dall'inottemperanza all'ordinanza di demolizione: la ricorrente avrebbe potuto ottemperare anche una volta spirato il termine; la protrazione della sua inerzia ha legittimato l'Amministrazione all'irrogazione della sanzione pecuniaria; *b)* la sanzione demolitoria ha natura oggettiva e reale e colpisce, in quanto tale, l'attuale proprietario del bene, prescindendo dall'accertamento del dolo o della colpa in capo al soggetto a cui è imputata la trasgressione; *c)* in ragione della legittimità del provvedimento presupposto, è esclusa la caducazione, per l'asserita invalidità derivata, del provvedimento impugnato.

La pronuncia del TAR è appellata dinanzi al Consiglio di Stato. In tale sede, l'appellante contesta la qualificazione dell'inottemperanza all'ordine di demolizione come illecito permanente, sostenendo che, scaduto il termine di novanta giorni, l'ablazione della proprietà del bene precluderebbe l'imputabilità al privato dell'inottemperanza: a quel punto, sia la condotta sia l'illecito sarebbero consumati in via definitiva. Giungerebbe, pertanto, in considerazione non un illecito permanente, ma un illecito istantaneo, con annessa illegittimità dell'operato dell'Amministrazione, la quale avrebbe inflitto la sanzione di cui all'art. 31, comma 4-*bis*, d.P.R. n. 380/2001, a fronte di una condotta omissiva che si sarebbe esaurita prima dell'entrata in vigore della legge 11 novembre 2014, n. 164, in violazione dell'art. 25 della Costituzione, dell'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dell'art. 11 delle disp. prel. cod. civ. L'appellante, da ultimo, lamenta l'illegittimità dell'immissione dei manufatti abusivi nel patrimonio comunale e insiste per la declaratoria di illegittimità derivata del provvedimento impugnato.

La Sesta Sezione del Consiglio di Stato, investita dell'impugnazione, con ordinanza n. 3974/2023, rimette all'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a., la risoluzione di quattro questioni: *a)* se l'inottemperanza all'ordine di demolizione comporti la produzione di effetti traslativi automatici alla scadenza del termine di novanta giorni, fissato ai fini della demolizione; *b)* se l'art. 31, comma 4-*bis*, d.P.R. n. 380/2001, assoggetti a sanzione l'illecito integrato dall'abuso edilizio ovvero un illecito autonomo di natura omissiva consistente nella mancata ottemperanza all'ingiunzione di demolizione; *c)* se l'inottemperanza in questione configuri un illecito permanente ovvero istantaneo con eventuali effetti permanenti; *d)* se, infine, la sanzione prevista dal comma 4-*bis* dell'art. 31, d.P.R. n. 380/2001, sia irrogabile ai soggetti destinatari della notifica di un'ordinanza di demolizione il cui termine per ottemperare risulti scaduto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 164/2014.

Il presente lavoro focalizza l'attenzione sulle prime due questioni, tra quelle elencate, sottoposte al vaglio della Plenaria.

2. La nozione di sanzione. L'*iter* sanzionatorio di cui all'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001.

Nella legislazione vigente, non ricorre alcuna definizione del concetto di sanzione, tantomeno di quello di sanzione amministrativa[1].

In senso generale, può definirsi «sanzione» la conseguenza sfavorevole riconnessa alla perpetrazione di un illecito, applicata coattivamente (dallo Stato ovvero da altro ente pubblico). La sanzione si sostanzia, secondo un'opinione, nella «misura retributiva» applicata al trasgressore, effetto, diretto e immediato, della condotta antigiuridica che costui ha tenuto[2]. Posto che la natura eminentemente afflittiva integra il connotato saliente della sanzione, ne deriva l'impossibilità di qualificare come sanzione il ripristino, in qualsiasi forma, dello *status quo ante*, all'esito della trasgressione (cosiddette sanzioni ripristinatorie)[3]: il termine «sanzione» sarebbe adoperato, in tali circostanze, tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, in maniera inappropriata. La sanzione amministrativa, in senso proprio, il cui tratto caratterizzante è costituito dall'ascriversi la relativa irrogazione nell'esercizio di una potestà amministrativa, è così identificata, in via residuale, nella misura afflittiva non integrante né una sanzione penale né una sanzione civile[4].

È bene precisare che l'obiettivo perseguito dalla pubblica amministrazione, in sede di applicazione di sanzioni amministrative è, in generale, non soltanto quello di punire, ma anche quello di tutelare un interesse pubblico specifico[5]. Del resto, com'è stato opportunamente rilevato, tra il punire e l'amministrare non si manifesta alcuna divergenza sul piano ontologico; tra la natura afflittiva della sanzione e la cura dell'interesse pubblico intercorre uno stretto legame[6], tale che gli stessi interessi tutelati dall'Amministrazione, "partecipando" all'esercizio della funzione sanzionatoria, influiscono sulla commisurazione della sanzione[7].

In dottrina, alle posizioni che individuano la finalità delle sanzioni amministrative nella tutela degli interessi pubblici devoluti all'Amministrazione[8], si affiancano quelle di

[1] In dottrina, le sanzioni amministrative sono state autorevolmente definite come «pene in senso tecnico», irrogabili dall'Amministrazione senza l'ingerenza del giudice. Sul punto si veda G. Zanobini, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, 38 ss. Tale paradigmatica monografia ha sancito, sul piano lessicale, un decrescente impiego del termine «contravvenzione», ai fini dell'indicazione dell'inosservanza della normativa amministrativa, cui ha fatto adeguato riscontro la predilezione accordata al diverso termine «sanzione». In tal senso, M. Lunardelli, *Sanzioni e misure ripristinatorie: una rivalutazione del pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2021, 4, 185-186.

[2] In tal senso, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, 333.

[3] Con riferimento ai provvedimenti ripristinatori, si è posto in luce che i medesimi «rappresentano un episodio della dialettica fra autorità e libertà tipico del diritto amministrativo perché, senza il previo controllo di un giudice, essi incidono imperativamente sulla posizione giuridica della persona e sono eseguiti, ove la legge lo preveda, direttamente dalla pubblica amministrazione». In tal senso, C. Gabbani, *La logica dei provvedimenti ripristinatori*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 3, 911.

[4] E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 334.

[5] La Corte costituzionale, a suo tempo, ha osservato che le sanzioni amministrative, a differenza di quelle penali, lungi dal costituire uno «strumento di difesa dei valori essenziali del sistema», si sostanziano in «un momento ed un mezzo per la cura dei concreti interessi pubblici affidati all'amministrazione». Cfr. Corte cost., 14 aprile 1988, n. 447.

[6] S. Cimini, *Il potere sanzionatorio*, in A. Cagnazzo, S. Toschei, F. Tuccari (a cura di), *La vigilanza e la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative*, Milano, 2021, 460.

[7] M. T. P. Caputi Jambrenghi, *Il principio di obbligatorietà*, in A. Cagnazzo, S. Toschei, F. Tuccari (a cura di), *Sanzioni amministrative in materia di edilizia*, Torino, 2014, 10.

[8] Confermerebbe tale visione il carattere apparentemente

quanti hanno intravisto un nesso con l'autotutela.

Nell'ambito della sua teoria della sanzione amministrativa, Feliciano Benvenuti ha concepito la sanzione come elemento costitutivo della norma, che riveste una posizione paritaria rispetto al precetto sul quale agisce, imponendo il rispetto della norma medesima ai soggetti dell'ordinamento. L'illustre Autore porta a compimento la prefata teoria collocando le sanzioni amministrative nel solco dell'autotutela decisoria: le sanzioni attuerebbero le finalità dell'autotutela mediatamente, comportando «speciali svantaggi» a carico dell'inadempiente, così indotto, nella prospettiva di questi ultimi, ad ottemperare agli obblighi di cui è destinatario[9]. Il risvolto finale della tesi del Benvenuti si sintetizza nella qualificazione della sanzione come mezzo dell'azione amministrativa, stante la relativa funzionalità alla realizzazione delle pretese della pubblica amministrazione[10].

In senso analogo, si è, pur successivamente, sostenuto che il conferimento alla pubblica amministrazione della capacità sanzionatoria completerebbe lo strumentario di cui essa è stata dotata al fine di realizzare la «propria azione specifica»[11].

Tracciata la distinzione tra «sanzione amministrativa di un illecito» e «misura ripristinatoria di una situazione (di fatto) abusiva»[12], si possono considerare le misure repressive disciplinate dal d.P.R. n. 380/2001.

Giova, innanzitutto, premettere che, nel linguaggio corrente, si impiega l'espressione «abuso edilizio» con riferimento all'illecito scaturente dalla violazione delle norme urbanistiche[13].

In dottrina è stato evidenziato il carattere polisemantico del termine «abusivismo», adoperabile al fine di indicare sia la condotta antigiuridica di chi costruisce *contra legem* sia anche il concreto risultato delle costruzioni abusive, che incidono sulla «realtà del territorio»[14].

complementare delle sanzioni irrogabili dalle autorità indipendenti rispetto alle funzioni dalle medesime esercitate. A titolo esemplificativo, basti pensare all'ANAC, il cui potere sanzionatorio è connesso alla funzione di prevenire la corruzione; conseguentemente, l'Autorità, con l'irrogazione di sanzioni amministrative, protegge gli interessi pubblici rimessi alla sua cura dall'ordinamento. In tal senso, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 334; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio*, in A. Cagnazzo, S. Toschei, F. Tuccari (a cura di), *La vigilanza e la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative*, cit., 462.

[9] In senso contrario si veda, a titolo esemplificativo, G. Coraggio, voce *Autotutela, I) Diritto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, 2.

[10] Cfr. per i riferimenti sulla teoria esposta M. Lunardelli, *Sanzioni e misure ripristinatorie: una rivalutazione del pensiero di Feliciano Benvenuti*, cit., 187 ss.

[11] A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica Amministrazione*, Padova, 1983, 240; S. Licciardello, *Sulle sanzioni a tutela della concorrenza e del mercato. Italia e Francia a confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 108.

[12] A. Travi, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Diritto amministrativo*, 2014, 4, 638 ss. Sostiene l'Autore che la confusione tra le due categorie sia in parte da imputarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, inidonea alla modifica dell'assetto delle sanzioni amministrative esistente all'interno dell'ordinamento nazionale. Sull'autonomia dell'illecito amministrativo rispetto all'orientamento della Corte di Strasburgo, si veda Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49.

[13] G. Pagliari, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2019. L'attività edilizia persegue il fine precipuo di controllare la conformità urbanistica dei progetti di trasformazione preordinati alla realizzazione degli interventi edilizi; sicché tra edilizia e attività di controllo urbanistico intercorre un rapporto di identificazione. Si è rilevato che, all'esito delle riforme introdotte dal 2001, l'urbanistica costituisce esclusivamente una funzione e non più una materia, mentre l'edilizia si estrinseca in una funzione autonoma, ancorché connessa a quella urbanistica. In tal senso, A. Bartolini, voce *Urbanistica*, in *Enciclopedia del diritto. I tematici, vol. III – Le funzioni amministrative*, 2022, 1286.

[14] In tal senso, F. Saitta, *Commento all'art. 36 d.P.R. 380/2001*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 863. Il fenomeno dell'abusivismo edilizio, che ha tradizionalmente attanagliato il nostro territorio, è stato, nel tempo, contrastato attraverso il ricorso ai condoni (negli anni 1985, 1994, 2003) nonché al «teorico» aggravamento del

Il sistema repressivo degli abusi edilizi e urbanistici rinviene organica sistemazione nel Titolo IV del Testo unico in materia edilizia. Tale sistema è innestato su quattro tipologie di sanzioni (penali, civili, amministrative, accessorie) nonché su un complesso di obblighi, facenti capo ad una pluralità di soggetti (ufficio tecnico erariale, segretari comunali, polizia giudiziaria, *etc.*), tesi ad incrementare l'efficacia del sistema medesimo[15]. Il regime sanzionatorio in argomento è delineato dal legislatore in modo apparentemente conforme ai criteri del livello di «gravità dell'infrazione formale perpetrata» e dell'«intensità del danno urbanistico sostanziale arrecato»[16].

L'art. 31, d.P.R. n. 380/2001, ricalcando e attualizzando il contenuto dell'art. 7, L. 28 febbraio 1985, n. 47[17], regola la risposta dell'ordinamento alla fattispecie di abuso più grave: gli interventi edilizi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali. La disciplina richiamata definisce, al primo comma, il solo intervento totalmente difforme rispetto al permesso di costruire[18], mentre rimanda al successivo art. 32 ai fini della determinazione delle variazioni essenziali[19].

La vicenda in esame trae origine dall'omesso riscontro di titoli abilitativi in relazione ad opere oggetto di sopralluogo. Si è trattato, nello specifico, coerentemente con quanto constatato dal giudice di primo grado, di interventi di nuova costruzione, con realizzazione di nuove volumetrie che, incidendo sull'assetto edilizio esistente, necessitano del preventivo rilascio del permesso di costruire; cosicché si è ritenuta configurata la fattispecie dell'espletamento dell'attività costruttiva in difetto del permesso di costruire.

L'illecito in discorso ricorre nelle ipotesi di mancata richiesta del provvedimento ovvero di domanda del permesso di costruire non ancora evasa; di avvio dei lavori in esi-

trattamento sanzionatorio previsto per le violazioni più gravi (dal 1977). M. A. Sandulli, voce *Edilizia*, in *Enciclopedia del diritto. I tematici, vol. III – Le funzioni amministrative*, 2022, 412. In senso critico rispetto al pregiudizio inferto dall'abusivismo al patrimonio culturale nazionale, si veda L. Casini, *Abusi e condoni edilizi: dalla clandestinità al giusnaturalismo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 1.

[15] F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2021, 265.

[16] In tal senso, F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 267. L'ultimo tra i criteri indicati sembra essere quello prevalente; per effetto dello stesso potrebbe, ad esempio, avvenire che l'intervento eseguito in difetto di permesso edilizio (fattispecie di abuso più grave) sia, in dati casi, sanato, nei limiti della conformità alla normativa sostanziale urbanistica di quanto abusivamente realizzato.

[17] L'art. 7, L. n. 47/1985, configura in via definitiva l'azione repressiva della pubblica amministrazione, la cui «natura obbligatoria e vincolata» riceve forma per effetto dell'art. 15, L. 28 gennaio 1977, n. 10. E. Bonelli, *Effettività del sistema sanzionatorio edilizio e tutela dei diritti fondamentali protetti dalla Cedu*, in *www.federalismi.it*, 2018, 24, 5.

[18] Trattasi di interventi che danno luogo ad un organismo edilizio completamente diverso da quello oggetto di permesso, per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche o di utilizzazione, ovvero alla realizzazione di volumi edilizi eccedenti i limiti definiti nel progetto e tali da costruire un organismo edilizio, o parte di esso, dotato di «specifica rilevanza» nonché «autonomamente utilizzabile». Sussiste, dunque, difformità totale nell'ipotesi di costruzione di *aliud pro alio*, vale a dire nell'ipotesi in cui i lavori svolti tendano alla realizzazione di opere non incluse tra quelle assentite, dotate di autonomia e novità sui piani costruttivo e della valutazione economico-sociale. Cfr. Cass. pen., Sez. III, 17 febbraio 2010, n.16392. A mente di un più risalente orientamento giurisprudenziale, la difformità totale sussisterebbe allorché i lavori concernano un'opera differente «per conformazione, strutturazione, destinazione, ubicazione» rispetto a quella oggetto dell'atto di concessione. Cfr. Cass. pen., Sez. III, 7 ottobre 1987.

[19] La definizione delle variazioni essenziali al progetto approvato è rimessa, ai sensi dell'art. 32, alla potestà regionale, entro i limiti definiti dall'art. 32 medesimo (ricorrenza delle condizioni previste dalle lettere *a) – e)* del comma 1). Complessivamente, trattasi di modifiche significative, idonee ad alterare il progetto dell'intervento edilizio originario nei suoi tratti caratterizzanti, configurando una categoria intermedia tra la difformità totale (limite superiore) e quella parziale (limite inferiore). In tal senso, F. Gaverini, *Differenze e conseguenze nelle variazioni essenziali e non essenziali*, in A. Cagnazzo, S. Toschei, F. Tuccari (a cura di), *Sanzioni amministrative in materia di edilizia*, cit., 231.

to all'emanazione del permesso, ma prima del rilascio del provvedimento medesimo; di decadenza del permesso (per inutile decorso del termine di inizio dei lavori ovvero del termine di conclusione degli stessi); di annullamento del permesso[20].

Acclarata l'esecuzione di interventi abusivi, l'*iter* sanzionatorio, strutturato in modo bifasico, ha inizio con la notificazione al proprietario e al responsabile dell'abuso dell'ingiunzione di demolizione o di rimozione degli effetti dell'attività abusiva[21], conseguenza diretta dell'abuso edilizio.

L'ordine di demolizione del manufatto abusivo è una misura sanzionatoria preordinata alla *restitutio in integrum* dello stato dei luoghi (carattere ripristinatorio), tramite la previa rilevazione dell'inosservanza delle disposizioni urbanistiche. La fattispecie presupposto dell'ordine di ripristino muove, nel caso che si esamina, dalla situazione antigiuridica derivante dall'inosservanza delle disposizioni che condizionano la trasformazione della *res* al consenso dell'Amministrazione. L'ordine di ripristino ha, dunque, natura di atto di esercizio del potere di autotutela decisoria, volto all'eliminazione degli effetti dovuti all'attività di trasformazione illecita[22].

L'ingiunzione di demolizione, avendo ad oggetto l'opera abusiva, attiene anche a quelle accessorie e complementari ed alle aggiunte successive sulle quali si ripercuote l'illiceità dell'originaria edificazione[23].

Si deve rammentare che l'ordinanza di demolizione corrisponde ad un atto vincolato per il quale non è richiesta la previa comunicazione di avvio del procedimento amministrativo, alla luce della preclusione all'Amministrazione di valutazioni di interesse pubblico concernenti il mantenimento del bene, poiché il bilanciamento tra l'interesse pubblico e quello privato è già effettuato a monte dal legislatore[24]. Il presupposto di fatto, che si colloca alla radice dell'ordine demolitorio, è, pertanto, costituito dall'abuso del quale il destinatario si pre-

[20] G. Pagliari, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2015, 718. Quanto all'ipotesi di permesso emanato, ma non rilasciato, l'Autore ne ammette la rilevanza a condizione che si aderisca alla tesi che subordina la realizzazione del provvedimento al ritiro da parte del titolare del permesso. L'impostazione secondo cui il permesso di costruire acquisterebbe esistenza ed efficacia dal momento della relativa emanazione, ad avviso dello stesso Autore, desterebbe perplessità, a fronte della maggiore condivisibilità, sotto il profilo logico, della tesi che qualifica il pagamento del contributo di costruzione (in tutto o in parte) come condizione di efficacia del permesso stesso. Ciò posto, con stretto riferimento al dato testuale (la legge parla di «assenza»), non può prescindersi dal constatare che l'emanazione del permesso di costruire realizza la condizione richiesta dalla legge per l'esclusione del carattere abusivo dell'attività edilizia, indipendentemente dal ritiro del permesso.

[21] Considerato che il Testo Unico in materia edilizia, diversamente dalla precedente normativa, impiega non soltanto il termine «opere», ma anche il termine «interventi» (comprensivo delle «trasformazioni urbanistico-edilizie» che non si siano concretate nella realizzazione di opere), l'ordine impartito dall'Amministrazione non può circoscriversi alla sola demolizione, inidonea alla repressione delle fattispecie di abuso nel cui ambito non si siano registrate «trasformazioni fisiche», ma deve estendersi anche alla rimozione degli effetti dell'abuso. In tal senso, V. Mazzarelli, *Diritto dell'edilizia*, Torino, 2004, 224. Nella medesima prospettiva, definisce la rimessione in pristino «la sanzione-base» che consente di ottenere la rimozione della totalità degli effetti dell'abuso F. Salvia, *Il difficile cammino della legalità nel campo urbanistico (con particolare riferimento al profilo sanzionatorio)*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 2, 345 ss.

[22] L'antigiuridicità, si è osservato, può ricadere non sulla condotta in sé, bensì sul risultato dell'attività di trasformazione della *res*, in ragione del conferimento alla stessa di caratteristiche non compatibili con quelle contemplate alla stregua della disciplina sostanziale; il che si registra nella fattispecie dell'intervento edilizio realizzato in difformità dal permesso di costruire. In tal senso, C. Gabbani, *La logica dei provvedimenti ripristinatori*, cit., 921 ss.

[23] D. Galasso, *L'ordine di demolizione ha natura amministrativa non penale*, in *Diritto & Giustizia*, 2022, 44, 7 ss.

[24] Sulla natura vincolata e obbligatoria del potere repressivo esercitato dall'Amministrazione in materia urbanistico-edilizia, si vedano A. Iannelli, *Le violazioni edilizie amministrative, civili e penali*, Milano, 1981; R. Ursi, *Commento ad art. 27 Vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Testo Unico dell'edilizia*, cit., 671 ss.

sume abbia contezza, in quanto compreso nella sua «sfera di controllo»[25]. Si pone come corollario della natura vincolata del provvedimento in argomento, la sufficienza, sotto il profilo motivazionale, dell'indicazione dei presupposti di fatto che ne hanno sorretto l'emissione nonché delle norme che si assumono violate; sicché l'ordinanza di demolizione non deve essere analiticamente motivata[26]. Il carattere doveroso degli atti volti al perseguimento dell'illecito conduce, altresì, ad escludere la necessità di un onere motivazionale aggiuntivo che supporti l'ingiunzione di demolizione emanata a notevole distanza temporale dalla realizzazione dell'abuso; in altri termini, l'ordine di demolizione non richiede una motivazione calibrata in relazione alla ricorrenza di un interesse pubblico attuale al ripristino della legalità violata. L'eventuale tardiva emanazione non risulta idonea a determinare il consolidamento di un affidamento legittimo in capo al proprietario dell'abuso, stante l'impossibilità, in casi siffatti, di delineare, di fatto, una sorta di «*sanatoria extra ordinem*» nonché di riconnettersi al quadro generale dell'autotutela[27].

Un minoritario orientamento giurisprudenziale assumeva, invece, che il considerevole lasso di tempo trascorso dalla commissione dell'abuso e il perdurare dell'inerzia dell'Amministrazione preposta alla vigilanza generassero una posizione di affidamento idonea a fondare un onere di congrua motivazione che specificasse l'interesse pubblico, diverso da quello al ripristino della legalità violata, in vista della cui tutela era sacrificato l'interesse privato di segno opposto (tesi propugnata, in sede ricorsuale, dall'odierna appellante)[28].

Da ultimo, quanto al soggetto passivo dell'ordinanza di demolizione, costante giurisprudenza, in linea con il tenore letterale dell'art. 31 del Testo unico, conclude per la sua individuazione nel soggetto avente il potere di rimuovere concretamente l'o-

[25] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 4 maggio 2023, n. 4537; Sez. VI, 7 novembre 2022, n. 9715; Sez. II, 20 maggio 2019, n. 3208. Una diversa impostazione ritiene più conforme alla *ratio* della L. 7 agosto 1990, n. 241 la tesi della necessaria comunicazione di avvio del procedimento nella materia esaminata, in quanto l'accertamento del fatto e il suo corretto inquadramento giuridico integrerebbero momenti imprescindibili della valutazione amministrativa in ordine all'esistenza delle condizioni per l'emissione del provvedimento, sicché risulterebbero indiscutibili l'interesse del destinatario a presentare le proprie osservazioni e la relativa partecipazione. In tal senso, G. Pagliari, *Corso di diritto urbanistico*, cit., 745; quanto alla giurisprudenza, si vedano, invece, TAR, Abruzzo, Pescara, 11 marzo 2008, n. 157; Cons. Stato, Sez. V, 29 gennaio 2004, n. 296; TAR, Campania, Napoli, Sez. VIII, 28 dicembre 2007, n. 16550.

[26] Cfr., *ex multis*, TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 5 maggio 2011, n. 2496; TAR Liguria, Genova, Sez. I, 4 agosto 2011, n. 1220.

[27] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 9. Sul punto si è fondatamente osservato che, avuto riguardo alle ipotesi di sussistenza dei presupposti per la sanatoria del permesso, appurata la doppia conformità dell'opera alla normativa urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione sia al momento della presentazione dell'istanza ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380/2001, l'acquisizione della conformità non consente di evitare il ripristino: quest'ultimo, in casi siffatti, non può dunque definirsi come preordinato alla ricomposizione dell'interesse al corretto assetto urbanistico-edilizio, integrando, diversamente, una conseguenza dell'originaria carenza del titolo. Difettando l'esigenza di ricostituire «un assetto territoriale *secundum legem*», in presenza delle predette circostanze, «non sembra ragionevole né proporzionato prescindere totalmente da qualsiasi valutazione dell'elemento soggettivo e, più in particolare, dell'affidamento creato nel proprietario incolpevole da una protratta inerzia delle p.a. competenti a vigilare sull'attività edilizia». In tal senso, M.A. Sandulli, voce *Edilizia*, in *Enciclopedia del diritto. I tematici,* cit., 432-433. In termini critici sempre rispetto al profilo della tutela del legittimo affidamento del privato, si vedano P. Tanda, *L'Adunanza Plenaria n. 9/2017 si pronuncia sul ruolo del fattore tempo nell'esercizio del potere repressivo della p.a. in materia urbanistico-edilizia*, in *www.federalismi.it*, 2018, 1; L. Droghini, G. Strazza, *L'ordinanza di demolizione degli abusi edilizi tra tempo, legittimo affidamento e obbligo di motivazione*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2018, 113 ss.; C. Contessa, *Rassegna di giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2017, 2581 ss.

[28] Cfr. TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 10 giugno 2008, n. 646; TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 4 dicembre 2007, n. 924; Cons. Stato, Sez. V, 29 maggio 2006, n. 3270; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 23 aprile 2001, n. 183.

pera abusiva, vale a dire, in virtù della titolarità del diritto dominicale, nel proprietario attuale, indipendentemente dalla sua coincidenza con il responsabile dell'abuso, attesi il carattere permanente dell'illecito, la natura reale del medesimo, il carattere ripristinatorio dell'ordinanza (che prescinde dall'accertamento del dolo ovvero della colpa in capo al soggetto a cui è imputata la trasgressione), la preminenza dell'interesse pubblico urbanistico[29]. Tant'è vero che si ricomprende nella nozione di «responsabile dell'abuso» non solo il soggetto che ha materialmente commesso la violazione contestata, ma anche colui il quale dispone dell'immobile, che, pertanto, nelle qualità di detentore e utilizzatore, ha il dovere di provvedere alla demolizione funzionale alla restaurazione dell'ordine violato[30].

Eventualmente, come chiarito da una giurisprudenza piuttosto compatta, il proprietario di un'opera abusiva realizzata da altri che intenda sottrarsi all'effetto sanzionatorio di cui all'art. 31, d.P.R. n. 380/2001, della demolizione o dell'acquisizione, all'esito dell'inottemperanza all'ordine di demolizione, «deve provare la intrapresa di iniziative che, oltre a rendere palese la sua estraneità all'abuso, siano però anche idonee a costringere il responsabile dell'attività illecita a ripristinare lo stato dei luoghi nei sensi e nei modi richiesti dall'autorità amministrativa», risultando, d'altro canto, del tutto insufficiente al medesimo fine la posizione di una condotta di pedissequa adesione alle iniziative comunali[31].

Nella vicenda che si esamina, la nuda proprietaria ha avuto modo di contestare l'ingiunzione di demolizione insistendo sulla propria estraneità agli abusi, verosimilmente riconducibili al padre, e, dunque, sull'asserita impossibilità di essere punita per un'attività che non ha posto in essere. Il motivo è destituito di fondamento per le considerazioni espresse. Coerentemente con una consolidata giurisprudenza, approfondisce l'Adunanza Plenaria nella pronuncia in commento, l'acquirente dell'opera abusiva o del sedime su cui la stessa è stata realizzata, subentra nella totalità dei rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo al proprietario precedente e afferenti al bene ceduto, inclusa l'abusiva trasformazione, soggiacendo agli effetti dell'ingiunzione di demolizione successivamente impartita, pur risalendo il compimento dell'abuso ad un'epoca anteriore alla traslazione della proprietà.

3. Segue: la sanzione dell'acquisizione gratuita della *res* abusiva al patrimonio comunale.

Ai sensi del richiamato art. 31, comma 3, nell'ipotesi di accertata inerzia dei destinatari dell'ordine di reintegro dello stato dei luoghi abusivamente alterato, che si pro-

[29] Cfr. TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 19 luglio 2022, n. 1963; Cons. Stato, Sez. II, 12 settembre 2019, n. 6147; TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 13 agosto 2013, n. 1619.

[30] Cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 16 luglio 2020, n. 610; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 10 agosto 2020, n. 1559; TAR. Toscana, Firenze, Sez. III, 16 marzo 2020, n. 333.

[31] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 maggio 2015, n. 2211; Sez. VI, 30 marzo 2015, n. 1650; Sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4125. Sulla figura così delineata del «proprietario incolpevole» si vedano D. Chinello, *L'acquisizione gratuita di immobili abusivi e la figura del proprietario incolpevole*, in *Giur. it.*, 2015, 11, 2468 ss; A. Liguori, *L'acquisizione al patrimonio comunale nei confronti degli eredi estranei all'abuso*, in *Nuove aut.*, 2017, 2, 375 ss.

tragga per oltre novanta giorni decorrenti dalla notificazione, sia il bene che l'area di sedime nonché quella necessaria, ai sensi delle vigenti prescrizioni, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive, subiscono l'immissione *ex lege* nel patrimonio comunale, con il limite del decuplo della superficie abusiva complessiva[32]. L'accertamento dell'inottemperanza attesta il trasferimento della proprietà del bene all'interno del patrimonio pubblico e costituisce il titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione gratuita nei registri immobiliari.

La sanzione in esame, comportando l'estinzione *ex lege* del diritto di proprietà, punisce la condotta di chi disattenda l'ordine di ripristino e funge da deterrente per quanti siano inclini alla commissione di un abuso[33].

A mente di un risalente orientamento della giurisprudenza costituzionale, l'acquisizione al patrimonio comunale della superficie su cui insiste la costruzione abusiva, così come la misura demolitoria che la precede, costituisce la reazione dell'ordinamento al duplice illecito perpetrato da chi, realizzata un'opera abusiva, non ottemperi all'obbligo di demolirla, conformemente al principio secondo cui «*l'ordinamento reagisce, oltre che sulle cose costituenti il prodotto dell'illecito, anche su quelle strumentalmente utilizzate per commetterlo*». La sanzione in commento, autonoma e conseguente all'inottemperanza all'ingiunzione, secondo tale orientamento, sarebbe volta a stimolare il responsabile dell'abuso all'esecuzione della demolizione nel termine fissato, contestualmente escludendo che essa possa colpire il proprietario estraneo all'abuso; diversamente, la sanzione risulterebbe inidonea all'espletamento della funzione di prevenzione speciale in vista della quale è irrogata[34].

Nel caso in esame, la Plenaria, non accogliendo la tesi dell'estraneità della nuda proprietaria all'abuso, ha reputato legittima l'emanazione nei suoi confronti dell'ordinanza di demolizione e dell'atto di acquisizione. Pur essendo l'abuso edilizio imputabile all'attuale usufruttuario, egli ha, successivamente, posto in essere un atto a titolo derivativo in favore della figlia, attuale nuda proprietaria del fondo, che, subentrando nella posizione giuridica del donatario, diviene destinataria dell'obbligo *propter rem* di effettuare la demolizione. Il Comune, in casi siffatti, afferma la Plenaria, ha il dovere di adottare gli atti di cui agli artt. 27 e 31, d.P.R. n. 380 del 2001, così come li avrebbe emanati nei riguardi del dante causa. Se si fosse attivata ai fini del ripristino dell'ordine giuridico compromesso, la nuda proprietaria avrebbe preservato il diritto reale di cui era titolare, a fronte della condotta illecita del responsabile dell'abuso. Avendo poi la stessa ricevuto la notifica dell'ordinanza di demolizione, contenente la precisazione delle conseguenze riconnesse all'omessa ottemperanza, trova applicazione anche nei suoi confronti la regola dell'acquisizione di diritto, decorso il termine di novanta giorni.

[32] Acquisita la proprietà, con ordinanza del dirigente o del responsabile dell'ufficio comunale competente, si procede alla demolizione dell'opera abusiva nonché al ripristino dello stato dei luoghi, a spese dei responsabili dell'abuso, salva l'eccezione prevista al comma quinto del citato art. 31. Su tale ultimo punto, si veda F. Saitta, *La "redenzione dalla colpa". Ovvero della conservazione dell'immobile abusivo, tra giudice amministrativo e giudice penale*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2022, 4, 309 ss.

[33] Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. III, 28 agosto 2017, n. 4146.

[34] Cfr. Corte cost., 15 luglio 1991, n. 345, sulla previsione, analoga rispetto a quella analizzata, di cui all'art. 7, L. n. 47/1985.

La producibilità di effetti traslativi automatici in conseguenza dell'inottemperanza all'ordinanza di demolizione, decorso il termine predetto, è oggetto di uno dei quesiti rimessi all'Adunanza Plenaria. Copiosa giurisprudenza ha avuto già modo di sottolineare l'automaticità dell'effetto traslativo della proprietà originato dall'inottemperanza; in termini più puntuali, il provvedimento di acquisizione costituirebbe l'effetto automatico innescato dall'inottemperanza ad un precedente ordine di ripristino. Sulla scorta di quando evidenziato, l'ordinanza di acquisizione dell'opera abusiva al patrimonio comunale costituirebbe un atto dovuto, privo di discrezionalità, per il quale non è richiesta alcuna specificazione dell'interesse pubblico sotteso all'acquisizione medesima[35].

Alla giurisprudenza favorevole alla qualificazione dell'acquisizione come effetto automatico dell'inottemperanza all'ordine di demolizione[36], si è opposto l'indirizzo, di segno diverso, a mente del quale, in ragione della sua indole afflittiva, la sanzione acquisitiva che si commenta può essere legittimamente irrogata in presenza di un'inottemperanza volontaria all'ingiunzione, protrattasi per oltre novanta giorni, senza che l'interessato abbia dedotto un valido impedimento di fatto ovvero di diritto alla tempestiva demolizione. Tale valutazione dell'elemento psicologico, asseritamente necessaria, precluderebbe la produzione di eventuali automatismi[37]. In senso conforme, parte della dottrina ha valorizzato la volontarietà dell'inottemperanza ai fini della valutazione in ordine alla legittimità del provvedimento di acquisizione[38]. Emblematica del cennato orientamento è la tesi secondo cui la previsione dell'acquisizione di diritto al patrimonio comunale dell'immobile abusivo deve essere interpretata alla luce dei principi generali in materia di adempimento, tenuto conto, segnatamente, del dettato dell'art. 1218, primo comma, Cod. civ., che obbliga il debitore inadempiente al risarcimento del danno, facendo salva la prova della riferibilità dell'inadempimento o del ritardo all'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile allo stesso debitore. Di conseguenza, sull'interessato graverebbe l'onere di denunciare tempestivamente all'Amministrazione l'eventuale causa dell'impossibilità nonché i fatti noti comprovanti la rilevanza del caso concreto[39].

La ricostruzione evocata è stata ripresa e avallata dalla giurisprudenza più recente, stando alla quale l'acquisizione della *res* abusiva è legittima nella misura in cui l'inottemperanza all'ordine di demolizione, che persista da oltre novanta giorni, sia volontaria o colpevole; ovvero l'inerzia dell'interessato sussista in difetto di validi impedimenti di diritto o di fatto alla demolizione. La produzione dell'effetto ablativo sarebbe, quindi, preclusa nelle ipotesi di inottemperanza non volontaria nonché di

[35] Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 7 febbraio 2020, n. 996; Sez. V, 27 aprile 2012, n. 2450; Sez. V, 1° ottobre 2001, n. 5179.

[36] Cfr., *ex multis*, TAR Lazio, Roma, Sez. I, 4 aprile 2011, n. 2930; Tar Toscana, Firenze, Sez. III, 20 gennaio 2009, n. 24.

[37] TAR Liguria, Genova, Sez. I, 21 novembre 2005, n. 1490.

[38] G. Margiotta, *Differenze e conseguenze nella difformità totale e parziale*, in A. Cagnazzo, S. Toschei, F. Tuccari (a cura di), *Sanzioni amministrative in materia di edilizia*, cit., 263.

[39] G. Pagliari, *Corso di diritto urbanistico*, cit., 748. Precisa, inoltre, l'Autore che la causa di impossibilità sospenderebbe il termine di novanta giorni, mentre il suo venir meno determinerebbe l'obbligo dell'interessato di attivarsi, senza un previo atto dell'autorità. Ancora, quanto al profilo della tempestività, la denuncia effettuata a fronte dell'atto accertativo dell'inottemperanza sarebbe tardiva, salva la prova dell'impossibilità di comunicare l'impedimento.

appartenenza dell'area a soggetto estraneo all'illecito edilizio, che non abbia ricevuto la notifica dell'ordine di demolizione[40]. In tal senso, il presupposto essenziale per l'applicazione della sanzione in argomento deve correttamente identificarsi non già nell'inottemperanza all'ordine di demolizione, bensì nella volontaria inottemperanza allo stesso, che perduri da oltre novanta giorni, a far data dalla comunicazione (condotta colpevolmente omissiva).

L'Adunanza Plenaria si approssima alle considerazioni innanzi esposte. Con la pronuncia che si annota, ribadita la natura afflittiva dell'acquisizione gratuita, si esclude la possibilità di adozione dell'atto di immissione delle opere abusive nel patrimonio comunale qualora l'inottemperanza non sia imputabile al destinatario dell'ordine di demolizione per «malattia completamente invalidante». L'onere di fornire la prova relativa incombe, conformemente al principio della vicinanza alla fonte della prova, sullo stesso destinatario dell'ordine di demolizione ovvero, eventualmente, sul suo rappresentante legale. Resta fermo per la Plenaria, in adesione alla tesi della natura dichiarativa dell'atto amministrativo di accertamento e in ossequio alle regole dell'obbligo *propter rem*, che l'acquisto del bene indicato nell'ordinanza di demolizione, allo spirare del termine di novanta giorni, si svolge *ipso iure*[41].

Alla luce della sentenza che si commenta, risulta, dunque, temperata l'inflessibilità dell'indirizzo giurisprudenziale superiormente riportato, sulla scorta del quale l'avocazione alla mano pubblica del manufatto abusivo sarebbe un effetto automatico dell'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione.

Infine, per quanto attiene alle sorti dell'obbligo di demolizione decorsi i novanta giorni fissati per l'adempimento, l'Adunanza Plenaria ne evidenzia la conversione *ex lege* in un obbligo diverso, cioè quello di rimborsare all'Amministrazione le spese sopportate per la demolizione *ex officio* della *res* abusiva (novazione oggettiva dell'obbligo ricadente *propter rem* sull'autore dell'abuso e sui suoi aventi causa). L'obbligo del responsabile, dunque, muta nel tempo. Decorso il termine di esecuzione spontanea dell'ordine demolitorio e immessa l'area interessata dall'abuso nel patrimonio comunale, risulterebbero irragionevole la permanenza dell'obbligo in capo al privato di demolire un bene ormai rientrante nella proprietà dell'Ente e irrilevante il relativo adempimento al fine dell'esclusione dell'illecito.

Si tratta delle medesime valutazioni effettuate dalla Sezione remittente, la quale ha osservato, ancora, che, decorso il termine di novanta giorni, l'interessato conserverebbe comunque l'obbligo di collaborare con l'Amministrazione, in quanto l'adempimen-

[40] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 giugno 2020, n. 2813; Sez. VI, 29 marzo 2019, n. 2100; Sez. VI, 10 settembre 2018, n. 5308. In senso analogo depone anche un più risalante orientamento facente capo alla Corte di Cassazione, che subordina l'automatica acquisizione gratuita dell'immobile al patrimonio del Comune all'inottemperanza «ingiustificata» all'ordine di demolizione della costruzione abusiva, prescindendo dalla notifica all'interessato dell'accertamento formale della mancata ottemperanza. Cfr. Cass. pen., Sez. III, 17 novembre 2009, n. 2912; Sez. III, 8 ottobre 2009, n. 39075.

[41] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 18 maggio 2020, n. 3120; Sez. VI, 25 giugno 2019, n. 4336. Se l'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale identifica, per la prima volta, l'area acquisita ulteriormente al manufatto abusivo, l'ordinanza ha natura parzialmente costitutiva avuto riguardo solo a quest'ultima.

to all'ordine di demolizione, ancorché tardivo, gli consentirebbe di arginare effetti più gravi, quali la privazione dell'area ulteriore rispetto a quella di sedime[42].

4. Segue: la sanzione amministrativa pecuniaria.

La sanzione amministrativa pecuniaria incarna l'archetipo delle sanzioni amministrative. Più precisamente, la sanzione amministrativa, intesa in senso stretto[43], è tendenzialmente assimilata alla sanzione pecuniaria, nella cui struttura si specchierebbe. La sanzione così intesa mira a punire il responsabile dell'illecito tramite l'irrogazione di una pena che, assumendo come riferimento non la condotta, ma il suo autore, punta «alla riprovazione giuridica dell'illecito stesso nonché alla dissuasione dalla reiterazione di comportamenti simili»[44].

Con la l. 11 novembre 2014, n. 164, di conversione del cosiddetto Decreto "Sblocca Italia" (D.L. 12 settembre 2014, n. 133)[45], il contenuto dell'art. 31 del Testo unico in materia edilizia è stato arricchito tramite l'introduzione dei commi 4-*bis*, 4-*ter*, 4-*quater*. Ai sensi del primo comma tra quelli menzionati, con l'atto di accertamento dell'inottemperanza all'ingiunzione a demolire ovvero con successivo atto integrativo autoritativo, l'autorità competente irroga, prontamente, una sanzione amministrativa pecuniaria di importo oscillante tra i 2000 e i 20000 euro. Tale sanzione di carattere personale si affianca a quella reale dell'acquisizione gratuita del manufatto abusivo al patrimonio dell'Ente (entrambe «sanzioni in senso stretto»[46], che muovono dal presupposto dell'accertamento dell'inottemperanza all'ordine demolitorio), spingendo, per tale via, i responsabili alla rimozione dell'abuso.

La sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 31, comma 4-*bis*, risponde all'esigenza di mantenere indenne l'Amministrazione comunale dalle spese di ripristino provenienti da ordinanze di demolizione disattese (in tal senso depone il vincolo di destinazione previsto al comma

[42] Le medesime osservazioni sono effettuate dall'indirizzo giurisprudenziale minoritario che attribuisce natura istantanea all'illecito derivante dell'inottemperanza all'ordine demolitorio, il quale si consumerebbe una volta spirato il termine fissato ai fini della demolizione spontanea. Tale conclusione sarebbe sorretta dalla lettura sistematica della normativa recante la disciplina della materia *de qua*. Cfr. TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 22 gennaio 2020, n. 189; Cons. Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2018, n. 178. Negli stessi termini si è espressa l'Adunanza Plenaria nella sentenza in commento, rilevando la coincidenza tra il momento di consumazione dell'illecito e lo spirare del termine assegnato dall'autorità amministrativa con l'ingiunzione di demolizione. Considerata la persistenza della lesione di valori costituzionalmente presidiati, ai sensi degli artt. 9, 41, 42, 117, Cost. (sino a che non sia ripristinata la legalità violata, tramite il rilascio di un titolo abilitativo o la materiale demolizione delle opere), ritiene, ancora, la Plenaria che l'omessa ottemperanza all'ingiunzione rivesta la peculiare natura di illecito con effetti permanenti.

[43] La sanzione è intesa in senso stretto allorquando l'ordinamento, considerate le ricadute negative sull'ordine pubblico generale scaturenti dalla posizione di una condotta antigiuridica, reagisce attraverso la produzione di un danno al responsabile, prescindendo dall'effettiva ricomposizione dell'interesse che ha subito lesione. In tal senso, M.A. Sandulli, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*, Napoli, 1981; Id., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Profili sostanziali e procedimentali*, Napoli, 1983; E. Rosini, *Sanzioni amministrative*, Milano, 1991.

[44] A. Di Lascio, *Sanzioni amministrative pecuniarie e reali*, in A. Cagnazzo, S. Toschei, F. Tuccari (a cura di), *La vigilanza e la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative*, cit., 574.

[45] Tra gli obiettivi che la riforma del 2014 ha perseguito, per il tramite di una serie di modifiche apportate al d.P.R. n. 380/2001, si annoverano la semplificazione delle procedure edilizie, la riduzione degli oneri gravanti su cittadini e imprese, l'introduzione di nuovi mezzi di agevolazione dell'attività edilizia privata, l'incentivazione di processi di sviluppo sostenibile.

[46] M. A. Sandulli, *Edilizia*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2022, 3, 215.

4-*ter* del medesimo articolo). La *ratio* della riforma del 2014 deve, dunque, rintracciarsi nell'intento di sollevare l'Amministrazione dall'onere economico costituito dalla eliminazione delle opere abusive[47]. In aggiunta, si è osservato che la misura repressiva in argomento sarebbe stata introdotta all'interno del sistema sanzionatorio vigente al fine di indurre il trasgressore alla diretta esecuzione della demolizione, considerate le concrete difficoltà, riscontrate sul piano empirico, che questa implica, sia se svolta dal responsabile sia se svolta d'ufficio[48].

A rafforzare la tesi ora esposta, l'Adunanza Plenaria pone l'accento sulla necessità di potenziare la protezione dei valori tutelati ai sensi degli artt. 9, 41, 42 e 117, Cost., tenuto conto dell'alterazione della funzione sociale della proprietà cagionata dal responsabile dell'illecito.

Tra le questioni che la Sezione remittente sottopone all'Adunanza Plenaria, si inserisce quella afferente all'oggetto della sanzione pecuniaria in argomento: se esso consista nell'abuso edilizio ovvero nell'illecito integrato dall'inottemperanza all'ordine di demolizione. Sul punto, sedimentata giurisprudenza ha, in molteplici occasioni, chiarito che il comma in discorso sottopone a sanzione non la realizzazione dell'abuso edilizio, ma, esclusivamente, la mancata ottemperanza spontanea al provvedimento di demolizione emesso dalla pubblica amministrazione; in altri termini, il disvalore del comportamento punito è l'inottemperanza all'ordine di ripristino legittimamente impartito in reazione ad un accertato abuso edilizio[49].

L'interpretazione fornita dall'Adunanza Plenaria, secondo cui il principio dell'imputabilità dell'illecito omissivo sanziona l'inottemperanza, si pone in linea con la giurisprudenza richiamata. Del resto, depone nel medesimo senso lo stesso tenore letterale della norma esaminata («L'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria»), che istituisce una consequenzialità logica tra la constatazione (previa) della mancata ottemperanza e l'irrogazione (successiva) della sanzione pecuniaria da parte dell'autorità competente.

5. Rilievi conclusivi.

All'esito dell'indagine condotta con il presente lavoro, due risultano i punti fermi:

a) deve escludersi la possibilità di emissione dell'atto di acquisizione delle opere abusive al patrimonio comunale qualora l'inottemperanza non sia imputabile al destinatario dell'ordine di demolizione per «malattia completamente invalidante»;

b) tanto la sanzione pecuniaria introdotta con la riforma del 2014 quanto la sanzione dell'immissione del manufatto abusivo nel patrimonio comunale colpiscono

[47] Cfr. TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 20 marzo 2018, n. 336.

[48] F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 268.

[49] Cfr. TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 12 ottobre 2022, n. 768; TAR Campania, Napoli, Sez. III, 9 dicembre 2020, n. 5940; TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 12 luglio 2016, n. 1105. Nello stesso senso in dottrina, là dove si è affermato che l'abuso edilizio comporta, in qualità di «unica e diretta conseguenza», l'ordine di ripristino, sottratto all'applicazione dei principi e delle regole in materia di misure punitive; diversamente, l'acquisizione gratuita del bene e la sanzione pecuniaria costituiscono sanzioni in senso stretto derivanti dall'inottemperanza, «ciò che riduce a questa seconda fase l'ambito di operatività dei presupposti per l'applicazione delle pene». M. A. Sandulli, voce *Edilizia*, in *Enciclopedia del diritto. I tematici,* cit., 432.

un illecito amministrativo omissivo *propter rem*, distinto dal primo illecito consistente nella realizzazione dell'abuso, che spiega la sua rilevanza anche sul piano penale[50].

Quanto al primo punto, non possono trascurarsi, in conclusione, le perplessità che permangono a fronte di una sentenza dell'Adunanza Plenaria in cui, in punto di declinazione delle cause ostative all'adozione dell'atto di acquisizione al patrimonio dell'Ente locale delle costruzioni realizzate abusivamente, si riferisca esclusivamente alla sussistenza di una patologia invalidante.

In disparte l'osservazione che precede, a noi pare densa di significato la questione afferente alla natura afflittiva ovvero ripristinatoria delle sanzioni trattate, che si ripropone, in senso circolare, in fase di chiusura.

Le misure ripristinatore (sanzionatorie *lato sensu*), diversamente dalle sanzioni afflittive (ispirate ad una logica punitiva)[51], mirano a restaurare, come si è visto, un bene ovvero un interesse che ha subito lesione tramite un'attività di ripristino[52], che, nella materia affrontata, è di tipo materiale, in quanto eventualmente surrogabile da un intervento dell'Amministrazione[53]. Le misure ripristinatorie difettano, inoltre, di contenuto afflittivo, per cui non esigono l'integrazione dell'elemento soggettivo[54].

L'indole afflittiva della sanzione ha costituito l'argomento dirimente per concludere nel senso della rilevanza della volontarietà dell'inottemperanza all'ordine demolitorio al fine dell'applicazione della misura di cui all'art. 31, comma 3, e nel senso, ancora, dell'assoggettamento alla sanzione di cui al comma 4-*bis* del medesimo articolo dell'illecito integrato dalla stessa inottemperanza. Più puntualmente, ha ritenuto l'Adunanza Plenaria che, in considerazione della natura afflittiva dell'immissione gratuita e della sanzione pecuniaria ad essa correlata[55], trovi applicazione in materia «il principio per il quale deve esservi l'imputabilità dell'illecito omissivo della mancata ottemperanza».

La Plenaria, in tal modo, si discosta dall'orientamento giurisprudenziale precedente, a mente del quale la sanzione pecuniaria di cui all'art. 31, comma 4-*bis*, d.P.R. n. 380/2001, presenterebbe natura ripristi-

[50] Sul rapporto tra processo amministrativo e processo penale in materia, si veda F. Francario, *Illecito urbanistico o edilizio e cosa giudicata. Spunti per una ridefinizione della regola del rapporto tra processo penale ed amministrativo*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2015, 4, 99 ss.

[51] Tale *species* è stata definita, in particolare, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che ha concorso alla delineazione di uno «statuto di regole fondato su garanzie convenzionali di natura sostanziale e processuale (artt. 6 e 7)». Precisamente, i criteri per l'identificazione della categoria di sanzioni in argomento sono costituti: «*i*) dalla qualificazione giuridica dell'illecito; *ii*) dalla natura dell'illecito, desunta dall'ambito di applicazione, di carattere generale, della norma che lo prevede (deve essere rivolto alla generalità dei consociati) e dallo scopo perseguito che deve essere non risarcitorio ma afflittivo; *iii*) dal grado di severità della sanzione, che è determinato con riguardo alla pena massima prevista dalla legge applicabile e non di quella concretamente applicata». In tal senso, Cons. Stato, Sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7699, con espresso riferimento a Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Bassi.

[52] M. A. Sandulli, voce *Sanzione, IV) Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992, 2.

[53] C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, 43. In altri termini, come efficacemente chiarito da granitica giurisprudenza, si tratta di misure preordinate «alla soddisfazione diretta dell'interesse pubblico specificamente pregiudicato dalla violazione». Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 26 luglio 2017, n. 3694; TAR Campania, Napoli, Sez. V, 7 luglio 2023, n. 4099.

[54] M. Lunardelli, *Sanzioni e misure ripristinatorie: una rivalutazione del pensiero di Feliciano Benvenuti*, cit., 190.

[55] In dottrina, la natura afflittiva nonché tipicamente sanzionatoria delle misure menzionate è stata reputata innegabile; il carattere tipicamente sanzionatorio delle medesime risulterebbe dalla stessa applicazione dei cosiddetti «Engel criteria» (nota 52). M.A. Sandulli, voce *Edilizia*, in *Enciclopedia del diritto. I tematici,* cit., 412.

natoria[56]. A cagion d'esempio, la sentenza in commento è successiva di qualche mese rispetto alla pronuncia n. 3670/2023, in cui la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha rimarcato il fine ripristinatorio e non afflittivo cui, in linea di principio, sarebbero ispirate le sanzioni edilizie, escludendo, lungo tale direzione, l'applicabilità alle medesime del divieto di retroattività[57].

Il riconoscimento alla sanzione pecuniaria di cui all'art. 31, comma 4 *bis*, di una valenza afflittiva, operato dall'Adunanza Plenaria, ne determina una sostanziale assimilazione alle sanzioni penali. Il principale corollario delle riflessioni svolte è costituito dall'applicazione in materia, tra gli altri, del principio della irretroattività delle norme sanzionatorie sfavorevoli e retroattività delle norme sanzionatorie favorevoli. Come parimenti rilevato in dottrina, la sanzione pecuniaria condivide il suo carattere afflittivo con la sanzione penale, da cui, tuttavia, si discosta in ragione della fisiologica attinenza alla sfera dei rapporti tra Amministrazione e cittadino, là dove la sanzione penale pertiene a violazioni connotate da gravità maggiore, tali da coinvolgere interessi generali facenti capo alla società[58].

Conclusivamente, ferma restando la condivisibilità delle considerazioni effettuate dall'Adunanza Plenaria in merito al carattere afflittivo connaturato alle sanzioni analizzate, non può omettersi di richiamare, in questa sede, la rilevata evoluzione delle misure ripristinatorie, in materia urbanistico-edilizia (dall'art. 32, l. 17 agosto 1150, n. 1942 al sistema disciplinato dagli artt. 27-36, d.P.R. n. 380/2001), avvenuta all'insegna dell'inasprimento dei relativi procedimenti nonché della sovrapposizione culturale dei medesimi con il modello sanzionatorio[59]. Ciò ha sicuramente alimentato la riduzione delle distanze esistenti tra le categorie ora esaminate.

Cristina Fragomeni

[56] In tal senso, le già menzionate TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 20 marzo 2018, n. 336; TAR, Campania, Napoli, Sez. III, 28 agosto 2017, n. 4146. In tali pronunce, il riconoscimento della natura ripristinatoria della sanzione di cui all'art. 31, comma 4 *bis*, d.P.R. n. 380/2001, conduce ad escludere l'operabilità di una riduzione del relativo importo ai sensi dell'art. 16, L. n. 689/1981, che sarebbe stata ammessa nella differente ipotesi di adesione alla tesi della natura punitiva della sanzione medesima.

[57] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3670.

[58] A. Di Lascio, *Sanzioni amministrative pecuniarie e reali*, cit., 575.

[59] C. Gabbani, *La logica dei provvedimenti ripristinatori*, cit., 951-952.

3. 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)

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].

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.

[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 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*.

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 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 ri-

[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*.

[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.

connette 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.

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 que-

[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.

sto 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, 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 ogget-

[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*, *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*.

to 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 il danno da lesione dell'affidamento su un provvedimento favorevole poi annullato, la colpa dell'amministrazione può essere

[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 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.

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.

Proprio tali circostanze di fatto, secondo il Consiglio di Stato, hanno determinato l'inescusabilità dell'errore commesso dall'Amministrazione in sede istruttoria, al

[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*.

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 stata condannata *ex* art. 1227, comma 1 c.c. a risarcire soltanto per metà il danno subito

[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.

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).

Silia Gardini

4. Abusi edilizi e autotutela: l'onere della prova in capo al privato. Nota a Cons. Stato, II, 1 febbraio 2024, n. 1016

Sommario: 1. I fatti: il rilascio del permesso di costruire, l'annullamento in autotutela, l'ordine di demolizione. La *quæstio* giuridica all'esame del Consiglio di Stato. – **2.** L'autotutela: il modello generale dell'annullamento d'ufficio. – **3.** Le peculiarità dell'autotutela edilizia. – **4.** L'annullamento d'ufficio del permesso di costruire a fronte della falsa – o incerta – rappresentazione della realtà: l'onere della prova procedimentale. – **5.** Il principio di vicinanza della prova: rilievo processuale e, prima ancora, procedimentale.

1. I fatti: il rilascio del permesso di costruire, l'annullamento in autotutela, l'ordine di demolizione. La *quæstio* giuridica all'esame del Consiglio di Stato.

Nella sentenza in commento, il Consiglio di Stato si pronuncia in merito all'impugnazione, da parte del ricorrente, del provvedimento di annullamento d'ufficio del permesso di costruire precedentemente rilasciatogli dall'Amministrazione comunale e della conseguente ordinanza di demolizione dei manufatti ritenuti abusivi dalla stessa p.a.

Questi i fatti.

Il privato chiedeva al Comune il rilascio di un permesso di costruire piuttosto curioso: un p.d.c. «*per presa d'atto*», in modo da «*acquisire una legittimazione postuma di una serie di modiche apportate alle predette unità e certamente risalenti a tempo immemorabile e comunque a prima del 1942*»[1]. In quella istanza, il privato dichiarava, dunque, che gli immobili che intendeva regolarizzare erano stati così realizzati prima del 1942, ovvero prima dell'adozione della legge urbanistica fondamentale – la l. n. 1150/1942 – e, dunque, prima che fosse necessario un qualsivoglia titolo edilizio per la loro edificazione. Il permesso, pertanto, chiesto il 29 aprile 2016, era rilasciato il 14 luglio 2016.

La vicenda, probabilmente, non avrebbe avuto ulteriori sviluppi se non si fosse aperto – poco prima dell'istanza stessa – un procedimento parallelo di verifica dello stato dei luoghi, sollecitato dalla confinante controinteressata.

Era infatti accaduto che l'anno precedente, nel 2015, quello stesso privato avesse presentato al Comune una SCIA e – di poi,

[1] È quanto contenuto nel ricorso di parte, come mostra la sentenza di primo grado, Tar Puglia, Lecce, I, 15 giugno 2021, n. 926.

nell'arco dello stesso 2016 – una serie di C.I.L. in relazione ad alcuni manufatti localizzati in altra parte di quegli stessi immobili. L'Amministrazione comunale, effettuati i relativi sopralluoghi, avrebbe poi emanato una ordinanza di demolizione di quei manufatti, ritenuti abusivi, e, al contempo, aperto un procedimento di verifica del seguente permesso di costruire del 2016.

Il Comune aveva infatti notato – tra le altre cose – che tra la planimetria allegata alla SCIA del 2015 e quella allegata all'istanza di p.d.c. del 2016 c'erano discrete incongruenze le quali lasciavano intendere che tra il 2015 e il 2016 fossero state realizzate opere abusive che, poi, l'istante avrebbe voluto sanare tramite il permesso di costruire per «*presa d'atto*», retrodatando la planimetria al periodo *ante* 1942.

Prima di giungere all'esito del procedimento di autotutela sul permesso di costruire, l'Amministrazione comunale sollecitava più volte il privato a chiarire e attestare – comprovandola agli atti – la risalenza delle opere al periodo antecedente al 1942: stante l'assenza di un qualunque riscontro, la conclusione del procedimento diventava pressoché obbligata nel senso dell'annullamento d'ufficio del permesso di costruire precedentemente rilasciato[2].

Il provvedimento era pertanto oggetto d'impugnazione al Tar, che rigettava il ricorso sulla scorta della seguente motivazione: «secondo la giurisprudenza amministrativa l'onere di provare la data di realizzazione dell'immobile abusivo spett(a) a colui che ha commesso l'abuso e ... solo la deduzione, da parte di quest'ultimo, di concreti elementi – i quali non possono limitarsi a sole allegazioni documentali a sostegno delle proprie affermazioni – trasferisce il suddetto onere di prova contraria in capo all'amministrazione»; sicché «il soggetto che contesta la legittimità dell'ordinanza sindacale di demolizione di un manufatto abusivo ha l'onere di fornire per lo meno un principio di prova in ordine al tempo di ultimazione di quest'ultimo, se asserisce che è stato realizzato prima della legge n. 1150/'42 (nel centro abitato), ossia quando per tali tipi di

[2] Questa la motivazione del provvedimento *ex* art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990:
'è stato disposto (…) l'avvio di procedimento amministrativo finalizzato alla verifica di legittimità del Permesso di Costruire n. 61/2016 (del) 14 luglio 2016 in quanto la consistenza dichiarata risulta essere superiore e diversa rispetto a quella indicata come stato di fatto nella SCIA n. 3/2015' (…)
- in data 17 ottobre 2018, prot. n. 0054634, questo Ufficio ha inoltrato un primo sollecito, alle parti, a voler dimostrare l'effettiva consistenza e l'appartenenza degli ambienti che costituiscono incongruenza tra gli elaborati allegati alla SCIA n. 3/2015 e il PdC n. 61/2016;
- in data 14 febbraio 2019, prot. n. 0008834, questo Ufficio ha inoltrato un secondo sollecito, alle parti, a dare riscontro a richiesto con la precedente nota;
Dato atto che non risultano pervenute risposte dalle parti interessate.
Considerato: - che il titolo edilizio (PdC n. 61/2016 del 14 luglio 2016), per la connotazione particolare 'per presa d'atto' di immobile già esistente, necessariamente basa il suo presupposto principale sulla specifica attestazione delle parti aventi titolo in merito alla sua consistenza planivolumetrica e, susseguentemente, alla verifica da parte dell'ufficio, con riferimento alle caratteristiche tipologiche costruttive dell'immobile ed ai riscontri cartografici in atti; - che il mancato riscontro del richiedente, più volte sollecitato, fa venire meno il suddetto presupposto principale ai fini della validità del PdC n. 61/2016 … a maggior ragione in presenza di altro titolo edilizio (SCIA n. 3/2015) - sempre a nome dello stesso richiedente - che presenta la stessa porzione di immobile in modo differente nella sua consistenza; - che alla luce delle considerazioni sopra riportate, fatta salva ogni valutazione in merito, sugli aventi titolo per la porzione di immobile in argomento, e/o sulle interconnessioni con altri procedimenti urbanistico - edilizi in itinere, sempre riferiti all'immobile in argomento, appare inconfutabile la mancata puntuale definizione della effettiva consistenza dell'immobile oggetto del PdC n. 61/2016.
(…)
Determina l'annullamento del Permesso di Costruire…».

costruzione non era prescritta alcuna licenza edilizia»[3].

Non dandosi per vinto, il privato-ricorrente proponeva appello: il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, confermava la decisione del Tar in tutti i suoi aspetti, rilevando che la pur articolata ricostruzione dei fatti e degli interventi edilizi operata dall'appellante «non contrasta in alcun modo il ragionamento svolto dal primo giudice, ancorato ad una pluralità di elementi che risultano correttamente desunti e condivisibili».

La questione giuridica concerne, dunque, il rapporto tra privato e p.a. in relazione all'onere della prova nel caso di abusi edilizi: posto che, come si vedrà, vige granitico il principio per cui spetta al privato l'onere di provare che gli interventi edilizi *sine titulo* sono risalenti a un torno di tempo anteriore al 1942 (così legittimandone l'esecuzione priva di titoli abilitativi di sorta), fino a che punto quest'onere può spingersi, alla luce dei principi di correttezza e buona fede nel rapporto con la p.a.?

2. L'autotutela: il modello generale dell'annullamento d'ufficio.

Il tema che sta sullo sfondo della vicenda concerne l'esercizio del potere di autotutela – nella forma dell'annullamento d'ufficio – in materia edilizia.

È ben noto l'assetto generale del potere sancito – dal 2005 – dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990. Solo per ripercorrere *per apicibus* la sua parabola evolutiva[4], basterà ricordare che in origine il potere di annullare d'ufficio i propri provvedimenti era considerato attributo immanente e permanente del più generale potere-dovere della p.a. di curare l'interesse pubblico. La natura giuridica del potere medesimo – se fosse espressione del potere originario di provvedere (e ri-provvedere, seppur in senso demolitorio) sul medesimo interesse pubblico; o se, viceversa, fosse espressione di un potere proprio di "annullamento" – erano questioni, tutto sommato, orbitanti rispetto alla certezza che annullare d'ufficio gli atti, motivatamente e in misura proporzionata, fosse comunque un potere immanente nella pubblica Amministrazione, che non necessitava d'esser sancito legislativamente.

L'ancoraggio al dato normativo è avvenuto, come anticipato, nel 2005, interpolando nella legge generale sul procedimento amministrativo alcune disposizioni

[3] Cfr. i rinvii giurisprudenziali a Tar Puglia, Lecce, I, 21 luglio 2020, n. 767; v. anche Cons. Stato, II, 5 febbraio 2021, n. 1109 e 8 maggio 2020, n. 2906, secondo cui «è a carico esclusivamente del privato l'onere della prova in ordine alla data della realizzazione dell'opera edilizia al fine di poter escludere al riguardo la necessità di rilascio del titolo edilizio (…) Tale onere discende attualmente dagli articoli 63, comma 1, e 64, comma 1, c.p.a. in forza dei quali spetta al ricorrente l'onere della prova in ordine a circostanze che rientrano nella sua disponibilità».

[4] La bibliografia sul punto è ovviamente sterminata. Sia sufficiente qui ricordare le ricostruzioni di M. Immordino, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 337 ss. Sulle problematiche sollevate dall'istituto dell'annullamento, cfr. anche S. D'Ancona, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015. Sulle incongruenze della disciplina della revoca, P.L. Portaluri, *Note sull'autotutela dopo la legge 164/14 (qualche passo verso la doverosità?)*, in *Federalismi.it*, 2014; su una lettura dei poteri di autotutela demolitoria che consente di trovare tratti comuni tra revoca e annullamento d'ufficio, A. Gualdani, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016. Si v. anche M. Allena, *L'annullamento d'ufficio*, Napoli, 2017. Per il profilo europeo sia consentito il rinvio anche a C. Napolitano, *Autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018; da ultimo, M. Giavazzi, *Legalità, certezza del diritto e autotutela: riflessioni sulla funzionalizzazione dell'annullamento d'ufficio all'effet utile*, in *Ceridap*, n. 4/2020.

sull'autotutela esecutiva (art. 21-*ter*) e altre sull'autotutela decisoria (art. 21-*quinquies* e 21-*nonies* in particolare, ma anche art. 21-*quater* concernente la sospensione del provvedimento): sono gli anni di una rinnovata attenzione al principio di legalità, ed è dunque essenziale che il potere non sia più immanente, ma espressamente regolato da disposizioni di legge, a tutela anche (o forse, soprattutto) del privato che ne subisce gli effetti giuridici[5].

Ne deriva una formulazione della norma che restituisce un potere ancora fortemente discrezionale[6]: l'Amministrazione può decidere *se* aprire un procedimento di annullamento d'ufficio di un proprio precedente provvedimento illegittimo[7]; *quando* farlo[8]; *se* annullare o meno[9]. Sono pochissime le ipotesi di *Reduzierung auf Null* della discrezionalità, generalmente ricondotte al diritto europeo e ad altre scarne evenienze nelle quali il mantenimento in vita del provvedimento illegittimo è «semplicemente insopportabile» (*unerträglich*)[10].

---

[5] V. in proposito, B.G. Mattarella, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1223 ss.; F. Francario, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Federalismi.it*, n. 20/2015.

[6] Si ricorda la primigenia formulazione dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990: «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».

[7] È granitico l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il potere di annullamento d'ufficio non può essere coartato dal privato, il quale – laddove l'Amministrazione non dia corso alla sua istanza – non potrà trovare tutela avverso il silenzio inadempimento della p.A., non configurandosi un obbligo di procedere e, dunque, un silenzio inadempimento: «Non sussiste in capo all'Amministrazione l'obbligo di pronunciarsi in maniera esplicita sull'istanza del privato diretta a sollecitare l'esercizio del potere di autotutela su un diniego di condono reso in ragione delle caratteristiche con il sito protetto e del conseguente parere negativo della Soprintendenza. Il potere di autotutela è infatti incoercibile dall'esterno attraverso l'istituto del silenzio-inadempimento ai sensi dell'art. 117 c.p.a., salvo i casi normativamente stabiliti di autotutela doverosa e casi particolari legati ad esigenze conclamate di giustizia» (*ex multis*, Cons. Stato, VI, 6 aprile 2022, n. 2564).

[8] Il rapporto tra annullamento d'ufficio e decorso del tempo, prima della sua formalizzazione in un lasso temporale specifico, era dettato esclusivamente dalla possibilità di ritenere consolidato l'affidamento legittimo del privato (per uno spaccato rispetto alla norma vigente all'epoca, F. Caringella, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 425 ss.). Per la giurisprudenza, sempre nell'applicazione della norma ratione temporis vigente, « L'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole; il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consuma peraltro il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio; l'onere motivazionale gravante sull'Amministrazione può ritenersi attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati» (Cons. Stato, VI, 20 settembre 2021, n. 6405 su fattispecie anteriore alla riforma normativa del 2015).

[9] Il potere di annullamento d'ufficio è ampiamente discrezionale nel merito, tanto da richiedere una motivazione spesso accurata in relazione all'interesse pubblico – concreto e attuale, diverso dal mero ripristino della legalità violata – da proteggere e alla sua prevalenza rispetto al contrario affidamento del privato. Per esempio, Cons. Stato, VI, 28 dicembre 2021, n. 8641: «I presupposti dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio dei titoli edilizi sono costituiti dall'originaria illegittimità del provvedimento, dall'interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione (diverso dal mero ripristino della legalità violata), tenuto conto anche delle posizioni giuridiche soggettive consolidate in capo ai destinatari; l'esercizio del potere di autotutela è dunque espressione di una rilevante discrezionalità che non esime, tuttavia, l'Amministrazione dal dare conto, sia pure sinteticamente, della sussistenza dei menzionati presupposti: in ambito edilizio la motivazione esigibile deve essere integrata dall'allegazione del vizio che inficia il titolo edilizio, dovendosi tenere conto, per il resto, del particolare atteggiarsi dell'interesse pubblico in materia di tutela del territorio e dei valori che su di esso insistono, che possono indubbiamente essere prevalenti, se spiegati, rispetto a quelli contrapposti dei privati, nonché dall'eventuale negligenza o malafede del privato che ha indotto in errore l'Amministrazione».

[10] Si tratta della nota giurisprudenza derivante da Corte giust. UE, *i-21 Germany GmbH (C-392/04) and Arcor AG & Co. KG (C-422/04) v Bundesrepublik Deutschland*, 19 settembre 2006, che fa applicazione dell'art. 48 VwVfG. L'orientamento fu fatto proprio da una pronuncia rimasta isolata (peraltro in tema di edilizia): TRGA Trento, 16 dicembre 2009, n. 305, in *Giur. merito*, n. 5/2010, su cui v. A. Cassatella, *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?*, in *Foro amm. TAR*, n. 3/2010, pp. 802 ss.

Senonché, dal 2011 in poi l'esigenza di reagire alla crisi economica attraverso un'adeguata politica di incentivazione degli investimenti, tale da rendere il Paese più appetibile, ha, coerentemente, indotto il legislatore a rivedere la disciplina dell'autotutela sugli atti amministrativi incidenti sull'esercizio delle attività economiche, spingendolo a prestare sempre maggiore attenzione alla tutela dell'affidamento determinato dal conseguimento dei titoli abilitativi. In quest'ottica, i successivi interventi legislativi si sono mossi nella logica di dare maggior fiducia agli investitori. In particolare, la l. 11 novembre 2014, n. 164 (di conversione del d.l. 11.9.2014, n. 133, c.d. decreto Sblocca Italia) e poi, soprattutto, la l. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. legge Madia) e i suoi decreti attuativi (in particolare cc.dd. SCIA-1 e SCIA-2), si sono mossi in una logica – per un verso – di semplificazione amministrativa, ampliando la possibilità di ottenere titoli abilitativi *per silentium* o sulla base di un mero decorso temporale a fronte della presentazione di autocertificazioni; per altro verso, di irrigidimento dei poteri di autotutela, limitati fortemente nei presupposti ma soprattutto nell'arco temporale d'esercizio[11].

Sicché, l'annullamento d'ufficio ha, sì, mantenuto una dimensione discrezionale, restando tuttavia confinato alle sole ipotesi di provvedimenti illegittimi sotto il profilo sostanziale e comunque limitato nel tempo a 18 mesi dall'adozione di quei provvedimenti, oltre i quali v'è una prevalenza automatica dell'affidamento legittimo del privato e il provvedimento autorizzatorio non è più annullabile[12]. Nondimeno, il termine d'esercizio del potere è stato ulteriormente abbreviato[13]: 12 mesi, nell'attuale formulazione normativa, frutto del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (c.d. decreto Semplificazioni-*bis*). È peraltro in cantiere un nuovo d.d.l. Semplificazioni, il cui schema è stato sottoposto al Consiglio dei Ministri il 26 marzo

[11] M.A. Sandulli, *Autotutela*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2016. La limitazione temporale dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio ha ripercussioni singolari sulla SCIA, nella quale il decorso del termine – stante una certa mobilità del *dies a quo* – è di per sé incerto, non essendovi estranee neanche vicende nelle quali il privato abbia segnalato uno stato dei fatti non veritiero: sul punto v., da ultimo, P. Otranto, *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)*, in questa *Rivista*.

[12] *Ex multis*, Tar Campania, VIII, 02 novembre 2020, n. 4956: «Con riguardo ai titoli edilizi, i presupposti per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio devono rispondere ai requisiti di legittimità codificati nell'art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990, consistenti nell'illegittimità originaria del titolo e nell'interesse pubblico concreto e attuale alla sua rimozione, diverso dal mero ripristino della legalità, da compararsi con i contrapposti interessi dei privati, entro un termine ragionevole, termine che l'art. 6, l. n. 124 del 2015 ha da ultimo fissato in diciotto mesi. Pertanto, nonostante l'esercizio del potere di autotutela sia espressione di rilevante discrezionalità, l'Amministrazione non è comunque esentata dal dare conto, sia pure sinteticamente, della sussistenza dei summenzionati presupposti».

[13] Ci si limita a segnalare la forte abbreviazione del termine in era Covid-19. Il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 ha infatti disposto (con l'art. 264, comma 1 lettera b) che «Al fine di garantire la massima semplificazione, l'accelerazione dei procedimenti amministrativi e la rimozione di ogni ostacolo burocratico nella vita dei cittadini e delle imprese in relazione all'emergenza COVID-19, dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2020: [...] b) i provvedimenti amministrativi illegittimi ai sensi dell'art. 21-*octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, adottati in relazione all'emergenza Covid-19, possono essere annullati d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro il termine di tre mesi, in deroga all'art. 21-nonies comma 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Il termine decorre dalla adozione del provvedimento espresso ovvero dalla formazione del silenzio assenso. Resta salva l'annullabilità d'ufficio anche dopo il termine di tre mesi qualora i provvedimenti amministrativi siano stati adottati 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, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali, ivi comprese quelle previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445».

2024, per cui il termine d'esercizio del potere di annullamento d'ufficio sarà ridotto ulteriormente a 6 mesi[14].

L'unica eccezione alla (sempre maggiore) perentorietà del termine sta nella possibilità che il privato non sia effettivamente titolare di un affidamento *legittimo* meritevole di tutela sulla stabilità del titolo abilitativo per aver egli stesso dolosamente o colposamente indotto in errore l'Amministrazione o aver dato falsa o mendace rappresentazione della realtà: lo stabilisce il comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, in base al quale «i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, 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». La disposizione, per il vero non particolarmente perspicua[15], ha dato la stura a un corposo orientamento giurisprudenziale che – spesso proprio in materia edilizia – legittima il potere di autotutela "tardivo" dell'Amministrazione a fronte di false rappresentazioni della realtà da parte del privato senza che neanche sia richiesto l'accertamento penale[16].

3. Le peculiarità dell'autotutela edilizia.

Ora, il modello generale di autotutela (nel senso dell'annullamento d'ufficio) – pur se fortemente ridimensionato nei tempi d'esercizio – è comunque basato su un ampio potere discrezionale dell'Amministrazione, che trova limite nell'affidamento del

[14] Cfr. Schema di disegno di legge recante disposizioni per la semplificazione e la digitalizzazione dei procedimenti in materia di attività economiche e di servizi a favore dei cittadini e delle imprese, approvato dal Consiglio dei Ministri del 26 marzo 2024 (alla pagina: *http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/sche/schema-ddl-semplificazione-cdm-26-marzo-2024.pdf*) e relativa Relazione illustrativa (alla pagina: *http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/rela/0000/relazione-illustrativa-26-marzo-ddl-semplificazioni-cdm.pdf*) e Relazione tecnica (alla pagina: *http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/rela/0000/relazione-tecnica-ddl-semplificazioni-26-marzo-2024_--002-.pdf*).

[15] Si è molto discusso sul valore del mendacio e del falso, sulle figure di reato contemplate, sulla necessità di una sentenza penale di condanna per l'accertamento del reato. Tra tutti si v. M.A. Sandulli, *Poteri di autotutela della pubblica Amministrazione e illeciti edilizi*, in *Federalismi.it*, n. 14/2015.

[16] Per esempio, Tar Campania, VII, 2 marzo 2023, n. 1337: «La falsa rappresentazione dei fatti da parte del privato, configurabile anche in presenza, come nella specie, del solo silenzio su circostanze rilevanti, comporta l'inapplicabilità del termine di diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio introdotto, nell'art. 21-nonies, l. n. 241/1990, dall'art. 6, l. 7 agosto 2015 n. 124, senza che, a tal fine, sia neppure richiesto alcun accertamento processuale penale»; oppure Tar Lazio, Latina, I, 21 ottobre 2022, n. 807: «La falsa rappresentazione dei fatti da parte del privato, che comporta l'inapplicabilità del termine di diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio, si configura quando l'erroneità dei presupposti del provvedimento non è imputabile (neppure a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ma esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave) del privato, dato che anche sul cittadino incombe pur sempre un obbligo di comportamento corretto ed in buona fede in adempimento dei doveri di solidarietà imposti dall'art. 2 Cost. Non sussistono, tuttavia, significativi profili di colpa grave ovvero di dolo del privato quando: da un lato, i non perspicui riferimenti normativi ben possono giustificare un'imprecisa ricostruzione dei requisiti posseduti; dall'altro lato, in presenza di inequivoca indicazione da parte dell'interessata, nonostante la consapevolezza dell'insufficienza del titolo la P.A. lascia trascorrere del tempo, così da far maturare un più che plausibile affidamento sulla validità del percorso seguito (nella specie, è stata ritenuta conseguenza di errore materiale la compilazione della domanda di condono nel 1986, laddove si è indicato come a uso 'attività sportiva' un manufatto di fatto utilizzato per 'attività commerciale', trattandosi di circostanza facilmente verificabile in ogni momento dall'Amministrazione e comunque nella specie corretta dall'istante nel 2009)».

privato (laddove legittimo) e spinge la p.A. a dover minuziosamente motivare il suo atto di secondo grado per giustificarne gli effetti giuridici demolitori.

Rispetto a questo quadro, l'autotutela edilizia presenta due peculiarità:

- la possibilità di motivazione affievolita (c.d. interesse pubblico *in re ipsa*);
- per certe fattispecie, la doverosità.

Il distacco sotto il primo profilo rispetto al modello generale è prefigurato – seppur prudentemente – dall'Adunanza Plenaria n. 7/2018[17]: pronunciatasi su una fattispecie anteriore all'introduzione del termine di 18/12 mesi (profilo che dunque resta fuori da quanto adesso si dirà), la Plenaria ha offerto un archetipo dell'autotutela edilizia piuttosto rigoroso.

Anzitutto, la motivazione.

Pur non aderendo supinamente alla teoria della motivazione *in re ipsa*[18], il Collegio sostiene che l'obbligo di motivazione del provvedimento di annullamento d'ufficio di un titolo edilizio è senz'altro attenuato in ragione dei peculiari e rilevanti interessi pubblici sottesi all'adozione di un simile provvedimento[19].

[17] Si rinvia in proposito ai commenti di E. Zampetti, *Osservazioni a margine della Plenaria n. 8 del 2017 in materia di motivazione nell'annullamento d'ufficio*, in *Riv. giur. ed.*, n. 2/2018, 404 ss.; 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.*, n. 5/2017, 1103B; 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.*, n. 2/2018, 730 ss.; C. Pagliaroli, *La motivazione del provvedimento di annullamento in autotutela di concessione edilizia in attesa della pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria*, in *Riv. giur. ed.*, n. 2/2017, 379 ss.; Id., *La "storia infinita" dell'annullamento d'ufficio dei titoli edilizi: nessun revirement da parte dell'Adunanza plenaria*, in *Riv. giur. ed.*, n. 1/2018, 92 ss.

[18] Ad. Plen., n. 8/2017: «In base a un primo orientamento, allo stato maggioritario, l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio illegittimo (in specie se rilasciato in sanatoria) risulta *in re ipsa* correlato alla necessità di curare l'interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata. Ciò, in quanto il rilascio stesso di un titolo illegittimo determina la sussistenza di una permanente situazione *contra ius*, in tal modo ingenerando in capo all'amministrazione il potere-dovere di annullare in ogni tempo il titolo edilizio illegittimamente rilasciato. […] questa Adunanza plenaria ritiene che le generali categorie in tema di annullamento *ex officio* di atti amministrativi illegittimi trovino applicazione (in assenza di indici normativi in senso contrario) anche nel caso di ritiro di titoli edilizi in sanatoria illegittimamente rilasciati, non potendosi postulare in via generale e indifferenziata un interesse pubblico *in re ipsa* alla rimozione di tali atti. Conseguentemente, grava in via di principio sull'amministrazione (e salvo quanto di seguito si preciserà) l'onere di motivare puntualmente in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione dell'atto, tenendo altresì conto dell'interesse del destinatario al mantenimento dei relativi effetti».

[19] Ad. Plen., n. 8/2017, cit.: «È ora possibile […] domandarsi se l'onere motivazionale comunque gravante sull'amministrazione nel caso di annullamento in autotutela del titolo edilizio in precedenza adottato possa restare in qualche misura attenuato in ragione della rilevanza degli interessi pubblici tutelati. Al quesito deve essere fornita risposta in senso affermativo alla luce della pregnanza degli interessi pubblici sottesi alla disciplina in materia edilizia e alla prevalenza che deve essere riconosciuta ai valori che essa mira a tutelare. Vero è infatti che – per le ragioni dinanzi esposte – il decorso del tempo onera l'amministrazione che intenda procedere all'annullamento in autotutela di un titolo edilizio illegittimo di motivare puntualmente in ordine alle ragioni di interesse pubblico sottese all'annullamento e alla valutazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. È parimenti vero, però, che tale onere motivazionale non muta il rilievo relativo da riconoscere all'interesse pubblico e la preminenza che deve essere riconosciuta al complesso di interessi e valori sottesi alla disciplina edilizia e urbanistica. Si pensi (e solo a mo' di esempio) al titolo edilizio illegittimamente rilasciato in area interessata da un vincolo di inedificabilità assoluta o caratterizzata da un grave rischio sismico: in tali ipotesi la motivazione dell'atto di ritiro potrà essere legittimamente fondata sul richiamo all'inderogabile disciplina vincolistica oggetto di violazione, ben potendo tale richiamo assumere un rilievo preminente in ordine al complesso di interessi e di valori sottesi alla fattispecie. Nelle ipotesi di maggiore rilievo, quindi (e laddove venga in rilievo la tutela di preminenti valori pubblici di carattere - per così dire - 'autoevidente'), l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate le quali normalmente possano integrare le ragioni di interesse pubblico che depongono nel senso dell'esercizio del *ius poenitendi*. Non pare quindi condivisibile la tesi (talora affermata dalla giurisprudenza anche di questo Consiglio) secondo cui, anche in sede di motivazione dell'annullamento in autotutela di titoli edilizi illegittimi, occorrerebbe riconoscere maggiore rilevanza all'interesse dei privati destinatari dell'atto ampliativo e minore

Ma lo è ancor di più laddove l'illegittimità sia stata provocata dalla falsa rappresentazione della realtà da parte del privato (o costui abbia contribuito a falsarla, non contraddicendo l'Amministrazione ma restando inerte davanti a un suo errore): non essendoci alcun legittimo affidamento da proteggere e da bilanciare con gli interessi pubblici[20].

Quanto, poi, al profilo della doverosità: la norma speciale sull'autotutela edilizia (art. 39, d.P.R. n. 380/2001) e una certa lettura giurisprudenziale dell'art. 21-*nonies* configurano il potere di annullamento d'ufficio come *doveroso* in quanto espressione – più che di una potestà discrezionale – di un potere di vigilanza sull'edificazione corretta del territorio[21].

4. L'annullamento d'ufficio del permesso di costruire a fronte della falsa – o incerta – rappresentazione della realtà: l'onere della prova procedimentale.

S'è visto che l'annullamento d'ufficio del titolo abilitativo edilizio è senz'altro agevolato – quanto meno sotto il profilo motivazionale, oltre che rispetto al lasso temporale d'esercizio – quando non vi sia un ragionevole convincimento sulla stabilità del titolo da parte del privato: ciò accade, appunto, quando dai documenti – nonché dal contegno di questi – sia evincibile una mistificazione dello stato di fatto.

Non bisogna dimenticare che, sullo sfondo della vicenda qui in commento, campeggiano i principi di correttezza, collaborazione e buona fede che governano ormai pacificamente il rapporto amministrativo, codificate all'art. 1, comma 2-*bis*, l. n. 241/1990, introdotto dalla l. n. 120/2020. Ne ha dato ampio spaccato l'Adunanza Plenaria, con la sentenza (da ultimo) 21 novembre 2022, n. 19[22]: «il procedimento

rilevanza all'interesse pubblico alla rimozione dell'atto, i cui effetti si sarebbero ormai prodotti in via definitiva».

[20] Sempre Ad. Plen., n. 8/2017: «La giurisprudenza di questo Consiglio ha condivisibilmente stabilito al riguardo che non sussiste l'esigenza di tutelare l'affidamento di chi abbia ottenuto un titolo edilizio – anche in sanatoria – rappresentando elementi non veritieri, e ciò anche qualora intercorra un considerevole lasso di tempo fra l'abuso e l'intervento repressivo dell'amministrazione […]. La giurisprudenza di questo Consiglio ha inoltre stabilito (in modo parimenti condivisibile) che non può essere configurato alcun affidamento legittimo, in specie ai fini risarcitori, il quale risulti fondato su un provvedimento illegittimo. Si è osservato al riguardo che può essere non più opportuno far luogo all'annullamento in autotutela, in considerazione del tempo trascorso e degli interessi dei destinatari e dei controinteressati; ma quando tali condizioni sono rispettate non vi è spazio per la tutela patrimoniale […]. Ebbene, se le acquisizioni in parola risultano valide ai fini risarcitori e a fronte di illegittimità imputabili all'amministrazione, esse risulteranno tanto più condivisibili nel caso in cui l'illegittimità dell'atto sia stata determinata dalla non veritiera prospettazione dei fatti rinveniente dal soggetto che si sarebbe in seguito avvantaggiato dell'errore dell'amministrazione. In tali ipotesi […] l'amministrazione potrà adeguatamente motivare l'adozione dell'atto di annullamento sul mero dato dell'originaria, non veritiera prospettazione. Nelle medesime ipotesi, infatti (e anche a prescindere dai profili di rilevanza penale), l'oggettiva falsità della prospettazione dei fatti rilevanti e la sua incidenza ai fini dell'adozione dell'atto illegittimo non consentiranno di configurare una posizione di affidamento legittimo e consentiranno all'amministrazione di limitare l'onere motivazionale alla dedotta falsità, non sussistendo un interesse privato meritevole di tutela da porre in comparazione con quello pubblico (comunque sussistente) al ripristino della legalità violata».

[21] *Ex multis*, CGARS, 26 maggio 2020, n. 325: «Il potere di annullamento regionale del permesso di costruire, di cui all'art. 39, d.P.R. n. 327 del 2001, è una forma di autotutela speciale, riconducibile all'art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990, salva la specialità del termine decennale di esercizio, che è tuttora vigente»; Tar Campania, IV, 6 aprile 2020, n. 1338: «L'Amministrazione comunale può esercitare il potere di vigilanza sulle attività urbanistico-edilizie nei termini di cui all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 senza dover comparare gli interessi privati coinvolti e l'(eventuale) affidamento al mantenimento di opere abusive maturato dal privato per effetto del (solo) decorso del tempo».

[22] Sulla quale sia consentito il rinvio a C. Napolitano, *Potere*

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».

La stessa Plenaria ha delineato i limiti di tutela dell'affidamento del privato, sempre alla luce dei detti principi: «deve innanzitutto premettersi che l'affidamento tutelabile in via risarcitoria deve essere ragionevole, *id est* incolpevole. Esso deve quindi fondarsi su una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione con il provvedimento, o con il suo comportamento correlato al pubblico potere, e in cui il privato abbia senza colpa confidato. […] per cui un affidamento incolpevole non è pertanto predicabile innanzitutto nel caso estremo […] in cui sia il privato ad avere indotto dolosamente l'amministrazione ad emanare il provvedimento. In conformità alla regola civilistica ora richiamata altrettanto è a dirsi se l'illegittimità del provvedimento era evidente ed avrebbe pertanto potuto essere facilmente accertata dal suo beneficiario».

Insomma, il privato contribuisce senz'altro – nel bene e nel male – al contenuto del provvedimento finale: nel caso in cui contribuisca *nel male*, gli è riconosciuta tutela nel caso questa circostanza sia avvenuta senza assoluta sua colpa e in modo per lui non riconoscibile.

Che fare, allora, nel caso di cui alla sentenza in commento? Come comportarsi, cioè, quando – a fronte della segnalazione del controinteressato al permesso di costruire – l'Amministrazione si avvede di incongruenze nelle planimetrie e chiede – invano – al beneficiario i relativi chiarimenti?

Nel caso di specie, l'Amministrazione si avvede che la consistenza dell'immobile in planimetria potrebbe non essere, effettivamente, risalente a un periodo *ante* 1942: la retrodatazione non è sufficientemente provata. O, meglio: lo era nel momento della richiesta del permesso; le allegazioni, tuttavia, a fronte della minuziosa segnalazione del controinteressato e del successivo sopralluogo, non bastano più e necessitano di prove più circostanziate.

Vale, insomma, il principio per cui «va posto in capo al proprietario (o al responsabile dell'abuso) assoggettato a ingiunzione di demolizione l'onere di provare il carattere risalente del manufatto, collocandone la realizzazione in epoca anteriore alla c.d. legge ponte n. 761 del 1967 che con l'art. 10, novellando l'art. 31, l. n. 1150 del 1942, ha esteso l'obbligo di previa licenza edilizia alle costruzioni realizzate al di fuori del perimetro del centro urbano; tale conclusione vale non solo per l'ipotesi in cui si chiede di fruire del beneficio del condono edilizio, ma anche – in generale – per potere escludere la necessità del previo rilascio del titolo abilitativo, ove si faccia questione, appunto, di opera risalente ad epoca an-

amministrativo e lesione dell'affidamento: indicazioni ermeneutiche dall'Adunanza Plenaria, in *Riv. giur. ed.*, n. 1/2022.

teriore all'introduzione del regime amministrativo autorizzatorio dello *ius aedificandi*; tale criterio di riparto dell'onere probatorio tra privato e amministrazione discende dall'applicazione alla specifica materia della repressione degli abusi edilizi del principio di vicinanza della prova poiché solo il privato può fornire, in quanto ordinariamente ne dispone, inconfutabili atti, documenti o altri elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione del manufatto, mentre l'amministrazione non può, di solito, materialmente accertare quale fosse la situazione all'interno dell'intero suo territorio»[23].

L'onere della prova per *evitare* la sanzione (o appunto l'annullamento d'ufficio – a questo punto, doveroso – del permesso di costruire "per presa d'atto") grava, dunque, sul privato: ciò in quanto, secondo la giurisprudenza, è solo costui che può avere accesso a una documentazione comprovante la risalenza dell'intervento edilizio. Il Giudice amministrativo esclude che l'Amministrazione possa – da sé – fare quelle verifiche risalenti nel tempo e acquisire la certezza della datazione dell'intervento.

Ciò non implica, ovviamente, che anche laddove vi siano legittimi dubbi sull'epoca di realizzazione, l'Amministrazione possa provvedere senza interpellare il privato: il soggetto pubblico non può deflettere dal suo compito di provvedere – e, se del caso, sanzionare – prima di aver coinvolto il privato nel procedimento decisionale.

Laddove l'Amministrazione così agisse, sarebbe certo illegittimo il provvedimento conseguente. È il caso, per esempio, dell'illegittimità di un ordine di demolizione di un manufatto ritenuto abusivo, la cui edificazione *ante* normativa era invece stata provata dal privato con allegazioni fotografiche precise[24], considerate apoditticamente non sufficienti dalla p.A. comunale.

[23] *Ex multis*, Cons. Stato, II, 26 gennaio 2024, n. 858. La fattispecie concreta in questa sentenza consisteva nell'individuazione di abusi edilizi nel territorio circostante il centro abitato, sul quale la legge-ponte del 1967 aveva stabilito che le costruzioni dovessero avere un titolo edilizio. La medesima circostanza vale per gli edifici situati nel centro abitato, ma avendo come parametro normativo di riferimento la l. n. 1150/1942.

[24] Tar Friuli-Venezia Giulia, I, 10 novembre 2022, n. 476: «Il provvedimento ha ordinato la demolizione della tettoia sul presupposto della sua abusività, così assumendo che, ai fini della sua edificazione, fosse necessario munirsi di un titolo edilizio. Non affronta però la questione relativa alla data di realizzazione dell'opera e al correlato regime giuridico, che appare invece centrale nella presente vicenda. A tale proposito, i ricorrenti rappresentano che l'opera è stata edificata in data antecedente all'emanazione della c.d. legge ponte (l. 765 del 1967) e al primo piano regolatore del Comune di Lignano, entrato in vigore solo nel 1972. A comprova di tale affermazione, hanno prodotto documentazione fotografica (doc. 9) che, pur se di modesta qualità, consente di scorgere la tettoia di cui si discute e farla risalire ad una data antecedente quantomeno al 1969 (data del timbro postale sulla cartolina riprodotta nelle prime pagine del documento 9), se non addirittura al 1965 (come desumibile dall'indicazione "Lig 65/166" sul retro della cartolina, nonché dalla cartolina di cui al pag. 13 del documento, benché si tratti in questo caso di una data apposta dal compilatore della cartolina e non di un timbro postale). Anche nell'immagine aerea di cui al doc. 15, tratta dal sito del patrimonio culturale della Regione Friuli-Venezia Giulia, si intravede il manufatto, anche se la data dello scatto è indicata solo approssimativamente (tra il 1965 e il 1970). Tali elementi costituiscono rilevanti principi di prova circa l'anteriorità dell'opera al 1967 e quindi del suo risalire ad un'epoca in cui l'attività edilizia non era soggetta all'obbligo generalizzato di "chiedere apposita licenza al sindaco", introdotto solo dall'art. 10, l. 765 del 1967 (che ha riformulato l'art. 31 della l. 1150 del 1942). Il Tribunale ritiene, pertanto, che la circostanza fosse meritevole di considerazione da parte del Comune. Il Comune ha poi evidenziato che, anche assumendone l'edificazione in data anteriore alla legge ponte, la tettoia avrebbe comunque dovuto essere previamente assentita ai sensi dell'art. 31 della l. 1150 del 1942, nella versione vigente ratione temporis, che richiedeva in ogni caso la licenza edilizia per gli interventi da realizzarsi "nei centri abitati". Non è, però, dimostrato che l'edificio si trovasse, già all'epoca di realizzazione dell'opera, in area qualificabile come "centro abitato", mancando l'evidenza di una sua perimetrazione ad opera di provvedimenti precedenti al primo piano regolatore. In assenza di una sua formale identificazione ad opera dell'autorità, la nozione di "centro abitato" deve ricollegarsi a dati fattuali ed empirici (Cons. St., sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3656), che dovevano

Nel caso di specie, al contrario, il Comune aveva dato prova di voler ascoltare le deduzioni del privato, chiedendogli più volte di comprovare la datazione dei presunti abusi edilizi precedentemente al 1942. Il privato, inerte e silenzioso rispetto alle sollecitazioni, aveva solo dedotto inizialmente in una relazione tecnica che «certamente» l'immobile aveva quella precisa conformazione da prima del 1942, senza però alcuna allegazione fotografica né altro tipo di testimonianza.

Lo stato storico dell'immobile, dunque, versava in una incertezza: risoltasi, però, anche a fronte del contegno inerte e silenzioso del privato, nella più che plausibile consapevolezza della non retro-databilità degli interventi edilizi.

5. Il principio di vicinanza della prova: rilievo processuale e, prima ancora, procedimentale.

L'orientamento giurisprudenziale per cui è il privato, a dover provare all'Amministrazione la datazione degli interventi, è sorretto anche dal principio (di natura processuale) di vicinanza della prova, di cui agli artt. 63 e 64 c.p.a.

Ciò in quanto, come afferma la giurisprudenza, «la prova circa il tempo di ultimazione delle opere edilizie è posta sul privato e non sull'Amministrazione, atteso che *solo il privato può fornire* (*in quanto ordinariamente ne dispone* e, dunque, in applicazione del principio di vicinanza della prova) *inconfutabili atti, documenti o altri elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione del manufatto*; mentre, l'Amministrazione non può, di solito, materialmente accertare quale fosse la situazione all'interno del suo territorio. Tale prova deve, inoltre, essere rigorosa e deve fondarsi su documentazione certa e univoca e comunque su elementi oggettivi, dovendosi, tra l'altro, negare ogni rilevanza a dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà o a semplici dichiarazioni rese da terzi, in quanto non suscettibili di essere verificate»[25].

Ora, l'applicazione di questo principio nel processo amministrativo – specie nel giudizio impugnatorio – mira a temperare la forte asimmetria che c'è tra la parte pubblica e quella privata: discostandosi dall'allegazione formalistica di cui all'art. 2967 c.c. e guardando, invece, alla prova tramite allegazione dei documenti nella cui disponibilità è ciascuna parte[26].

essere esaminati e valutati dall'amministrazione alla luce del contesto esistente al momento dell'intervento. Conclusivamente, il Tribunale ritiene che, a fronte di elementi che militano a favore di una realizzazione della tettoia ante 1967, era onere dell'amministrazione operare una più approfondita istruttoria circa la data di edificazione e la sua effettiva abusività (Cons. St., sez. VI, 19 ottobre 2018, n. 5988)».

[25] *Ex multis*, Tar Campania, VI, 17 novembre 2022, n. 7097 (corsivo nostro).

[26] F. Saitta, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 3/2017, 911 ss.: «nel processo, la vicinanza può costituire una regola probatoria idonea a contrapporre allo schema, evidentemente formale, dell'onere secondo allegazione di cui all'art. 2697 c.c., nel quale le parti restano identificate senza residui dalla posizione processuale che vanno ad assumere nel relativo giudizio, uno schema sostanziale nel quale, avendosi riguardo alla specifica realtà della fattispecie controversa, il carico probatorio viene ponderato "tenuto conto in concreto della possibilità per l'uno e l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione". Il principio di "vicinanza alla prova" […] costituisce uno strumento più evoluto, in quanto assiologicamente meglio orientato e non ordalico, di risolvere il problema del divieto di *non liquet*: la vicinanza, infatti, flessibile per propria natura, implica – ed al contempo rende possibile – che il giudice risolva comunque la lite senza ricorrere all'*éscamotage* di soluzioni preconfezionate

Ovviamente, in fattispecie come questa si dà per assodata l'idea che sia il privato, a detenere "ordinariamente" documenti e reperti in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione degli interventi edilizi: documenti che poi, in sede di giudizio, dovrebbero anche essere prodotti. Senz'altro è possibile ricostruire la storia di un immobile dagli atti notarili, per esempio; forse, nei casi fortunati, si ritrovano fotografie in grado di testimoniare quelle stesse circostanze. Non è detto, però, che sia sempre agevole.

Nondimeno, non si vede altra strada che questa: l'Amministrazione, oggettivamente, salvo caso fortuito, non è in grado di ritrovare, neanche nei propri archivi, la prova della consistenza di un immobile negli anni anteriori all'instaurazione di qualunque obbligo di licenza edilizia. Tuttavia, se ne può trovare, almeno, il primo titolo storicamente accertabile: in un'epoca nella quale non si faceva uso di autocertificazioni, probabilmente i documenti in possesso delle Amministrazioni possono fornire una prova piuttosto fedele.

In questo modo, probabilmente, si può semplificare l'attività probatoria del privato, conducendo in maniera meno incerta a un esito sanzionatorio-annullatorio del permesso di costruire o, al contrario, a un'archiviazione del procedimento, con mantenimento dell'edificato.

Laddove la prova della realizzazione degli immobili nel periodo precedente il 1942 non sia raggiunta, prevarranno senz'altro le tutele degli interessi pubblici alla regolare edificazione del territorio: l'annullamento d'ufficio del permesso di costruire sarà – *ça va sans dire* – doveroso.

Clara Napolitano

---

ed astratte dalla fattispecie concreta configurato dal formalistico criterio di cui all'art. 2697 c.c., intrinsecamente inidoneo a selezionare il reale. Tale principio, dunque, si configura, da un lato, come un corollario dei doveri di correttezza, buona fede e diligenza nell'adempimento delle obbligazioni (artt. 1175, 1176, comma 2°, e 1375 c.c.) e, dall'altro, come una derivazione del principio costituzionale del giusto processo e delle regole generali del codice di rito civile (*in primis*, il dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88, inteso come onere delle parti, vicine alla fonte di prova, di collaborare allegando tempestivamente e nel rispetto delle regole di correttezza i mezzi istruttori, in un'ottica di economia processuale e di ragionevole durata del giudizio). Esso, quindi, "viene ad assumere il ruolo di correttivo (se non altro) delle applicazioni più rigide e pesanti del formalismo caratteristico della regola della prova secondo allegazione. Un ruolo, a nostro avviso, anzi necessario – sotto il profilo costituzionale, prima di tutto il resto – per combattere e smorzare le asprezze, in effetti notevoli, che il modello dell'onere viene propriamente a proporre"».

5. Profili applicativi della fiscalizzazione degli abusi edilizi. Nota a Consiglio di Stato, Sez. II, 25 ottobre 2023, n. 9243

Sommario: 1. Premessa. – **2.** La vicenda contenziosa. – **3.** La riedizione del potere amministrativo a seguito dell'annullamento del titolo edilizio. – **4.** L'interpretazione dell'art. 38 del d.p.r. n. 380/2001 nella sentenza n. 17/2020 della Plenaria. – **5.** I principi chiarificatori espressi dalla sentenza n. 9243/2023 del Consiglio di Stato. – **6.** Conclusioni.

1. Premessa.

Con la sentenza 25 ottobre 2023, n. 9243, la seconda Sezione del Consiglio di Stato torna ad occuparsi della c.d. fiscalizzazione dell'abuso di cui all'art. 38 del d.p.r. n. 380/2001 (c.d. «T.U.E.»), svolgendo alcune importanti riflessioni in merito ai presupposti applicativi ed alle modalità di riesercizio del potere a seguito dell'annullamento del titolo edilizio.

Com'è noto, la «fiscalizzazione dell'abuso» rappresenta un ampio *genus* di matrice interpretativa in cui confluiscono diverse ipotesi, tassativamente previste dalla legge, in cui l'ordinamento giuridico ammette una mitigazione del trattamento sanzionatorio per la repressione di alcune tipologie di abusi edilizi, consentendo l'irrogazione di una sanzione pecuniaria in luogo della demolizione delle opere abusive.

Invero, il T.U.E. prefigura diverse ipotesi di fiscalizzazione[1], inerenti ad abusi originati *i)* da interventi di ristrutturazione edilizia eseguiti in assenza di permesso di costruire o in totale difformità (art. 33), *ii)* da interventi edilizi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire (art. 34) e *iii)* da interventi edilizi eseguiti in conformità ad un titolo illegittimo e successivamente annullato (art. 38). Peraltro, le varie fattispecie di fiscalizzazione, essendo ancorate a *ratio* e logiche del tutto distinte, sono subordinate dalla legge a presupposti applicativi (nell'*an*) e criteri di quantificazione (nel *quantum*) altrettanto diversificati.

Per quanto qui di interesse, l'art. 38 del d.p.r. n. 380/2001[2] disciplina il regime sanzionatorio dei c.d. «abusi edilizi sopravvenuti», realizzati in conformità ad un ti-

[1] Per un esame delle diverse ipotesi di fiscalizzazione degli abusi edilizi tipizzate dal d.p.r. n. 380/2001, si veda: F. Salvia, C. Bevilacqua, *Manuale di diritto urbanistico*, III ed., Vicenza, 2017, 233 ss.; A. Fiale, E. Fiale, *Diritto Urbanistico*, Napoli, 2008, 903 ss.

[2] Le disposizioni dell'art. 38 del d.p.r. n. 380/2001 ripropongono la disciplina previgente contenuta nell'art. 11 della legge n. 47/1985, introducendo l'obbligo di «motivata valutazione» in capo all'amministrazione procedente e modificando la competenza per l'irrogazione della sanzione pecuniaria (in precedenza attribuita al Sindaco).

tolo abilitativo originariamente rilasciato dall'amministrazione (o formatosi ai sensi di legge) ma successivamente annullato, prevedendo che qualora non sia possibile procedere alla «rimozione dei vizi delle procedure amministrative» o alla «restituzione in pristino», l'amministrazione, «in base a motivata valutazione», applica in luogo della demolizione «una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite»[3].

La *ratio* della disposizione in esame è di graduare la risposta sanzionatoria in relazione alla gravità dell'abuso realizzato[4], introducendo un regime sanzionatorio più mite, rispetto a quello demolitorio ordinariamente previsto per la repressione degli abusi edilizi realizzati *sine titulo*, per le ipotesi in cui il privato abbia edificato confidando incolpevolmente nella legittimità del titolo edilizio rilasciato dall'amministrazione (o formatosi ai sensi di legge)[5], successivamente rivelatosi illegittimo ed annullato.

La gradualità del trattamento sanzionatorio si giustifica proprio in virtù della differenza tra l'*animus* di colui che realizza (in buona fede) un'opera conforme ad un titolo edilizio successivamente annullato, confidando nella legittimità dello stesso e dunque nella conformità dell'opera alla normativa urbanistico-edilizia[6], e lo stato soggettivo di colui che vìola scientemente la disciplina vigente, realizzando un'opera edilizia già in origine abusiva[7].

L'obiettivo perseguito dal legislatore è di individuare un giusto punto di equilibrio tra interessi antagonisti, ovvero – da una parte – quello del costruttore, che abbia legittimamente confidato nella conformità dell'opera edilizia realizzata sulla base di un titolo rilasciato dall'amministrazione, e – d'altra parte – l'interesse pubblico al corretto sviluppo urbanistico e l'interesse dei terzi danneggiati dalla realizzazione dell'opera abusiva. Composizione che, nell'ottica del legislatore, si realizza «per il tramite di una "compensazione" monetaria di valore pari al «valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite»»[8].

Peraltro, l'integrale pagamento della sanzione pecuniaria irrogata dall'amministra-

[3] Cfr. G.G.A. Dato, *Sanzioni amministrative relative ad interventi eseguiti in base a permesso annullato*, in A. Cagnazzo, S. Toschei, F.F. Tuccari (a cura di), *Sanzioni amministrative in materia urbanistica*, Torino, 2014, 605 ss.; D. Caldirola, *L'annullamento del permesso di costruire e della DIA*, in S. Battini, L. Casini, G. Vesperini, C. Vitale (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, Milano, 2013, 1407; R. Leonardi, M. Occhiena, *Commento all'art. 38*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, II ed., Milano, 2009, 656 ss.; A. Fiale, E. Fiale, *Diritto Urbanistico*, op. cit., 945 ss. Per un inquadramento generale dell'art. 38 nell'ambito della disciplina dei controlli sull'attività edilizia e del sistema sanzionatorio di repressione degli abusi, si veda M.A. Sandulli, *Edilizia*, in *Riv. Giur. Edil.*, 3, 2022, 171 ss.; Id., *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e potere di autotutela*, in *Federalismi*, n. 18/2019.

[4] Cfr. G. Pagliari, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2019, 743.

[5] Al contrario, non si ritiene sia configurabile, né tantomeno tutelabile, alcun affidamento in capo al proprietario/autore dell'abuso «giammai destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo ad ingenerare un'aspettativa giuridicamente qualificata», atteso che il decorso del tempo e l'inerzia dell'amministrazione nella repressione dell'abuso «non è idonea a far divenire legittimo ciò che (l'edificazione *sine titulo*) è sin dall'origine illegittimo» (cfr. Cons. St., Ad. Pl., 17 ottobre 2017, n. 9. In termini, anche Cons. St., Sez. VI, 9 agosto 2016, n. 3559).

[6] Cfr. Cons. St., Sez. VI, 28 novembre 2018, n. 6753; Id., 9 aprile 2018 n. 2155 e 10 maggio 2017 n. 2160.

[7] Sulla scorta di tali considerazioni, la giurisprudenza ha sostenuto che la fiscalizzazione dell'abuso non possa applicarsi laddove il privato abbia consapevolmente concorso alla formazione o al rilascio del titolo edilizio illegittimo, celando all'amministrazione la realtà materiale-giuridico o ponendo in essere una condotta contrastante con le prescrizioni di legge confidando nel mancato (o parziale) esercizio dei poteri amministrativi di vigilanza. Infatti, «il mendacio non è equiparabile a vizio formale e l'invocata fiscalizzazione contrasterebbe con il principio di carattere generale che esclude la possibile di conformazione degli effetti di quanto dichiarato falsamente» (cfr. Cons. St., Sez. VI, 26 settembre 2022, n. 8285 e 8 aprile 2021, n. 2854).

[8] Cfr. Cons. St., Ad. Pl., 7 settembre 2020, n. 17.

zione realizza *ex lege* i medesimi effetti sananti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'art. 36 del T.U.E.[9].

Tuttavia, deve precisarsi che l'equiparazione della fiscalizzazione dell'abuso *ex* art. 38 al permesso in sanatoria di cui all'art. 36 opera solo sul piano degli effetti, fermo restando la distinzione ontologica, strutturale e finalistica tra i due istituti. Nel caso della fiscalizzazione dell'abuso, infatti, il temperamento dell'obbligo di demolizione della costruzione abusiva si giustifica «in ragione, non già della sostanziale conformità urbanistica (passata e presente) della stessa (oggetto della diversa fattispecie prevista dall'art. 36 cit.), ma della presenza di un permesso di costruire che *ab origine* ha giustificato l'edificazione e dato corpo all'affidamento del privato alla luce della generale presunzione di legittimità degli atti amministrativi»[10].

Invero, a differenza del permesso di costruire in sanatoria, la fiscalizzazione dell'abuso è una sanzione amministrativa, diversa da quella ordinaria della demolizione, costituente il prezzo che il privato è tenuto a pagare per accedere agli effetti sananti previsti dalla legge[11]. Proprio in ragione della diversa natura, l'importo viene determinato in base a criteri differenti, a seconda che si versi nell'ipotesi di sanatoria *ex* art. 36 o di fiscalizzazione dell'abuso di cui all'art. 38.

2. La vicenda contenziosa.

La sentenza in commento si pone all'esito di una vicenda sostanziale e processuale alquanto articolata, in cui, a seguito di diverse pronunce giudiziali ed altrettante riedizioni del potere amministrativo, gli appellanti contestavano la scelta dell'amministrazione di procedere, a fronte dell'annullamento dei titoli edilizi dei proprietari di unità immobiliari limitrofe, all'irrogazione nei confronti di questi ultimi della sanzione amministrativa pecuniaria in luogo della demolizione *ex* art. 38 del T.U.E.

La vicenda origina dal ricorso con cui la proprietaria di un fondo impugnava le concessioni edilizie rilasciate dal Comune di Parma per la realizzazione di due edifici sul terreno confinante, asserendone la contrarietà alle disposizioni urbanistico-edilizie sulla volumetria, le altezze e le distanze tra le costruzioni.

All'esito dei due gradi di giudizio, il Consiglio di Stato accertava la sussistenza dei profili di illegittimità contestati e, pertanto, annullava i titoli abilitativi impugnati[12].

In sede di riesercizio del potere, nel 2013 l'amministrazione adottava un provvedimento di rinnovazione dei titoli edilizi annullati, anch'esso impugnato in sede giurisdizionale e dichiarato nullo dal giudice dell'ottemperanza per violazione del giudicato[13].

A fronte della predetta declaratoria di nullità, l'amministrazione avviava un nuovo procedimento sanzionatorio degli abusi edilizi, all'esito del quale, accertata l'impossibilità di procedere alla demolizione delle parti abusive senza pregiudizio della stabili-

[9] Su tale istituto, si veda A. Crosetti, *Art. 36 Accertamento di conformità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Testo Unico dell'Edilizia*, Milano, 2015, 434; S. Gatto Costantino, P. Savasta, *Manuale dell'urbanistica, dell'edilizia e dell'espropriazione*, II ed., Lecce, 2012, 656 ss.; G. Mengoli, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009, 1157 ss.; P.F. Gaggero, *Regolarizzazione edilizia successiva atipica e accertamento di conformità*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2004, 4, 1397.

[10] Cfr. capo 10.2 della sentenza in commento.

[11] In tal senso anche A. Giusti, *La fiscalizzazione dell'abuso edilizio fra esigenze punitive e di ripristino dell'equilibrio urbanistico*, in *Giur. It.*, 4, 2021, 925.

[12] Cfr. Cons. St., Sez. IV, 2 novembre 2010, n. 7731.

[13] Cfr. Cons. St., Sez. IV, 26 marzo 2019, n. 1986.

tà e della sicurezza delle parti conformi, disponeva l'irrogazione della sanzione pecuniaria in luogo della demolizione, ai sensi dell'art. 38 del d.p.r. n. 380/2001.

Anche quest'ultimo provvedimento veniva impugnato dinanzi al TAR Parma dai proprietari del terreno confinante (aventi causa della ricorrente del primo giudizio), i quali asserivano che, a fronte delle precedenti pronunce di annullamento e di nullità dei titoli edilizi, l'amministrazione avrebbe dovuto necessariamente disporre la demolizione degli edifici abusivi.

Nel corso del giudizio di primo grado veniva disposta apposita verificazione, volta ad accertare l'effettiva possibilità di procedere alle demolizioni delle parti abusive degli edifici senza pregiudizio per le parti conformi.

Acquisite le risultanze istruttorie, da cui emergeva che gli interventi di demolizione sarebbero risultati – in parte – non eseguibili senza pregiudizio delle parti conformi e – per la restante parte – inidonei a consentire la conformazione del fabbricato alla normativa urbanistica, con sentenza n. 308/2022 il TAR rigettava il ricorso, accertando la legittimità della sanzione amministrativa pecuniaria irrogata dal Comune.

La predetta sentenza veniva impugnata dalla parte soccombente dinanzi al Consiglio di Stato.

Con la sentenza 25 ottobre 2023, n. 9243, qui in commento, la seconda Sezione del Consiglio di Stato ha rigettato integralmente l'appello, ponendo fine ad una vicenda contenziosa durata circa vent'anni.

3. La riedizione del potere amministrativo a seguito dell'annullamento del titolo edilizio.

L'art. 38 del d.p.r. n. 380/2001 disciplina una peculiare ipotesi di riedizione del potere successivo all'annullamento, demandando all'amministrazione la scelta tra tre diverse alternative: *i)* esercizio del potere di convalida di cui all'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 con rinnovazione del titolo edilizio annullato, qualora l'annullamento fosse stato disposto per vizi procedurali o formali emendabili; *ii)* applicazione della sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere abusive, qualora il titolo fosse stato annullato per vizi procedimentali non emendabili o (indipendentemente dalla natura del vizio) sia comunque impossibile procedere alla rimessione in pristino; *iii)* demolizione delle opere abusive, ove non sussistano le condizioni per procedere secondo alcuna delle alternative precedenti.

Sicché, la demolizione dell'opera abusiva non rappresenta una conseguenza fisiologica ed automatica della pronuncia di annullamento, ricompresa tra i suoi effetti conformativi, costituendo al contrario una delle possibili soluzioni alternative (*recte*: quella di *extrema ratio*) che l'amministrazione può adottare in base alle condizioni del caso concreto[14].

[14] Sulla scorta di tali premesse, TAR Campania, Sez. III, 2 dicembre 2022, n. 7543, ha sostenuto l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione adottata a seguito dell'annullamento del titolo edilizio, laddove nel corso del relativo procedimento l'amministrazione non abbia adeguatamente consentito al destinatario del provvedimento di esercitare le prerogative partecipative previste dalla legge n. 241/1990.

La vicenda amministrativa, dunque, si riapre per intero al riesercizio del potere, che non appare affatto incastonato tra gli effetti conformativi del sindacato giurisdizionale, circoscritto invece alla sola caducazione dei titoli illegittimi, riferendosi di converso a segmenti di attività nuovi ed ulteriori rispetto a quello che in precedenza aveva condotto all'adozione del titolo abilitativo annullato.

L'unica eccezione è costituita dall'ipotesi in cui l'amministrazione proceda alla rinnovazione dei titoli edilizi annullati, così ritornando sullo stesso segmento di potere già esercitato e sindacato dal giudice[15].

Sul punto, la sentenza in commento, muovendo dal presupposto per cui l'annullamento del titolo edilizio non è idoneo a conformare in senso vincolato la successiva attività amministrativa, ha condivisibilmente sostenuto che la sentenza di annullamento «ha per oggetto il mero annullamento dei titoli edilizi e non si estende all'obbligo di demolizione delle opere realizzate sulla base dei titoli annullati»[16]. Infatti, dal giudicato deriva per l'amministrazione «un mero obbligo di risultato, consistente nell'eliminazione dei riscontrati vizi di legittimità dei titoli edilizi», demandandosi «alla discrezionalità amministrativa il *quomodo*, ossia l'individuazione della modalità più opportuna, tra quelle consentite dall'ordinamento, per realizzarlo alla luce delle circostanze del caso concreto»[17].

Ne deriva che la scelta dell'amministrazione di disporre la fiscalizzazione dell'abuso edilizio in luogo della demolizione, afferendo ad un'attività amministrativa del tutto diversa ed ulteriore rispetto a quella che ha condotto all'annullamento del titolo, non può essere sindacata dal giudice dell'ottemperanza (per violazione o elusione del giudicato), né tantomeno può essere assoggettata ai limiti del c.d. «*one shot* temperato»[18].

Diversamente opinando, infatti, verrebbe a realizzarsi un indebito sconfinamento del sindacato giudiziale, da parte del giudice dell'ottemperanza[19], in ambiti riservati a poteri amministrativi non ancora esercitati, connotati da presupposti e valutazioni del tutto diverse da quelle già compiute

[15] La vicenda ad oggetto della sentenza in commento è emblematica delle diverse soluzioni amministrative e delle relative conseguenze processuali che si possono prospettare a seguito dell'annullamento del titolo edilizio. Si consideri, infatti, che a seguito del primo giudicato di annullamento dei titoli edilizi (intervenuto con la sentenza del Consiglio di Stato n. 7731/2010), l'amministrazione aveva adottato un provvedimento di riedizione dei titoli edilizi che, impugnato in sede di ottemperanza, era stato dichiarato nullo per contrasto con il precedente giudicato (cfr. sentenza del Consiglio di Stato n. 1986/2019). A seguito di quest'ultima declaratoria di nullità, l'amministrazione aveva deciso di procedere ai sensi dell'art. 38 con l'irrogazione della sanzione pecuniaria in luogo della demolizione, che, in quanto afferente ad una porzione di attività amministrativa distinta dalla precedente, ha seguito la strada processuale del giudizio ordinario di legittimità, non incontrando alcun limite conformativo derivante dalle pronunce precedenti.

[16] Cfr. capo 8.3 della sentenza in commento.

[17] Cfr. capo 8.5 della sentenza in commento.

[18] Com'è noto, in virtù del principio del c.d. «*one shot* temperato» l'amministrazione che abbia subìto l'annullamento di un proprio atto ha il potere di rinnovarlo, ma per una sola volta, dovendo riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni che ritenga rilevanti, senza poter in seguito tornare a decidere sfavorevolmente, per una terza volta, neppure in relazione a profili non ancora esaminati (cfr. T.A.R. Pescara, 1 marzo 2023, n. 107; C.G.A.R.S, 18 maggio 2022, n. 597; Cons. St., Sez. VI, 4 maggio 2022, n. 3480; Cons. St., Sez. II, 14 aprile 2020, n. 2378; Cons. St., Sez. V, 8 gennaio 2019, n. 144; Cons. St., Sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660). Sulle più recenti evoluzioni giurisprudenziali in materia di «*one shot* temperato» e sulle questioni ivi sottese, sia consentito rimandare a R. Parisi, *Il difficile punto di equilibrio tra l'effettività della tutela giurisdizionale e l'inesauribilità del potere amministrativo. Nota a T.A.R. Abruzzo - Pescara, 1 marzo 2023 n. 107*, in *Le note a sentenza di Giustizia insieme. Annuario della giurisprudenza amministrativa annotata 2023 (1° semestre)*, Napoli, 2023.

[19] Negli stessi termini si è espresso anche, in sede di ottemperanza, TAR Marche, Sez. I, 25 luglio 2022, n. 437.

dall'amministrazione nell'adozione dei titoli edilizi.

L'esame realizzato dall'amministrazione a seguito dell'annullamento del titolo edilizio, nell'alternativa tra fiscalizzazione o demolizione, semplicemente non è un "riesame" dell'attività svolta in precedenza, riferendosi a profili fattuali e giuridici del tutto diversi da quelli che avevano condotto all'adozione dei titoli annullati[20], di tal guisa che viene necessariamente a realizzarsi "un azzeramento" della vicenda amministrativa ai fini dell'applicazione del «*one shot* temperato».

4. L'interpretazione dell'art. 38 del d.p.r. n. 380/2001 nella sentenza n. 17/2020 della Plenaria.

L'art. 38 del T.U.E. subordina l'applicazione della fiscalizzazione dell'abuso a taluni presupposti, che l'amministrazione deve puntualmente accertare ed esplicitare sulla scorta di una «motivata valutazione».

In particolare, la norma riporta due condizioni distinte ed alternative, accomunate dal medesimo presupposto costituito dall'annullamento (giudiziale o amministrativo)[21] del titolo edilizio: *i)* l'impossibilità di procedere alla «rimozione dei vizi delle procedure amministrative»; *ii)* l'impossibilità di procedere alla «restituzione in pristino» dell'opera abusiva.

A fronte di una certa genericità del dettato normativo, è sorto un acceso dibattito in ordine all'esatta perimetrazione del significato e della portata applicativa dell'istituto *de quo*.

In rifermento al primo presupposto delineato dalla norma, si è dibattuto circa l'effettivo significato della nozione «vizi delle procedure», discutendosi in merito alla possibilità di farvi rientrare i vizi solo formali o procedurali, ovvero anche quelli di natura sostanziale.

[20] È interessante rilevare come nella diversa ipotesi in cui a seguito dell'annullamento del titolo edilizio l'amministrazione adotti un provvedimento di fiscalizzazione dell'abuso fondato sul primo dei presupposti previsti dall'art. 38, e questi sia annullato dal giudice amministrativo, in sede di riesercizio del potere l'amministrazione non perda comunque il potere di adottare un nuovo provvedimento di fiscalizzazione dell'abuso fondato sull'altro presupposto applicativo previsto dall'art. 38, ossia sull'impossibilità della riduzione in pristino, atteso che dal primo giudicato di annullamento non è derivato «alcun vincolo quanto all'inapplicabilità dell'art. 38 D.P.R. 380/2001 per la parte in cui consente la fiscalizzazione dell'abuso nel caso di impossibilità di riduzione in pristino» (cfr. T.A.R. Venezia, Sez. II, 3 giugno 2021, n. 736).

[21] La giurisprudenza amministrativa ormai consolidata, in cui si inserisce anche la sentenza in commento e la pronuncia n. 17/2020 della Plenaria, sostiene che ai fini dell'applicazione dell'art. 38 del T.U edilizia è indifferente che l'annullamento del titolo edilizio sia stato disposto (in autotutela) dall'amministrazione o in sede giurisdizionale, in ragione sia del tenore letterale della disposizione *de qua* – che «non si sofferma sulla natura giurisdizionale o amministrativa dell'annullamento» (Cons. di Stato, A.P., n. 17/2020) – che della sua *ratio*, volta a tutelare l'affidamento «del titolare del permesso di costruire circa la legittimità della progettata e compiuta edificazione conseguente al rilascio del titolo» (cfr. capo 8.7 della sentenza in commento). Al riguardo, TAR Parma, Sez. I, 7 novembre 2022, n. 308 (sul cui appello si è pronunciata la sentenza in commento), ha sostenuto in maniera ancor più approfondita che «dalla semplice lettura della norma […] si evince chiaramente che la stessa non distingue il tipo di annullamento del permesso di costruire (amministrativo o giurisdizionale) e, dunque, la predetta norma non può certo essere oggetto di una lettura restrittiva, del tutto illogica peraltro, in base alla quale l'annullamento previsto dalla medesima sarebbe unicamente quello disposto in sede amministrativa. Il fatto che l'art. 38 non parli di "annullamento giurisdizionale" non significa, dunque, che tale tipologia di annullamento sia esclusa ma solo che la norma si applica a tale tipologia ed anche a quella (diversa) dell'annullamento amministrativo. Senza considerare che, come rilevato dallo stesso Collegio, «la casistica concreta relativa all'applicazione dell'art. 38 del DPR n. 380/2001 concerne molto più spesso gli annullamenti intervenuti in sede giurisdizionale, a seguito dei quali l'Amministrazione riemette il titolo edilizio o irroga la sanzione pecuniaria».

L'orientamento più restrittivo ha ritenuto che la fiscalizzazione dell'abuso per impossibilità di rimozione dei vizi delle procedure possa essere disposta soltanto ove il titolo edilizio sia stato annullato per vizi formali o procedurali, in caso contrario dovendo l'amministrazione necessariamente ordinare la demolizione dell'opera abusiva[22]. Secondo tale indirizzo, la fiscalizzazione non sarebbe viceversa possibile nel caso in cui il titolo sia stato annullato per vizi sostanziali, non potendo operare con effetti di condono *extra legem*.

Secondo un diverso orientamento, la fiscalizzazione degli abusi sopravvenuti sarebbe applicabile anche in presenza di vizi sostanziali emendabili, ammettendosi che il privato, apportando al progetto iniziale le modifiche necessarie a consentirne la conformazione alla normativa urbanistica, possa ottenere dall'amministrazione un provvedimento sanzionatorio con effetti sananti, anche in assenza della condizione della "doppia conformità" imposta dall'art. 36 del T.U.E.[23].

In virtù di una tesi ancor più permissiva, volta a massimizzare la tutela dell'affidamento del privato, la fiscalizzazione dell'abuso non sarebbe *ex se* preclusa neppure in presenza di vizi sostanziali non emendabili, dovendosi considerare «vizi delle procedure» tutti quelli idonei a condurre all'invalidità del titolo edilizio, indipendentemente dalla loro natura formale o sostanziale[24]. Sicché, la scelta di disporre o meno la fiscalizzazione in luogo della demolizione sarebbe demandata ad una valutazione prettamente discrezionale dell'amministrazione, da esplicitarsi attraverso una motivazione particolarmente approfondita, sindacabile dal giudice amministrativo in sede di legittimità.

Anche il riferimento normativo alla impossibilità della «restituzione in pristino» è stato oggetto di differenti ricostruzioni interpretative in giurisprudenza.

Alcune pronunce minoritarie hanno declinato l'impossibilità di demolire in senso ampio, secondo un'accezione economico-giuridica, attribuendo all'amministrazione la possibilità di effettuare una valutazione discrezionale sull'equità e sull'opportunità di disporre la fiscalizzazione in luogo della demolizione, attraverso un bilanciamento in concreto degli interessi in gioco[25].

Secondo la tesi maggioritaria, invece, l'impossibilità di demolire deve essere intesa restrittivamente, in senso tecnico-materiale, dovendo l'amministrazione accertare, all'esito di una valutazione squisitamente tecnica, l'impraticabilità concreta della demolizione, in virtù dei gravi pregiudizi (statici, antisismici, ecc.) che potrebbero derivare per le parti legittimamente edificate[26]. In tal senso, peraltro, l'interpretazione della norma risulterebbe coerente con quanto disposto dall'art. 34, comma 2, del T.U.E. in

[22] Cfr. Cons. St., Sez. VI, 9 maggio 2016, n. 1861; Id., 11 febbraio 2013, n. 753 e 16 marzo 2010 n. 1535.

[23] Cfr. Cons. St., Sez. VI, 10 settembre 2015, n. 4221; Id., 8 maggio 2014, n. 2355 e 17 settembre 2012, n. 4923.

[24] Cfr. Cons. St., Sez. VI, 19 luglio 2019, n. 5089; Id., 28 novembre 2018 n. 6753.

[25] Cfr. Cons. St., Sez. VI, 28 novembre 2018, n. 675; Id., 16 marzo 2010, n. 1535.

[26] Cfr. Cons. St., Sez. VI, 4 gennaio 2023, n. 136, laddove è stato precisato che «La riduzione in pristino, pertanto, deve risultare impraticabile alla luce di una valutazione tecnica e non di una ponderazione dei vari interessi in gioco, fra cui l'affidamento del privato nella legittimità delle opere». Infatti, «diversamente opinando, l'art. 38 d.P.R. 380/2001 si presterebbe a letture strumentali, consentendo sanatorie *'ex officio'* di abusi attraverso lo strumento dell'annullamento in autotutela del titolo edilizio originario (Cons. di Stato, Sez. IV, 19/04/2022, n. 2919)». Negli stessi termini, anche Cons. St., Sez. IV, 26 settembre 2022, n. 8285; Id., 22 aprile 2021, n. 3270 e 15 dicembre 2020, n. 8032.

relazione all'ipotesi di fiscalizzazione per interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire.

Orbene, a fronte dell'eterogeneità delle tesi emerse, la questione inerente la corretta interpretazione dell'art. 38 del T.U.E. è stata rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato[27], sia pur con precipuo riferimento al primo dei presupposti applicativi previsti dalla norma, su cui il Supremo Consesso si è pronunciato con la sentenza n. 17/2020.

In particolare, dopo aver ricostruito puntualmente i diversi orientamenti giurisprudenziali emersi sulla nozione di «vizi delle procedure», la Plenaria ha ritenuto di aderire a quello più restrittivo, ritenendo che l'art. 38 si riferisca esclusivamente a vizi formali e procedurali che, pur astrattamente emendabili, risultino in concreto, all'esito di una valutazione operata dall'amministrazione, di impossibile rimozione.

Invero, nel ragionamento seguito dalla Plenaria, a seguito dell'annullamento del titolo edilizio, l'amministrazione è tenuta anzitutto ad accertare la natura del vizio causa dell'illegittimità e, solo nel caso in cui si tratti di illegittimità formali, verificata preliminarmente l'impossibilità della loro emendabilità attraverso il potere di convalida *ex* art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990, può procedere alla fiscalizzazione di cui all'art. 38.

Viceversa, qualora il titolo sia stato annullato per violazioni (sostanziali) della disciplina urbanistica, la fiscalizzazione risulterebbe preclusa, non potendo in ogni caso operare come forma di condono amministrativo *extra legem* demandato alla discrezionalità dell'amministrazione.

Tale impostazione tende a preservare il giusto bilanciamento tra tutela dell'affidamento del costruttore, tutela dell'assetto urbanistico del territorio e tutela del terzo, atteso che, ove anche la fiscalizzazione non risulti possibile (per la sussistenza di vizi sostanziali), la tutela del legittimo affidamento del costruttore potrebbe essere garantita in sede risarcitoria, in ragione della possibilità di richiedere ed ottenere in sede giudiziale il ristoro dei danni derivanti dalla lesione dell'affidamento legittimamente riposto sulla legittimità del titolo e dell'opera realizzata[28].

La tesi della Plenaria risulta condivisibile[29], specie in virtù delle argomentazioni letterali e sistematiche[30] addotte dal Supremo Consesso.

[27] Cfr. Cons. St., Sez. IV., 11 marzo 2020, ordinanza n. 1735, con cui si è chiesto alla Plenaria di pronunciarsi sulla «corretta interpretazione dell'art. 38 del T.U. 6 giugno 2001 n. 380, nel senso di stabilire, nel caso di intervento edilizio eseguito in base a permesso di costruire annullato in sede giurisdizionale, quale tipo di vizi consenta la sanatoria che la norma prevede, ovvero l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria il cui pagamento produce, ai sensi del comma 2 dell'articolo in questione, "i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria", istituto che comunemente si chiama "fiscalizzazione dell'abuso"».

[28] Cfr. Cons. St., Ad. Pl., n. 17/2020, capo 8.1 in diritto.

[29] In senso contrario A. Giusti, *La fiscalizzazione dell'abuso edilizio fra esigenze punitive e di ripristino dell'equilibrio urbanistico*, cit., 926 ss., laddove l'Autrice mette in luce talune criticità derivanti dall'adesione all'indirizzo restrittivo sostenuto dalla Plenaria, soprattutto in riferimento all'incerta delimitazione della categoria dei vizi formali, alla dequotazione della tutela dell'affidamento del privato ed alla complessiva coerenza dell'istituto risultante dall'interpretazione della Plenaria.

[30] A fondamento di tale assunto, la Plenaria pone ragioni, sistematiche, di tutela del corretto sviluppo urbanistico del territorio – astrattamente compromesse ove per il tramite dell'art. 38 si attribuisse all'amministrazione «una sorta di condono amministrativo affidato alla valutazione dell'amministrazione, in deroga a qualsivoglia previsione urbanistica, ambientale o paesaggistica», nonché di tutela dei terzi, controinteressati rispetto al titolo abilitativo ed eventualmente ricorrenti vittoriosi nel giudizio di annullamento proposto dinanzi al giudice amministrativo, ritenendo che «la tutela dell'affidamento del costruttore, attraverso la fiscalizzazione dell'abuso anche in relazione a vizi sostanziali, di fatto vanificherebbe la tutela del

Sennonché, la pronuncia della Plenaria ha destato qualche dubbio esegetico nella parte in cui è stato sostenuto che «il riferimento ad un vizio procedurale astrattamente convalidabile delimita operativamente il campo semantico della successiva e connessa proposizione normativa riferita all'impossibilità di rimozione, dovendo per questa intendersi una impossibilità che attiene pur sempre ad un vizio che, sul piano astratto sarebbe suscettibile di convalida, e che per le motivate valutazioni espressamente fatte dall'amministrazione, non risulta esserlo in concreto»[31].

È stato sostenuto, infatti, che sulla scorta di tale assunto il Supremo Consesso sia andato oltre il tenore letterale della norma e la *ratio* che la connota, individuando nei «vizi delle procedure» la condizione prioritaria d'accesso all'impianto normativo dell'art. 38, per nulla prevista dalla legge, rispetto alla quale l'impossibilità della riduzione in pristino resterebbe sullo sfondo. Ne deriverebbe una chiara alterazione in via interpretativa del rapporto di alternatività in cui i due presupposti sono collocati dalla norma, giungendo ad escludere *a priori* la fiscalizzazione dell'abuso ogniqualvolta vengano in rilievo vizi sostanziali, indipendentemente dalla possibilità o meno di procedere alla demolizione.

È di piana evidenza che tale lettura della sentenza della Plenaria[32] non potrebbe essere accolta con favore, in quanto foriera di una vera e propria interpretazione creativa e manipolativa del dato normativo[33], conducendo peraltro ad un effetto sostanzialmente abrogativo dell'art. 38 in ragione della crescente dequotazione dei vizi procedimentali o formali, ad oggi cristallizzata dall'art. 21-*octies* comma 2 della legge n. 241/1990, e della natura vincolata diffusamente attribuita al permesso di costruire[34].

Tuttavia, si ritiene che tali dubbi possano essere superati, oltre che per ragioni di coerenza giuridica-sistematica, soprattutto in virtù di un'accurata lettura della sentenza della Plenaria.

terzo ricorrente, il quale, all'esito di un costoso e defatigante giudizio, si troverebbe privato di qualsivoglia utilità, essendo la sanzione pecuniaria incamerata dall'erario».

[31] Cfr. Cons. St., Ad. Pl., n. 17/2020, capo 5.3 in diritto.

[32] Tale lettura della Plenaria viene proposta in senso critico da C. Silvano, *La "fiscalizzazione dell'abuso alla luce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: un istituto destinato a scomparire?*, in *Riv. Giur. Edil.*, 4, 2021, 1251B ss.

[33] Tendenza, che, a dire il vero, negli ultimi anni si è manifestata in alcune pronunce della Plenaria, come dimostrato dalle sentenze "gemelle" adottate in materia di concessioni balneari marittime (sentenze 9 novembre 2021, n. 17 e n. 18), per il cui approfondimento si rimanda a: M.A. Sandulli, *Sulle «concessioni balneari» alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Giustizia insieme*, 16 febbraio 2022; 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 *Amministr@tivamente*, 2, 2022; F. Di Lascio, *Le concessioni di spiaggia tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, in *Dir. Amm.*, 4, 2022, 1037; A. Giannelli, G. Tropea, *Il funzionalismo creativo dell'adunanza plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l'esigenza del katékon*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 5-6, 2021, 723 ss.; M. Gola, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le concessioni balneari: si chiude una annosa vicenda o resta ancora aperta?*, in *Dir. Soc.*, III, 2021, 401 ss.; M. Matassa, *Il Consiglio di Stato "immagina" il nuovo regime giuridico delle concessioni demaniali*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 5-6, 2021, 825 ss.; R. Dipace, *All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, in *Giustizia Insieme*, 15 luglio 2021. Com'è noto, peraltro, la sentenza n. 18/2021 della Plenaria è stata impugnata *ex* art. 111 Cost. dinanzi alla Corte di Cassazione, sulla scorta di plurimi motivi di gravame, tra cui: illegittimo diniego della giurisdizione (per dichiarata inammissibilità degli interventi spiegati in giudizio da alcune associazioni di categoria e dalla Regione); eccesso di potere giurisdizionale, superamento dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa ed indebito esercizio di poteri legislativi ed amministrativi. Sul punto, è recentemente intervenuta la sentenza 23 novembre 2023, n. 32559 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, che ha cassato con rinvio la sentenza impugnata, accogliendo il primo motivo di ricorso inerente al diniego di giurisdizione e dichiarando assorbiti gli altri.

[34] Cfr. A. Giusti, *La fiscalizzazione dell'abuso edilizio*, cit., 926.

Anzitutto, è la stessa Plenaria a delimitare preliminarmente l'oggetto della propria pronuncia, rilevando che i quesiti posti dalla Sezione rimettente si riferivano unicamente alla proposizione normativa dei «vizi delle procedure», così riconducendo a tale proposizione i principi interpretativi enunciati[35].

In secondo luogo, nel ragionamento logico seguito dal Supremo Consesso, la natura procedimentale o formale del vizio assume una priorità logica nell'alternativa tra fiscalizzazione e rinnovazione del titolo nell'esercizio dei poteri di convalida di cui all'art. 21-*nonies*, precludendo la fiscalizzazione ove l'amministrazione possa emendare il vizio procedimentale, ristabilendo la conformità del caso di specie al paradigma normativo. Ove ciò non sia possibile, per la non emendabilità in concreto del vizio, la natura procedimentale o formale di quest'ultimo connota di significato la successiva proposizione normativa riferita all'impossibilità della «rimozione», per tale dovendosi intendere pur sempre l'impossibilità di rimozione dei vizi procedimentali o formali. Sicché, il principio espresso dalla Plenaria risulta saldamente circoscritto al primo presupposto applicativo descritto dall'art. 38, lasciando impregiudicato ogni ulteriore accertamento sull'applicazione della fiscalizzazione per impossibilità della riduzione in pristino (a prescindere dalla natura del vizio).

Infine, ad ulteriore conferma della lettura in esame, si consideri che, dopo aver interpretato «i vizi delle procedure» nel senso di ricomprendervi solo i vizi procedurali o formali, in riferimento al caso di specie la Plenaria ha rilevato l'impossibilità di ritenere integrato tale presupposto in ragione della sussistenza di vizi sostanziali, demandando tuttavia alla Sezione rimettente ogni accertamento in fatto circa la sussistenza «dell'altra condizione, pur prevista dall'art. 38, di "impossibilità della riduzione in pristino"».

È evidente, dunque, come la stessa Plenaria abbia riconosciuto che la sussistenza di vizi sostanziali, pur escludendo l'applicazione della fiscalizzazione dell'abuso sulla scorta del primo presupposto, non impedisca *tout court* l'applicazione dell'istituto *de quo*, dovendo l'amministrazione ulteriormente accertare l'impossibilità di procedere alla restituzione in pristino.

5. I principi chiarificatori espressi dalla sentenza n. 9243/2023 del Consiglio di Stato.

Conformandosi all'orientamento consolidato in giurisprudenza[36], la sentenza in commento ha fornito un'interpretazione dell'art. 38 conforme al tenore letterale della norma ed alla logica sistematica prefigurata dal legislatore.

Anzitutto, uniformandosi all'indirizzo più restrittivo espresso dalla Plenaria, i Giudici hanno circoscritto la nozione di «vizi delle procedure amministrative» ai soli vizi procedimentali o formali non emendabili, riconoscendo alla seconda condizione (della impossibilità della «restituzione in pristino») una valenza alternativa e distinta.

Invero, nel rimarcare il rapporto di alternatività tra i due presupposti applicativi

[35] Cfr. capo 4.3.1 in diritto della sentenza n. 17/2020 della Plenaria.

[36] In termini analoghi alla sentenza in commento, si segnala anche Cons. St., Sez. VI, 4 gennaio 2023, n. 136.

previsti dalla norma in esame, il Collegio ha espressamente sostenuto che «l'art. 38 d.p.r. 380/2001 non trova applicazione nel solo caso di impossibilità di rimozione dei vizi delle procedure amministrative, ma anche nel caso di impossibilità di riduzione in pristino del bene, laddove il titolo edilizio sia stato annullato non per vizi formali o procedurali, bensì sostanziali. Si tratta, infatti, di due condizioni eterogenee poiché la prima attiene alla sfera dell'amministrazione e presuppone che l'attività di convalida del provvedimento amministrativo (*sub specie* del permesso di costruire), *ex* art. 21 *nonies* comma 2, mediante rimozione del vizio della relativa procedura, non sia oggettivamente possibile; la seconda attiene alla sfera del privato e concerne la concreta possibilità di procedere alla restituzione in pristino dello stato dei luoghi»[37].

Peraltro, riprendendo tale principio espresso dalla Plenaria nella sentenza n. 17/2020, il Collegio ha precisato che la pronuncia *de qua* «si è occupata unicamente della prima delle due condizioni», così escludendo fermamente che il riferimento ai vizi procedurali possa precludere, in caso di vizi sostanziali, la fiscalizzazione dell'abuso per impossibilità della riduzione in pristino. È interessante notare come, nel sostenere tale assunto, il Collegio abbia espressamente rigettato il motivo di gravame con cui gli appellanti, richiamando proprio i principi espressi dalla Plenaria n. 17/2020, censuravano la sentenza di primo grado nella parte in cui il TAR non aveva considerato che «la sanzione pecuniaria dell'art. 38 T.U. non è applicabile ai titoli edilizi annullati per vizi sostanziali»[38].

Ciò posto, il Collegio si è ulteriormente soffermato sul secondo presupposto applicativo dell'art. 38, relativo alla impossibilità della riduzione in pristino.

In particolare, nel rilevare nel caso di specie l'effettiva impossibilità tecnico-costruttiva di procedere alla demolizione degli abusi senza pregiudizio per le parti conformi[39], la sentenza in commento riporta alcune importanti precisazioni in merito alla stessa possibilità di individuare la sussistenza di parti conformi dell'opera abusiva nelle ipotesi di annullamento integrale del titolo edilizio.

Tale questione, infatti, è attualmente dibattuta, essendo risolta in maniera tutt'altro che univoca dalla giurisprudenza amministrativa.

Da un lato, l'orientamento più restrittivo ritiene che dall'annullamento integrale del titolo edilizio derivi «la sopravvenuta abusività del fabbricato nella sua totalità», con conseguente preclusione in radice di «ulteriori valutazioni afferenti la possibilità, o meno, di procedere alla riduzione in pristino, posto che simili valutazioni sono finalizzate ad evitare la compromissione di opere – *id est*: parti del fabbricato – legitti-

[37] Cfr. Cons. St., n. 9243/2023, capi 12.2 e 12.3.

[38] Cfr. Cons. St., n. 9243/2023, capo 12. Infatti, nella sentenza di primo grado (n. 308/2022), il TAR Parma aveva espressamente rilevato che «la distinzione tra "vizi sostanziali" e "vizi procedurali" assume significato nel solo caso in cui il provvedimento *ex* art. 38 del DPR n. 380/2001 sia motivato con il richiamo all'impossibilità della rimozione dei "vizi delle procedure amministrative" e non anche quando il provvedimento sia motivato (come nel caso di specie) con il richiamo all'impossibilità di procedere alla "restituzione in pristino" degli abusi».

[39] Sul punto, la sentenza in commento ritiene sufficientemente motivati i provvedimenti impugnati, che richiamano i pareri tecnici con cui gli uffici tecnici amministrativi rilevavano che «l'eventuale demolizione della porzione di fabbricato oggetto di abuso può ridurre in modo significativo i livelli di sicurezza per la parte di fabbricato rimanente» (cfr. capo 13.2 della sentenza in commento).

mamente realizzate, che nel caso di specie non sono esistenti»[40].

Dall'altro lato, la tesi più estensiva, cui aderisce la sentenza in commento, sostiene che l'annullamento integrale del titolo edilizio non renda necessariamente abusivo *in toto* il fabbricato, impedendo *ex se* l'individuazione di porzioni legittime (potenzialmente pregiudicate dalla demolizione delle parti abusive), dovendosi al contrario verificare se le abusività accertate abbiano «riguardato porzioni ben individuate e circoscritte degli immobili, con la conseguenza che la *regula iuris* discendente dal giudicato impone l'eliminazione delle sole parti abusive, senza incidere su quelle legittimamente realizzate»[41].

Di talché, la fiscalizzazione dell'abuso (per impossibilità tecnica della demolizione) può essere disposta anche ove il titolo edilizio sia stato annullato integralmente, purché la difformità (sopravvenuta) sia circoscritta ad una parte dell'edificio e ciò sia puntualmente desumibile dalla motivazione del provvedimento (amministrativo o giudiziale) di annullamento. Anche in tali casi, infatti, l'amministrazione, ove ritenga, sulla scorta di motivata valutazione tecnica[42], che la demolizione delle parti abusive non possa avvenire senza pregiudizio delle parti legittimamente edificate, potrà disporre l'irrogazione della sanzione pecuniaria con effetti sananti.

6. Conclusioni.

La sentenza in commento ricostruisce opportunamente la fiscalizzazione dell'abuso in maniera conforme alla *ratio* ed al tenore letterale dell'art. 38.

Invero, viene fermamente rimarcato il gradualismo logico sotteso alla disposizione legislativa in esame, per cui a seguito dell'annullamento del titolo edilizio, l'amministrazione, accertata preliminarmente l'impossibilità di procedere alla rinnovazione del titolo attraverso la rimozione dei vizi procedurali o formali *ex* art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990, provvede, sulla scorta di «motivata valutazione», a disporre la fiscalizzazione dell'abuso in luogo della demolizione laddove: *i)* il titolo edilizio sia stato annullato per vizi procedimentali o formali non emendabili in concreto; *ii)* indipendentemente dalla natura del vizio, non sia tecnicamente possibile la riduzione in pristino, in quanto gravemente pregiudizievole per le parti conformi.

Così correttamente ricostruita, la disciplina della fiscalizzazione dell'abuso, nel mitigare il meccanismo sanzionatorio dei c.d. abusi sopravvenuti, è finalizzata a tutelare la buona fede ed il legittimo affidamento del privato che abbia costruito in virtù di un titolo legittimo successivamente annullato, individuando (attraverso la previsione di apposite condizioni applicative) un opportuno punto di equilibrio con gli altri (e contrapposti) interessi in gioco, costituiti dal corretto assetto urbanistico del territorio e dalla tutela dei terzi (controinteressati rispetto al titolo edilizio ed even-

[40] Cfr. Cons. St., Sez. VI, 4 gennaio 2023, n. 136.

[41] Cfr. capo 13.7 della sentenza in commento.

[42] Alla luce del dato normativo, tale motivata valutazione può (e deve) essenzialmente riguardare due aspetti fondamentali: l'impossibilità della rinnovazione del titolo edilizio ex art. 21 nonies l. 241/1990 (ove non sia possibile e per quali ragioni); il dato tecnico, con precipuo riferimento alle ragioni sostanziali che rendono impossibile la riduzione in pristino.

tualmente ricorrenti vittoriosi nel giudizio di annullamento)[43].

Un punto di equilibrio che, risultando da una precisa scelta (*lato sensu* politica) del legislatore, non può in alcun modo essere alterato, in ossequio al fondamentale principio della separazione dei poteri, né in sede applicativa dall'amministrazione, attraverso un rinnovato bilanciamento in concreto degli interessi, né attraverso un'interpretazione (creativa) della giurisprudenza.

Non si trascura di certo che la fiscalizzazione dell'abuso per impossibilità della riduzione in pristino, ove disposta anche in presenza di difformità sostanziali dell'opera, possa arrecare un *vulnus* al corretto sviluppo urbanistico del territorio ed all'interesse dei terzi pregiudicati dall'edificazione abusiva, i quali potrebbero ottenere un vantaggio solo illusorio dall'accoglimento del ricorso di annullamento proposto avverso il titolo edilizio[44].

Limitazioni di tutela, tuttavia, che, oltre ad essere adeguatamente calibrate attraverso la previsione dei presupposti applicativi indicati dall'art. 38, devono essere accettate, in quanto espressamente autorizzate dalla legge, costituendo il "prezzo" individuato dal legislatore per ricucire il "corto circuito istituzionale" ingenerato dal rilascio di un titolo edilizio illegittimo e ciò nonostante idoneo, nelle more dell'annullamento, a legittimare l'edificazione in buona fede da parte del titolare.

Pare peraltro che la tutela dei terzi, pregiudicati dalla mancata demolizione delle opere abusive, possa essere sufficientemente recuperata in via risarcitoria, riconoscendo loro la possibilità di agire nei confronti dell'amministrazione[45] per ottenere il ristoro dei pregiudizi subiti in conseguenza del rilascio del titolo illegittimo.

La via del risarcimento dei danni, infatti, pare essere percorribile dai terzi, i quali possono dimostrare in giudizio la sussistenza di un danno ingiusto (*non iure* e *contra ius*) idoneo ad incidere negativamente sulla loro situazione giuridica sostanziale, avvinto causalmente all'esecuzione del titolo edilizio illegittimo adottato dall'amministrazione, dunque meritevole di risarcimento ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Rocco Parisi

[43] Aderendo a quanto recentemente sostenuto da Cons. St., Sez. II, 6 dicembre 2023, n. 10589, può definirsi «terzo» il soggetto «titolare di un interesse legittimo 'oppositivo', come tale legittimato ad impugnare l'altrui atto ampliativo e, specularmente, controinteressato sostanziale nel giudizio contro l'altrui diniego (o altro atto sanzionatorio-repressivo)», che «vanta una posizione qualificata nella misura in cui invoca l'osservanza di regole preordinate alla protezione (anche) della sua sfera giuridica», deducendo in giudizio «un interesse legittimo uguale e contrario a quello del destinatario dell'atto». Sulla definizione del «terzo», con particolare riferimento alla materia edilizia, si veda anche Cons St., Ad. Pl., 9 dicembre 2021, n. 22, con commento di M.A. Sandulli, *La radicata incertezza intorno alla legittimazione a ricorrere in base al criterio della vicinitas*, in S. Toschei (a cura di), *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato*, Roma, 2022.

[44] Il *vulnus* di tutela dei terzi era stato già evidenziato da G. Poli, *La cd. fiscalizzazione dell'abuso edilizio nell'art. 38, t.u.e.*, in *Riv. Giur. Edil.*, 4, 2020, 925.

[45] Diversamente, C. Silvano, *La "fiscalizzazione dell'abuso" alla luce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, cit., 1262, ritiene che i terzi possano agire nei confronti del «soggetto intestatario del permesso di costruire annullato», al fine di ottenere il risarcimento dei danni patiti a causa della costruzione illegittima.

6. Dissenso dei condòmini, legittimità urbanistica e controlli dell'amministrazione: un ritorno alla tutela civilistica dei terzi (nota a CGARS, sez. giurisdizionale, 5 giugno 2023, n. 392)

Sommario: 1. Il tema e i fatti all'origine della controversia. – **2.** Dissenso dei condòmini e legittimità urbanistica. – **3.** La distinzione di piani nella sentenza del CGARS. – **4.** Le ragioni per la tesi civilistica.

1. Il tema e i fatti all'origine della controversia.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa adotta, nella sentenza in commento, una posizione netta circa la natura delle controversie edilizie tra vicini e il ruolo che (non) deve avere l'amministrazione. Ad avviso dei giudici siciliani, l'illegittimità urbanistica di un'opera non può mai dipendere dalla presunta lesione di un diritto civilistico del terzo-vicino di casa: non è infatti compito dell'amministrazione effettuare un simile accertamento, come non lo è quello di dare esecuzione a eventuali pronunce del giudice ordinario intervenute sul punto. Come si proverà ad argomentare, si tratta di una tesi condivisibile, perché consente di tenere distinti il piano delle relazioni civilistiche tra vicini da quello delle relazioni pubblicistiche tra costruttore e pubblica amministrazione, evitando così di attribuire a quest'ultima un compito che l'ordinamento non le attribuisce.

La pronuncia è importante perché sembra discostarsi da alcuni diffusi indirizzi giurisprudenziali: il primo è quello in base al quale l'amministrazione, se edotta dell'esistenza di contestazioni sul diritto del richiedente il titolo abilitativo, debba effettuare un controllo sull'attendibilità di quanto affermato dal richiedente, pur non potendosi sostituire al giudice ordinario nell'effettuare valutazioni civilistiche[1]; il secondo è quello che afferma l'esistenza della cosiddetta 'doppia tutela', in base alla quale il terzo-vi-

[1] Per questo orientamento, in dottrina, v. F. Gaffuri, *Il permesso di costruire e i diritti dei terzi*, in *Urb. App.*, 2/2012, 150 ss., secondo cui «(…) il potere amministrativo di conformazione delle iniziative edilizie si pone in stretta correlazione con tutte le altre discipline che hanno come "terminale", immediato e diretto, il territorio, nel suo complesso o nelle singole parti di cui si compone, quali, ad esempio, la materia ambientale, la materia paesaggistica e, per l'appunto, la disciplina dei rapporti negoziali e dei diritti reali contenuta nel codice civile» (ivi, 157).

cino di casa sarebbe titolare sia di un diritto derivante dal rispetto delle norme civilistiche sugli immobili, sia di un interesse legittimo al rispetto della normativa edilizia, da far valere rispettivamente di fronte al giudice ordinario e al giudice amministrativo[2]. La sentenza del CGARS consente quindi di svolgere alcune considerazioni riguardo all'incidenza dei rapporti privati sull'attività di controllo dell'amministrazione e alla tutela dei terzi in materia edilizia.

Prima di tutto è, però, necessario descrivere la vicenda. La controversia nasce dall'ordinanza di demolizione di una canna fumaria a servizio esclusivo di un'attività di ristorazione, posta su un muro esterno condominiale comune. La presenza della canna fumaria aveva già dato luogo a un giudizio civile tra il proprietario dell'immobile al piano terra, adibito a ristorante, e la proprietaria degli immobili soprastanti, conclusosi con una sentenza che imponeva la rimozione dell'opera per alterazione del decoro architettonico dell'edificio. Il proprietario dell'immobile al piano terreno aveva, pertanto, dapprima rimosso la canna fumaria e poi ne aveva installata una diversa, che riteneva conforme alla legge e al giudicato. La nuova collocazione della canna fumaria era autorizzata dal Comune, previo parere dell'ARPA. Anche la nuova canna fumaria veniva però rimossa, stavolta a opera dell'ufficiale giudiziario, in esecuzione della sentenza civile sopra richiamata. A questo punto, gli interessati, dopo aver presentato una Scia nel 2020 ritenuta inammissibile dal Comune, trasmettevano al Comune una CIL e reinstallavano la canna fumaria. Il caso tuttavia rimaneva aperto: in esito a un sopralluogo, i tecnici comunali e i vigili urbani evidenziavano nella loro relazione come la installazione della canna fumaria, già autorizzata dal Comune, avesse bisogno del consenso di tutti i condòmini, consenso che invece mancava nel caso di specie. In base a tale relazione, il Comune ingiungeva la demolizione della canna fumaria, pur confermando che quest'ultima rispettasse i parametri fissati dal regolamento edilizio.

Gli odierni proprietari e il conduttore dell'immobile al piano terra ricorrevano quindi al Tar per l'annullamento dell'ordine di demolizione e dei provvedimenti conseguenti[3]. Il Tar respingeva il ricorso[4], tra l'altro, perché condivideva la tesi dell'amministrazione secondo cui occorresse il previo assenso degli altri condòmini per la realizzazione dell'opera. La necessità di tale consenso, assente nel caso di specie, risponde secondo il Tar, «(anche) all'esigenza di prevenire controversie in ordine alla gestione della cosa comune ed alla potenziale lesione delle prerogative proprietarie»: in quest'ottica, il provvedimento dell'amministrazione svolge una funzione arbitrale rispetto a una questione civilistica.

[2] Per una rassegna degli orientamenti giurisprudenziali in materia, si vedano, tra altri, A. Berra, R. Damonte, *Art. 11*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, III ed., Milano, 2015, spec. 336 ss. e A. Chierichetti, *Testo unico in materia edilizia, Art. 11*, in R. Ferrara, G.F. Ferrari (a cura di), *Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica ed edilizia*, III ed., Milano, 2019, spec. 293 ss.

[3] Cioè il conseguente accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione, nonché il provvedimento con cui veniva comunicata la immissione in possesso e l'acquisizione gratuita al patrimonio del Comune ai sensi dell'art. 31, c. 3, d.P.R. n. 380/2001.

[4] Tar Sicilia, Catania, I, 13 dicembre 2021, n. 3730.

2. Dissenso dei condòmini e legittimità urbanistica.

La asserita mancanza del consenso dei condòmini viene quindi a condizionare, nella ricostruzione del giudice di primo grado, la legittimità dell'intervento edilizio, a causa della violazione dell'art. 1102, c. 1, del codice civile. Quest'ultima disposizione prevede che ciascun partecipante possa servirsi della cosa comune «purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto»; le modifiche apportate dal singolo condomino sono soggette inoltre al rispetto del decoro architettonico dell'edificio, limite posto in generale dall'art. 1120, c. 4, c.c., per le innovazioni nel condominio di edifici[5].

Nella prospettiva adottata dal Tar, il rispetto di questi limiti civilistici costituisce un presupposto necessario per la sussistenza della legittimazione a richiedere il titolo edilizio e deve pertanto essere soggetto a un controllo da parte dell'amministrazione. Sulla natura di questo controllo si è più volte espressa la giurisprudenza amministrativa: se, infatti, può sembrare ragionevole che l'amministrazione effettui un simile controllo (così da evitare che sia concesso un titolo edilizio a chi non è legittimato), è pur vero che su una questione civilistica la parola non può che essere affidata al giudice ordinario. In ragione di ciò, la giurisprudenza maggioritaria (sia in materia di interventi su parti condominiali comuni che, in generale, in materia di rilascio di titoli edilizi) si attesta, come noto, su una linea interpretativa mediana, in base alla quale l'amministrazione, «quando venga a conoscenza dell'esistenza di contestazioni sul diritto del richiedente il titolo abilitativo, debba compiere le necessarie indagini istruttorie per verificare la fondatezza delle contestazioni, senza però sostituirsi a valutazioni squisitamente civilistiche (che appartengono alla competenza del giudice ordinario), arrestandosi dal procedere solo se il richiedente non sia in grado di fornire elementi *prima facie* attendibili»[6]. La specificazione della attendibilità *prima facie* consente di evitare che l'amministrazione sia tenuta a effettuare dispendiosi accertamenti sulla titolarità di un diritto civilistico.

Una recente giurisprudenza del Consiglio di Stato ha poi precisato che il controllo dell'amministrazione debba «sempre collegarsi al riscontro di profili d'illegittimità dell'attività per contrasto con leggi, regolamenti, piani, programmi e regolamenti edilizi, mentre non può essere esercitato a tutela di diritti di terzi non riconducibili a quelli connessi con interessi di natura pubblicistica, quali ad esempio il rispetto delle distanze dai confini di proprietà o del di-

[5] In particolare, l'art. 1120, c. 4, c.c. prevede che «Sono vietate le innovazioni che possano recare pregiudizio alla stabilità o alla sicurezza del fabbricato, che ne alterino il decoro architettonico o che rendano talune parti comuni dell'edificio inservibili all'uso o al godimento anche di un solo condomino».

[6] La citazione è tratta da Cons. Stato, VI, 13 marzo 2023, n. 2618, pronuncia conforme alla più recente giurisprudenza del massimo giudice amministrativo. Nella stessa sentenza si legge che, in un caso simile a quello di cui ci si sta occupando, «era preciso compito dell'Amministrazione verificare l'effettiva legittimazione dell'appellante a richiedere il titolo richiesto» e che il Comune «non poteva ignorare la posizione esplicitamente espressa dal condominio» in senso contrario all'intervento edilizio. Si vedano anche, sempre in tema di costruzioni su parti comuni, Cons. Stato, VI, 30 agosto 2022, n. 7540 e Cons. Stato, IV, 4 maggio 2010, n. 2546 (dove i giudici ritengono che, pur mancando il consenso dei condòmini, lo stesso non era necessario poiché, nel caso di specie, appariva «manifesta» la «osservanza dei limiti posti dagli artt. 1102 e 1120 c.c. all'uso del tetto comune da parte dei singoli comproprietari»).

stacco dagli edifici». In altre parole, il controllo dell'amministrazione riguarderebbe solo la legittimità urbanistica delle opere; tuttavia, la stessa sentenza – in linea con l'orientamento maggioritario – fa salvo il caso in cui «*de plano* risulti l'inesistenza di un titolo giuridico che fondi la legittimazione attiva del richiedente il titolo edilizio»[7]. Se da quest'ultima giurisprudenza emerge l'idea che l'amministrazione non debba, almeno in linea di principio, occuparsi di questioni civilistiche, vi sono altre pronunce, proprio in tema di opere su parti comuni, che, pur scindendo il profilo della conformità urbanistica da quello del consenso dei condòmini, ammettono invece che il controllo dell'amministrazione risponda specificamente «alla esigenza di prevenire controversie in ordine alla gestione della cosa comune ed alla potenziale lesione delle prerogative proprietarie»[8].

Queste oscillazioni giurisprudenziali sulla finalità del controllo e sulla effettiva distinzione tra legittimità urbanistica e titolo civilistico mostrano come, una volta accettata l'idea che all'amministrazione competa un controllo sui titoli, non sia facile individuarne il limite. Del resto, il criterio della facile rilevabilità della contestazione – pur fondato sulle ragioni richiamate: evitare il rilascio di titoli edilizi a chi non ne abbia la legittimazione e al contempo non gravare l'amministrazione di un onere di controllo eccessivo – non appare pienamente convincente dal punto di vista teorico. Infatti, o si ritiene che la legge imponga all'amministrazione un controllo sui titoli del richiedente[9] – e, allora, se così fosse, il controllo dovrebbe essere sempre fatto e in modo completo – oppure si ritiene che tale controllo non competa all'amministrazione.

[7] Cons. Stato, IV, 24 febbraio 2022, n. 1302, citata da M.A. Sandulli, *Edilizia*, in *Riv. Giur. Ed.*, 3/2022, 171 ss., cui si rinvia in generale sul tema. Netta circa la distinzione tra rapporto pubblico e rapporti privati è anche Cons. Stato, 24 marzo 2011, n. 1770, ove si legge che «la concessione edilizia è un atto amministrativo che rende semplicemente legittima l'attività edilizia nell'ordinamento pubblicistico, e regola solo il rapporto che, in relazione a quell'attività, si pone in essere tra l'autorità amministrativa che lo emette ed il soggetto a favore del quale è emesso, ma non attribuisce a favore di tale soggetto diritti soggettivi conseguenti all'attività stessa, la cui titolarità deve essere sempre verificata alla stregua della disciplina fissata dal diritto comune» (in proposito v. anche A. Chierichetti, *Testo unico in materia edilizia, Art. 11*, cit., 293). La distinzione tra attività pubblicistiche e questioni civilistiche trova conferma anche nella giurisprudenza della Cassazione: si veda, per esempio, Cass. civ., II, 20 gennaio 2022, n. 1764, secondo cui «[…] in tema di distanze nelle costruzioni, il principio secondo cui la rilevanza giuridica della licenza o concessione edilizia si esaurisce nell'ambito del rapporto pubblicistico tra P.A. e privato, senza estendersi ai rapporti tra privati, deve essere inteso nel senso che il conflitto tra proprietari interessati in senso opposto alla costruzione deve essere risolto in base al diretto raffronto tra le caratteristiche oggettive dell'opera e le norme edilizie che disciplinano le distanze legali, tra le quali non possono comprendersi anche quelle concernenti la licenza e la concessione edilizia, perché queste riguardano solo l'aspetto formale dell'attività costruttiva, con la conseguenza che, così come è irrilevante la mancanza di licenza o concessione edilizia allorquando la costruzione risponda oggettivamente a tutte le prescrizioni del codice civile e delle norme speciali senza ledere alcun diritto del vicino, così l'aver eseguito la costruzione in conformità della ottenuta licenza o concessione non esclude di per sé la violazione di dette prescrizioni e quindi il diritto del vicino, a seconda dei casi, alla riduzione in pristino o al risarcimento dei danni».

[8] Tar Campania, VI, 18 aprile 2017, n. 2114, ove si legge che l'assenso dei condòmini «non rileva ai fini della conformità urbanistica […] trattandosi di aspetti rimessi alla esclusiva valutazione della autorità amministrativa», ma tuttavia «la necessità di acquisire il previo assenso dei condomini ai fini del rilascio di titoli abilitativi al posizionamento sulle facciate dei fabbricati di canne fumarie, risponde alla esigenza di prevenire controversie in ordine alla gestione della cosa comune ed alla potenziale lesione delle prerogative proprietarie».

[9] L'obbligo del controllo si potrebbe ricavare dall'art. 11, c. 1, d.P.R. n. 380/2001, che stabilisce che il permesso di costruire sia rilasciato «al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo» oppure, in generale, dall'art. 6, c, 1, lett. a) della l. n. 241/1990, laddove richiede che il responsabile del procedimento valuti «le condizioni di ammissibilità i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione del provvedimento» (in tal senso, v. A. Berra, R. Damonte, *Art. 11*, cit., 338); si veda anche F. Gaffuri, *Il permesso di costruire e i diritti dei terzi*, cit., 157.

Proprio quest'ultima è la via intrapresa dal CGARS nella sentenza che si annota: basandosi sulla distinzione tra rapporti fra condòmini e rapporto con l'amministrazione, il giudice 'libera' quest'ultima dall'onere del controllo sul rispetto delle regole civilistiche da parte del richiedente e si fa carico in maniera convincente delle conseguenze di tale distinzione.

3. La distinzione di piani nella sentenza del CGARS.

La pronuncia ruota attorno alla questione dell'assenza del consenso dei condòmini alla costruzione della canna fumaria: il punto è, del resto, «dirimente» per i giudici dal momento che l'ordinanza di demolizione è motivata con rinvio alla relazione di sopralluogo nella quale «dopo il riferimento all'art. 1102 del c.c., testualmente è riportato che *"in conseguenza del mancato assenso preventivo reso dagli altri soggetti comproprietari, viene meno la piena legittimità da parte del sig. …, alla collocazione dell'opera in argomento su parti comuni…"*».

Ebbene, ad avviso del CGARS, l'errore dell'amministrazione è consistito proprio nell'aver sovrapposto il piano dei rapporti civilistici tra condòmini con quello relativo alla conformità urbanistica dell'opera. Si legge, infatti, nella pronuncia che l'amministrazione «dalla supposta violazione dell'art. 1102 c.c., il cui accertamento invece appartiene al Giudice ordinario, ha fatto derivare l'illegittimità urbanistica, con conseguente emissione dell'ordinanza di demolizione e, a seguire, quella di acquisizione»: secondo i giudici siciliani, invece, l'abusività di un'opera «che sia urbanisticamente realizzabile» non può essere «in alcun senso condizionata dall'assenso o dal dissenso degli altri comproprietari», essendo pacifico che i loro diritti «non sono giammai pregiudicati dal rilascio del titolo edilizio». E tra questi diritti rientrano anche quelli connessi all'eventuale violazione dei limiti posti dall'art. 1102 c.c. e alla lesione del decoro architettonico dell'edificio. La distinzione dei piani non porta naturalmente ad affermare l'irrilevanza delle norme civilistiche ma a prendere atto che la loro violazione rileva unicamente nei rapporti fra condòmini: ricorrendo ancora alle parole della sentenza, alla violazione di tali norme «corrispondono diritti soggettivi individuali di ogni altro condomino, e non già interessi legittimi tutelabili in via amministrativa».

Ne consegue che «i diritti dei terzi sono tutelabili (esclusivamente) mediante azioni civili innanzi al Giudice ordinario». Il CGARS nega dunque la possibilità per il terzo, in un caso di questo tipo, di ottenere la 'doppia tutela', cioè la tutela dei diritti di fronte al giudice ordinario e degli interessi legittimi lesi dal titolo edilizio di fronte al giudice amministrativo: il condomino è, infatti, estraneo al rapporto tra l'amministrazione e il costruttore e, per definizione, non può venirne leso.

La tesi del CGARS è molto lineare e porta con sé alcune conseguenze, esplicitate nella sentenza.

In primo luogo, secondo i giudici siciliani, la legittimità di un intervento edilizio che uno dei condòmini richieda di fare sulla parte comune ai sensi dell'art. 1102 c.c. deve essere valutata dall'amministrazione «senza riguardo ai profili civilistici e ai connessi limiti posti dal cit. art. 1102», incluso quindi il rispetto del decoro architettonico. L'amministrazione è infatti competente ad autorizzare un simile intervento «solo per i profili amministrativi», mentre sui profili civilistici ha titolo di pronunciarsi unicamente il giudice civile.

La stessa distinzione di profili si realizza anche sul piano esecutivo. Secondo la tesi del CGRAS, non è compito dell'amministrazione quello di dare esecuzione alle sentenze del giudice civile[10]. Del resto, come sottolinea la sentenza, l'amministrazione ha la possibilità di intervenire in autotutela per revocare o annullare un'autorizzazione illegittima, senza che ciò dipenda da una precedente o sopravvenuta sentenza del giudice civile. Il CGARS ammette naturalmente che dalla sentenza del giudice civile possa sorgere un obbligo di rimozione di un'opera: tuttavia, un simile intervento repressivo è azionabile da chi ne abbia titolo nei modi previsti dal codice di procedura civile.

Infine, mentre la tesi del giudice di primo grado si fondava sulla difesa dei diritti dei condòmini, il CGARS svolge in proposito un ragionamento opposto: l'amministrazione non solo difetta del potere di intervenire in tal senso, ma difetta anche «degli strumenti tecnici per valutare» simili questioni civilistiche. Vi è di più: i diritti dei condòmini – prosegue la sentenza – potrebbero addirittura essere lesi dall'intervento dell'autorità pubblica («anche solo in via di stretta esecuzione delle sentenze rese dal giudice civile»). Infatti, anche dopo la demolizione imposta dal giudicato civile, le parti «restano perfettamente libere di transigere o novare ogni loro diritto od obbligo scaturente da esso»: pertanto, l'esecuzione della pronuncia da parte dell'amministrazione potrebbe ledere «il diritto di tutte le parti a ulteriormente esercitare la propria autonomia negoziale pur dopo il giudicato civile». Se, invece, la condomina controinteressata avesse inteso opporsi ancora all'attività edilizia, avrebbe dovuto coerentemente «rivolgersi nuovamente al Giudice ordinario per accertare se la nuova canna fumaria violasse ancora il decoro architettonico».

4. Le ragioni per la tesi civilistica.

La soluzione individuata dal CGARS si distingue per chiarezza dei presupposti e coerenza degli sviluppi. A fronte di una vicenda che, pur nella sua ordinarietà di lite condominiale, si era intricata per il susseguirsi di provvedimenti amministrativi e giurisdizionali, i giudici siciliani individuano la soluzione nella separazione dei rapporti che intercorrono, rispettivamente, tra i condòmini e tra il costruttore e la pubblica amministrazione.

Non si tratta di una novità: la stessa Corte di Cassazione[11] afferma che è irrilevante, sul piano civilistico, che l'attività edilizia sia stata acconsentita dalla pubblica amministrazione. Meno limpida è invece, come s'è detto, la giurisprudenza amministrativa[12], che anche quando riconosce che l'amministrazione non debba occuparsi di questioni civilistiche, tuttavia ritiene sussistente un dovere di controllo *prima facie* dell'amministrazione sul titolo del richiedente. Non sembra però potersi tenere tutto insieme: se si ammette che l'amministrazione debba – più o meno approfonditamente – occuparsi delle vicende civilistiche, allora i due piani finiscono per sovrapporsi[13], con le conse-

[10] In senso conforme, v. anche la successiva sentenza del CGARS, sez. giurisdizionale, 21 agosto 2023, n. 535.

[11] Cass. civ., SS.UU., 22 settembre 2016, n. 18571; Cass. civ., II, 20 ottobre 2021, n. 29166.

[12] Non tutta, però: si vedano per esempio Tar Abruzzo, L'Aquila, I, 23 marzo 2016, n. 177 e Cons. Stato, V, 7 settembre 2009, n. 5223.

[13] Per usare le parole di A. Berra, R. Damonte, *Art. 11*, cit., 325, «la disciplina civilistica si proietta su quella amministrativa per

guenze stigmatizzate dallo stesso CGARS, cioè l'assenza dei mezzi per dirimere la controversia in capo all'amministrazione e la potenziale lesione dell'autonomia privata[14].

Che la soluzione di un contrasto tra privati circa la titolarità di un diritto sia un compito complesso, che sfugge alla competenza dell'amministrazione pubblica, è dimostrato anche dal caso che ci interessa, nel quale la questione civilistica pareva invece chiara, sia perché evidente risultava il dissenso di un condomino, sia perché si era addirittura formato sul punto un giudicato civile: eppure, come ammesso dallo stesso Tar nella pronuncia di primo grado, i limiti di quel giudicato non erano facilmente identificabili (si poneva infatti, in concreto, la questione di individuare a quale delle diverse canne fumarie installate nel tempo si riferisse l'ordine di demolizione del giudice civile)[15].

Di là dalla difficoltà pratica, occorre però ancor prima domandarsi se sul piano giuridico l'amministrazione sia tenuta a svolgere una simile funzione arbitrale e se la sua attività debba essere condizionata da una contestazione sul titolo civilistico. La risposta alla domanda dovrebbe dipendere dalla disciplina della singola fattispecie: l'amministrazione è, infatti, titolata a intervenire e a effettuare un controllo quando una norma lo richieda[16]. Ebbene, in questo caso, sia che si ritenga (come fa il Tar) che l'installazione della canna fumaria necessitasse del permesso di costruire, sia che si ritenga invece (come il CGARS) che l'intervento richiedesse una semplice s.c.i.a., le norme che disciplinano l'attività dell'amministrazione non richiedono un controllo sul titolo del richiedente[17]. A quest'ordine di idee aderisce anche il CGARS, che addirittura offre un esempio in motivazione: dopo aver ribadito che non spetta all'amministrazione, «neanche incidentalmente», di valutare se l'opera integri un'alterazione della destinazione della cosa comune o se il suo utilizzo sia incompatibile con l'uso paritario altrui o se l'opera sia lesiva del decoro architettonico, i giudici sottolineano che quest'ultimo compito potrebbe spettare semmai «solo nei congrui casi» all'amministrazione dei beni culturali.

quanto riguarda l'esatta individuazione del soggetto titolare dello *jus aedificandi* ed in quanto tale abilitato a conseguire il titolo edificatorio».

[14] Sul punto sia consentito rinviare a L. Ferrara, G. Mannucci, I. Piazza, *Sui rapporti di vicinato in una giurisprudenza recente. Diritti soggettivi* e *interessi legittimi, diritti soggettivi* trasformati in *interessi legittimi o* soltanto *diritti soggettivi?*, in *Dir. Pubbl.*, 2023, spec. 315.

[15] Si trova in ciò conferma, incidentalmente, che in sede di esecuzione civile vengono compiuti accertamenti preordinati alla stessa esecuzione della sentenza: in generale sul tema si rinvia, per tutti, a P. Biavati, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2023, 783 ss.; in particolare sulla analogia, da questo punto di vista, tra processo di esecuzione e giudizio di ottemperanza si rinvia invece a L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, spec. 57 ss. e 250 ss.

[16] Per questa impostazione, v. G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 246 ss.

[17] Diverso è il caso delle norme sulle distanze tra le costruzioni, che, come noto, costituiscono limiti legali e integrano il parametro di conformità edilizia: oltretutto, in questo caso, «trattandosi (…) di vincoli direttamente imposti dalla legge, per essi non si pongono certo problemi in tema di "conoscibilità" dei medesimi da parte dell'Amministrazione» (A. Berra, R. Damonte, *Art. 11*, cit., 322). Anche su questo punto, v. G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., 249 ss. Nega che la verifica dell'amministrazione sul titolo del richiedente possa «mai tradursi in una funzione arbitrale o paragiudiziale» G. Pagliari, *Il permesso di costruire*, in F.G. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, vol. I, Torino, 2018, 771 s., secondo cui l'attività dell'amministrazione debba limitarsi a una «verifica dell'idoneità giuridico-formale del documento prodotto ad attestare la titolarità del diritto di proprietà o della diversa qualità vantata per legittimare la richiesta del permesso di costruire».

Vero è che il permesso di costruire deve essere rilasciato dall'amministrazione al «proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo», tuttavia lo stesso articolo del testo unico sull'edilizia si chiude con la clausola di salvezza dei diritti dei terzi (art. 11, c. 3, d.P.R. n. 380/2001), sulla quale si fonda il sistema. I terzi non sono pregiudicati dal rilascio del titolo edilizio e non sono privati di tutela, ma possono richiederla nelle forme previste dalle leggi e dal processo civile[18].

Questa non è l'unica possibile interpretazione della clausola di salvezza dei diritti dei terzi. Si è, infatti, anche sostenuto in dottrina che i diritti dei terzi non solo non possano, ma neppure debbano essere lesi dall'attività dell'amministrazione. Ne conseguirebbe che l'amministrazione sarebbe tenuta a negare il rilascio del titolo edilizio ogni volta che vi sia una contestazione sul diritto del richiedente, «pur in presenza di un progetto astrattamente conforme alla normativa urbanistica della zona di riferimento»: ciò non solo nel caso in cui emerga «con chiarezza» l'assenza del titolo di godimento ma anche quando la sua sussistenza sia «incerta o contestata»[19]. Simile ricostruzione supera, quindi, anche l'impostazione della giurisprudenza prevalente (che richiede solo un controllo *prima facie* sui titoli) ed è certamente coerente con le proprie premesse.

Si può, tuttavia, obiettare che il significato della clausola di salvezza sembra proprio quello di separare il rapporto che corre tra amministrazione e richiedente da quello privatistico che lega quest'ultimo a eventuali terzi. Si arriverebbe inoltre, sul piano pratico, alla conseguenza, difficilmente accettabile, che il rilascio di un titolo edilizio dovrebbe essere negato, pur se vi sia la conformità urbanistica, almeno[20] fino alla pronuncia del giudice civile[21], e in presenza di una semplice opposizione[22] da parte di un controinteressato.

Ippolito Piazza

[18] Come ricorda anche il CGARS nella sentenza, il rilascio del titolo edilizio deve avere «esclusivo riguardo alla compatibilità urbanistica» dell'opera; il che «non implica affatto che essa non sia lesiva di diritti soggettivi altrui», ma ogni questione che li riguarda ha una «unica sede competente, che è il giudizio civile». Una ricostruzione simile è seguita anche in L. Ferrara, G. Mannucci, I. Piazza, *Sui rapporti di vicinato in una giurisprudenza recente*, cit., spec. 314 ss.

[19] F. Gaffuri, *Il permesso di costruire e i diritti dei terzi*, cit., 158.

[20] Ché, come abbiamo visto, neppure il giudicato civile è a volte in grado di chiudere la questione.

[21] F. Gaffuri, *Il permesso di costruire e i diritti dei terzi*, cit., 159.

[22] Lo stesso Autore specifica che la contestazione dovrebbe essere «puntuale e dettagliat[a]» (F. Gaffuri, *Il permesso di costruire e i diritti dei terzi*, cit., 158), introducendo tuttavia così un elemento di valutazione che si scontra con la linearità della stessa tesi; anche D. Chinello, *Legittimazione edilizia dei singoli condòmini per intervenire sulle parti comuni e poteri comunali di verifica*, in *Urb. App.*, 4/2012, 461, che aderisce alla tesi del controllo sui titoli da parte dell'amministrazione, suggerisce di porre a carico del richiedente una «accurata verifica tecnica» circa la applicazione dell'art. 1102 c.c. e, quindi, circa possibilità di effettuare un intervento sulle parti comuni senza aver prima ottenuto il consenso dei condòmini. Sulla necessaria 'serietà' delle contestazioni sul titolo civilistico, si veda la recente sentenza del CGARS, sez. giurisdizionale, 15 settembre 2023, n. 569.

III.
Atto e procedimento amministrativo

1. Integrazione postuma della motivazione ed esaurimento della discrezionalità (nota alla sentenza n. 361 del 26.1.2024 del TAR Sicilia - Catania, IV sezione)

Sommario: 1. Sintesi del fatto. – **2.** Inquadramento e fondamento giuridico. – **3.** Ammissibilità dell'integrazione conservativa ed esaurimento della discrezionalità. – **4.** L'integrazione postuma alla prova dei fatti. – **5.** Conclusioni: il delicato equilibrio tra poteri costituzionali.

1. Sintesi del fatto.

La sentenza in commento concerne un procedimento amministrativo connotato da discrezionalità tecnica (concorso pubblico), a fronte del quale si staglia un interesse legittimo pretensivo del ricorrente (ottenimento dell'incarico). La ricostruzione della parte in fatto è piuttosto agevole. Il contenzioso origina dall'impugnazione, ad opera del privato, della determinazione con la quale l'autorità pubblica, all'esito della procedura concorsuale, negando di procedere alla stipula del contratto di lavoro col primo della graduatoria, ha dichiarato vincitore il secondo classificato. La pretermissione del ricorrente è stata giustificata dall'accertamento del rinvio a giudizio per alcuni reati che, in forza delle previsioni del bando, avrebbero portato all'estromissione dalla gara qualora consolidati in cosa giudicata.

Avviato il contenzioso amministrativo, l'autorità pubblica ha emanato un nuovo provvedimento a mezzo del quale ha convalidato la precedente delibazione, specificandone le ragioni. Questo secondo atto è stato ritualmente avversato dalla parte ricorrente con motivi aggiunti *ex* art. 43 c.p.a., adducendo, tra l'altro, un'inammissibile integrazione postuma della motivazione provvedimentale.

Il giudice amministrativo si è pronunciato con la sentenza in commento[1]. Dichiarato improcedibile il ricorso principale per sopravvenuta carenza di interesse alla luce del più recente provvedimento, quello per motivi aggiunti è stato rigettato nel merito. In sintesi e per quanto qui rileva, il collegio, richiamando un nutrito filone giurisprudenziale, ha ritenuto legittima l'integrazione successiva, in quanto operata non tramite atti processuali, bensì per mezzo di un autonomo intervento in sede amministrativa - nella specie, un provvedimento conservativo di secondo grado.

[1] Al momento in cui si scrive ancora passibile di appello.

La pronuncia in commento si segnala dunque per aver assecondato la direttrice che conferisce piena cittadinanza nel nostro ordinamento, sebbene entro puntuali limiti, alla cosiddetta integrazione postuma della motivazione lite pendente. Questa tematica, in particolare, merita un *excursus*, al fine di comprenderne caratteri e disciplina sostanziale. Lo studio propone inoltre un collegamento con l'idea della riduzione della discrezionalità amministrativa anche per mezzo di un contegno procedimentale o processuale da parte della p.a., secondo la dottrina del *one shot*. La sentenza del TAR pare perciò un'ottima occasione per chiarire i recenti sviluppi in materia.

2. Inquadramento e fondamento giuridico.

La pronuncia in analisi dà per presupposta la nozione di integrazione postuma della motivazione, senza spendere parole sul punto. È bene precisare che con tale formula e altre consimili[2] si fa riferimento al fenomeno per cui l'amministrazione, parte resistente in un giudizio di impugnativa provvedimentale ormai pendente, completa la parte motiva dell'atto avversato con elementi di fatto e di diritto a suo tempo non esplicitati ma già presenti nella fattispecie[3], al dichiarato fine di evitare l'annullamento giurisdizionale per vizio motivazionale.

L'istituto non possiede, nel nostro ordinamento[4], un'esplicita base normativa; questa è una delle principali ragioni del ricco dibattito, pretorio e dottrinale, circa la sua ammissibilità. Prima però di approfondire quest'ultimo aspetto[5], è pregiudiziale risolvere alcuni nodi per comprendere i confini della figura, cioè quello della base normativa e quello della distinzione da istituti affini.

Dietro l'etichetta integrazione postuma si celano almeno tre significati[6], tutti ac-

[2] Quali "motivazione successiva", "motivazione sopravvenuta", "integrazione successiva". Per una definizione dottrinaria, M. Occhiena, *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro amministrativo TAR*, II, 2003, 528: " [le integrazioni sono] *modifiche al discorso argomentativo elaborato dall'amministrazione a sostegno del dispositivo provvedimentale dirette ad introdurre,* ex novo *e dopo l'adozione della decisione, dati motivanti obiettivamente suscettibili di giustificare il provvedimento emanato, che non siano riscontrabili oppure che non siano sufficientemente articolati nell'atto impugnato*".

[3] Se venissero in rilievo elementi sopraggiunti, si dovrebbe per forza riaprire un procedimento *ex novo*.

[4] A differenza, ad esempio, del sistema tedesco con il par. 114, seconda frase, VwGO (che, introdotto nel 1997, dispone: "*L'amministrazione può indicare ulteriori ragioni a sostegno della propria decisione nei procedimenti innanzi all'autorità giurisdizionale*"). La *ratio* della disposizione è così individuata nella risoluzione della Commissione giuridica del 1996 sul progetto di riforma della legge sul processo amministrativo: "*Conformemente alla giurisprudenza del Tribunale amministrativo federale, si chiarisce che l'amministrazione può anche introdurre considerazioni discrezionali relative al diritto sostanziale durante il procedimento giudiziario*". Per approfondimenti, M. Axmann, *Das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsrechtsstreit*, Francoforte, 2001, 92 ss.; per analisi di più ampio respiro, H. Sodan, J. Ziekow, *Verwaltungsgerichtsordnung. Grosskommentar*, Baden-Baden, 2018, 2326 ss. e 2426 ss., e K.F. Gärditz, *VwGO Kommentar*, Colonia, 2018, 1024 ss. e 1050 ss.. Sulla necessità comunque di un'interpretazione restrittiva della citata disposizione, si veda M. Axmann, *op. cit.*, 182, secondo il quale: "[…] *l'ammissibilità dell'integrazione ai sensi del par. 114 deve essere risolta in ogni caso negativamente se il procedimento istruttorio, in particolare il test di opportunità, appare indispensabile per la tutela giurisdizionale dell'attore o se al procedimento istruttorio viene attribuito un peso non trascurabile in un determinato ambito*".

[5] Si rinvia fin da ora al paragrafo successivo.

[6] La distinzione è presente in dottrina (G. Virga, *Motivazione successiva e tutela della pretesa alla legittimità sostanziale del provvedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, V, 1993, 510; G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 2017, 1242) e, da ultimo, ha attecchito, con piccole sfumature, anche in giurisprudenza: cfr. Cons. St. sez. VI 3385/2021, con nota critica di F. Aperio Bella, *Limiti*

comunati da un elemento processuale (la pendenza di un'azione di annullamento) e da uno sostanziale (il provvedimento è viziato dal lato motivazionale e pertanto, in astratto, il contenzioso dovrebbe risolversi a favore del ricorrente; l'esito sfavorevole per la parte pubblica viene però evitato, appunto, a mezzo dell'integrazione). Le tre decodificazioni che si propongono sono le seguenti: la p.a. integra il profilo motivazionale per mezzo degli scritti difensivi presentati nel processo; il giudice amministrativo ricostruisce la complessiva motivazione provvedimentale sulla base di atti che sono ricavabili dal procedimento amministrativo e sono stati acquisiti al processo (cosiddetta motivazione implicita); il soggetto pubblico colma il vizio motivazionale tramite un sopravvenuto e autonomo atto di manutenzione.

La prima variante è generalmente ritenuta immeritevole di riconoscimento[7]; lo afferma testualmente proprio la decisione in oggetto. Piuttosto agevole capire le ragioni di questa esclusione: sul piano delle attribuzioni, non può il difensore della parte pubblica resistente assumere le vesti dell'amministrazione, in totale spregio dell'ordine legale delle competenze, fornendo valutazioni e operando decisioni che l'ordinamento riserva alla p.a.. Sul piano delle garanzie individuali, inoltre, l'integrazione avverrebbe al di fuori della cornice procedimentale fissata dal legislatore.

Quello che semmai si potrebbe arrivare a concepire, come propone autorevole dottrina[8], è che questa casistica, ridondando nella seconda sopra individuata, risulti in definitiva ammissibile. Non si tratterebbe più allora di un completamento motivazionale offerto con gli atti di parte, ma di allegare al processo tutto il materiale necessario per guidare il giudice nella comprensione della fattispecie, magari su impulso giudiziario *ex* art. 64 c. 3 c.p.a.. Ciò non significa che la giustificazione errata venga ampliata indicando nuove ragioni di fatto o di diritto, non potendo essere presentati elementi che non siano stati precedentemente menzionati nella motivazione. Invece, è da intendersi come la spiegazione più dettagliata di componenti già esistenti, ma non chiaramente formulate. In questi termini, il centro dell'analisi si sposta dal difensore (comunque sempre abilitato, al pari della controparte, a presentare elementi utili a fini difensivi) all'organo giudicante, chiamato, grazie al principio dispositivo e al contraddittorio endoprocessuale, a enucleare il sostrato della contesa (art. 32 c. 2 c.p.a.).

Si potrebbe dunque ritenere che la condotta processuale dell'amministrazione, se non propriamente in grado di integrare la motivazione dell'atto avversato, quantomeno sia idonea a fare luce sul rapporto sotteso (un po' come se fossero dei chiarimenti

alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio, disponibile al sito *giustiziainsieme.it*, 2021, 1.

[7] G. Virga, *op. cit.*, 510, ma si veda subito *infra*;, *op. cit.*, 1242; Cons. St. sez. VI nn. 1026 e 1703 del 2023, n. 3385 cit., sez. VI 5984/2018 e sez. III 2247/2014, ma anche TAR Lazio, Roma, sez. III *bis*, n. 335/2024. Il tema è stato approfondito in TRGA Trento 81/2021 che, richiamando l'arresto del Consiglio di Stato del medesimo anno, conferma l'inammissibilità dell'integrazione a mezzo scritti difensivi.

[8] Il riferimento è a G. Virga, *ibidem*. Ancor più radicalmente, si avverte in M.S. Giannini, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, 1977, 267, in nota, che la questione se sia possibile per il difensore dell'amministrazione integrare la motivazione mediante gli scritti difensivi "[…] *è mal posta e si risolve in un luogo comune; il problema è solo probatorio, in quanto il provvedimento può essere collegato ad altri provvedimenti, a comportamenti, a prassi, che non sono enunciati in alcun atto del procedimento di formazione ma che, se tuttavia, esistono, e se ne dimostra il collegamento, non danno luogo ad alcuna supposizione del difensore all'autorità*".

ex art. 63 c. 1 c.p.a. non richiesti d'ufficio dal magistrato, ma offerti unilateralmente dalla parte resistente).

La giurisprudenza, invero, ha in alcune pronunce[9] assecondato questa ricostruzione, pur confinandola al rispetto di precisi presupposti, estrapolati dal tessuto costituzionale (su tutti, il diritto di difesa, art. 24 Cost., e l'equo processo, artt. 111 e 113 Cost.) ed erti per evitare che il giudice abusi delle sue prerogative[10]. Dunque, l'integrazione-chiarimento può trovare spazio nel nostro ordinamento, a patto che concerna provvedimenti vincolati, che il completamento non metta in discussione il diritto di difesa del ricorrente (*recte*: che quest'ultimo possa comunque contestarlo, nel medesimo processo), che gli elementi addotti siano in realtà già evincibili dalla complessiva dinamica procedimentale[11].

Due sembrano essere i capisaldi su cui poggia questa ricostruzione: l'uno, condivisibile, risiede nella distinzione tra giustificazione e motivazione in senso stretto; l'altro, più opinabile, nel richiamo, a volte implicito, altre esplicito, all'art. 21-*octies* c. 2 della l. 241/1990.

La dicotomia giustificazione-motivazione, con la prima intendendosi l'indicazione dei presupposti legali e fattuali del potere e con la seconda la enunciazione dell'iter logico seguito per emanare il provvedimento, ha radici lontane[12] e può essere qui ripresa nel senso che per gli atti vincolati, non venendo in gioco alcuna valutazione discrezionale, sarebbe sufficiente indicare la mera giustificazione. In tali evenienze, quindi, il successivo contegno della parte pubblica in sede processuale, anche desumibile dagli scritti difensivi, sarebbe idoneo non già ad integrare una motivazione che tale strettamente non è, quanto piuttosto a puntualizzare il provvedimento stesso nei suoi aspetti formali. Si avrà così un'integrazione postuma della giustificazione, tollerabile al ricorrere degli indicati presupposti[13].

L'altra colonna portante di questa interpretazione è, come detto, l'art. 21-*octies* c. 2, primo alinea. Se il provvedimento è vincolato ed il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso, i vizi motivazionali che lo affliggono, intesi come patologie meramente formali, non possono condurre alla sua invalidazione. L'idea è dunque quella di dequotare[14] il vizio di motivazione a vizio di forma non invalidante secondo la disciplina sinteticamente richiamata. Queste conclusioni non sono in verità generalmente accolte. Tralasciando ardite tesi[15] che addirittura pervengono ad

[9] Cons. St. sez. IV 1018/2014, sez. V 4194/2013, sez. VI 1241/2010; in dottrina, si rinvia a M. Caporale, *Dal Consiglio di Stato un tentativo di canonizzazione della motivazione postuma*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, 1696.

[10] Tramutandosi "*in un organo ausiliario o in un'officina di riparazione dell'amministrazione*" (Axmann, *op. cit.*, 143).

[11] Nella letteratura e nella giurisprudenza tedesca al posto del primo limite, se ne indica un altro, e cioè che l'integrazione non snaturi la funzione dell'atto; in forza del par. 114 VwGO, secondo periodo, infatti, anche un provvedimento discrezionale può essere completato nei termini riferiti nel testo: cfr. H. Sodan, J. Ziekow, *op. cit.*, 2729. Si ha inammissibile mutamento dell'atto (*Wesenänderung*), a parere di quest'ultima dottrina (ivi, 2731), allorquando si muti il contenuto dispositivo, si sostituiscano i fatti sottesi, si converta l'atto da vincolato a discrezionale, si cambi la base giuridica della decisione discrezionale, si verifichi una carenza di competenza decisionale. Non si può tuttavia escludere che lo "snaturamento" non sia altro che una tacita (e ammissibile) abrogazione della precedente deliberazione.

[12] C.M. Iaccarino, *Studi sulla motivazione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933, 42.

[13] Sempre ammissibile è l'integrazione della mera giustificazione secondo A. Guantario, *Dequotazione della motivazione e provvedimento amministrativo*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza,* XXI, 2002, 2233.

[14] Preferisce parlare di depotenziamento e non di dequotazione della motivazione, M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 2017, 895.

[15] L. Ferrara, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*,

elevare la motivazione ad elemento essenziale del provvedimento, la cui mancanza ne comporterebbe la nullità strutturale *ex* art. 21-*septies*, è prevalente l'impostazione[16] che ritiene la patologia motivazionale come vizio sostanziale (per lo più, eccesso di potere), non sussumibile nella regolamentazione di cui all'art. 21-*octies* c. 2.

Non rimane, a questo punto, che approfondire il tema concernente l'ultima e più discussa casistica, quella che più propriamente si indica come integrazione postuma della motivazione, cioè il completamento adoperato per mezzo di un sopravvenuto atto conservativo. Tale sembra essere peraltro la lettura che i giudici del TAR Sicilia offrono riguardo il secondo atto emanato dall'amministrazione resistente. Su questo ci soffermeremo nel paragrafo seguente.

3. Ammissibilità dell'integrazione conservativa ed esaurimento della discrezionalità.

L'amministrazione è riconosciuta generalmente come titolare non solo di poteri di autotutela caducatori, cioè volti ad eliminare una previa statuizione (secondo i limiti previsti dagli artt. 21-*quinquies* e -*nonies*, primo comma, della l. 241/90, dedicati l'uno alla revoca, l'altro all'annullamento ufficioso), ma anche di potestà di autotutela conservativa o manutentiva, finalizzate cioè a salvaguardare la precedente attività da una possibile invalidazione[17]. Quest'ultima forma di potere di secondo grado trova, dopo la novella avvenuta con la l. 15/2005, una base normativa espressa nel testo dell'art. 21-*nonies* c. 2 l. 241/90, dedicato alla convalida[18], ma vi si riflettono, in senso più ampio, altre varianti[19], tutte accomunate da una medesima *ratio* di fondo, il principio di conservazione e di economicità dell'azione amministrativa, per lo più ricondotto a sua volta al canone costituzionale di buon andamento-efficienza (art. 97 Cost. e art. 1 c. 1 l. 241 cit.)[20].

In questo contesto, è cruciale diffondersi sulla figura della convalida[21]. Per mezzo di

in *Foro amministrativo TAR*, IV, 2008, 1197 e A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, 287. Secondo quest'ultimo in particolare la nozione di provvedimento andrebbe decodificata nella sineddoche "*decisione motivata*": pertanto la motivazione assurgerebbe a rango di elemento essenziale. Ancora, in G. Mannucci, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Diritto pubblico*, III, 2012, 885, si giustifica la tesi della nullità, in quanto la carenza di motivazione comporterebbe l'indeterminatezza dell'oggetto provvedimentale.

[16] Ci limitiamo a ricordare che la Consulta, in due occasioni (ordd. 92/2015 e 58/2017), ha avallato questa lettura, richiamando la corrispondente massima giurisprudenziale (*ex multis*, Cons. St. sez. III 1629/2014).

[17] La distinzione dell'autotutela in base al profilo funzionale è proposta in M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 557 e, più di recente, in M. Immordino, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2015, 340.

[18] In generale, si può rinviare a G. Santaniello, voce *Convalida (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, 503; E. Cannada Bartoli, voce *Conferma (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, 856; L. Mazzarolli, voce *Convalida (dell'atto amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1988, 2.

[19] Quali la sanatoria, il ritiro, la ratifica. Diverso carattere rivestono, pur rientrando nella categoria dell'autotutela conservativa, la mera conferma, la conferma, la rettifica, la conversione.

[20] Nel diritto pubblico, questo aspetto è particolarmente evidente, dal momento che, nelle dinamiche quotidiane, emerge l'esigenza che "*le energie dell'azione pubblica non vadano, entro i limiti consentiti dal sistema, disperse, là dove possono invece venire senza pregiudizio risparmiate*" (A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 351).

[21] Anche nel diritto civile, sulla base sempre del principio di conservazione dei valori giuridici, è codificato l'istituto della convalida del negozio annullabile (art. 1444 c.c.) – ed eccezionalmente, di quello nullo (in materia testamentaria: art.

questo strumento, la legge abilita l'amministrazione competente ad emendare i propri atti afflitti da un vizio di legittimità, evitandone così l'annullamento, attraverso una postuma manifestazione di volontà, avente efficacia *ex tunc*[22] e volta proprio a conservare la delibazione prodotta, sempreché ciò avvenga entro un termine ragionevole e corrisponda ad un pubblico interesse (il comma secondo dell'art. 21-*nonies* è in questo senso costruito simmetricamente al comma primo). Ne scaturisce una fattispecie complessa, per cui al provvedimento viziato – che rimane tale, essendo stato già emanato – si salda una successiva manifestazione di volontà della p.a. da cui far scaturire una "sintesi effettuale autonoma"[23], stavolta immune dai vizi convalidati.

I requisiti, dunque, della convalida sono, oltre ovviamente alla presenza di un atto annullabile[24], una sopravvenuta manifestazione di volontà del soggetto pubblico, secondo i più ritenuta, sulla falsariga dello schema civilistico, necessariamente esplicita[25]: la p.a., cioè, dovrà indicare il vizio e la chiara intenzione di porvi rimedio (*animus convalidandi*). In aggiunta, devono ricorrere ragioni di pubblico interesse, ossia il consolidamento dell'atto al fine di dare certezza e stabilità ai rapporti giuridici[26], e il rispetto di un termine ragionevole dall'emanazione, onde equilibrare l'esigenza conservativa con il legittimo affidamento dell'istante[27]. Infine, presupposto negativo della convalida è che questo strumento non porti ad uno snaturamento funzionale e contenutistico della decisione amministrativa, sotto pena di eccesso di potere.

Tutto ciò premesso in via generale, si deve affrontare una questione fondamentale ai fini del presente studio, e cioè se sia convalidabile il vizio di motivazione (*sub specie* di eccesso di potere)[28] e, in caso di risposta affermativa, se sia possibile farlo in corso di giudizio, esemplificando così la fattispecie surrichiamata della integrazione postuma della motivazione[29].

Mentre si ritiene comunemente che le patologie formali siano passibili di convalida[30], maggiori dubbi emergono ove si

590 c.c., in materia di donazione: art. 799 c.c.) – ma qui è la parte titolare del diritto alla caducazione a risanare il negozio, non la controparte, come invece avviene nel diritto amministrativo. Inoltre, nella convalida privatistica, a differenza di quella pubblicistica, il contenuto dell'atto negoziale rimane sempre inalterato.

[22] La rinnovazione dell'atto, cioè la produzione, all'esito di un nuovo procedimento, di un provvedimento dall'identico contenuto ma completamento risanato, non potrebbe invece che avere efficacia *ex nunc*. Contrario alla naturale efficacia retroattiva della convalida, G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2020, 182.

[23] In termini Cons. St. 3385/2021 cit..

[24] Non si può dunque convalidare un atto nullo, che al massimo sarà passibile di ritiro, né un atto irregolare, semplicemente rettificabile, né tanto meno i provvedimenti non invalidabili secondo il regime dell'art. 21-*octies* c. 2. Sicuramente estranei all'ambito applicativo della convalida risultano inoltre i poteri connotati da termini perentori, geneticamente non riesercitabili.

[25] Ciò serve anche a rendere più netta la distinzione tra convalida e figure affini. Lo sostengono, tra gli altri, P. Virga, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 2001, 143, e A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 688.

[26] In realtà, il ripristino della legalità violata parrebbe già essere una sufficiente ragione di rilievo pubblico: G. Falcon, *op. cit.*, 181, e M. Ramajoli, R. Villata,, *op. cit.*, 694.

[27] Dubbi su questo presupposto sono presenti in G. Falcon, *op. cit.*, 181.

[28] Il quesito in senso più ampio potrebbe invero ridursi a questo: si può convalidare – in qualsiasi forma si palesi – il vizio di eccesso di potere?

[29] Proseguendo la comparazione col diritto tedesco, il par. 45 VwVfG mentre al comma 1 n. 2 prevede la convalidabilità dei provvedimenti viziati sotto il profilo formale adducendo in via sopravvenuta la "*necessaria motivazione*", al comma 2 esclude questo potere allorquando sia pendente il processo giurisdizionale.

[30] Cfr. G. Santaniello, *op. cit.*, 505; L. Mazzarolli, *op. cit.*, 2; G. Falcon, *op. cit.*, 181. A parere di M. Ramajoli, R. Villata, *op. cit.*, 696-697, dal combinato disposto con l'art. 21-*octies* c. 2, le uniche patologie convalidabili sono quelle di incompetenza e comunque giammai quelle sostanziali: "*Non appare più corretto*

abbia a che fare con vizi sostanziali[31], da intendere come la mancanza di presupposti legali ovvero l'irragionevolezza della deliberazione. La giurisprudenza, dal canto suo, ha di recente[32] confermato la distinzione, proprio in tema di motivazione: qualora l'inadeguatezza motivazionale rispecchi un vizio sostanziale della funzione (in termini di contraddittorietà, travisamento, difetto dei requisiti), la convalida è squalificata, in quanto essa non potrebbe mai assicurare il permanere, senza mutamenti, del dispositivo originale; qualora invece la patologia corrisponda solamente ad una insufficiente rappresentazione della parte motiva oppure al non corretto riepilogo della medesima, la convalida risulta ammissibile, affiorando un mero vizio formale dell'atto. Come vedremo nelle battute finali di questo paragrafo, in verità, la teorica del *one shot* può condurci ad una conclusione ancor più netta, e cioè ad ammettere la cosiddetta convalida persino per vizi sostanziali.

Per quanto concerne il parallelo profilo dell'integrazione lite pendente, l'impostazione tradizionale è stata in prevalenza di avviso contrario[33]. Una volta attivato un processo, come quello amministrativo *ante codicem*, incentrato prettamente sul momento formale del provvedimento, ammettere la convalida in corso di giudizio avrebbe significato dar la possibilità alla parte pubblica resistente di disporre unilateralmente del *thema decidendum*, deturpando le prerogative dell'organo giudicante - già adito - in uno con le garanzie difensive del ricorrente[34], di fatto costretto a ricorsi al buio, cioè promossi solo per poter arrivare a conoscere l'effettiva motivazione che anima la deliberazione amministrativa. Una prassi del genere, inoltre, avrebbe comportato la degradazione della motivazione a mero elemento accidentale[35], da addurre solo se e in quanto venga promossa un'iniziativa processuale[36].

A conferma dell'impostazione, si aggiunge che il legislatore, con ciò comprovando il principio generale di segno negativo, ha ammesso *expressis verbis* eccezionalmente

sostenere, come in passato, che convalida e annullamento sono conseguenze possibili di un medesimo presupposto, e cioè dell'illegittimità dell'atto[…]".

[31] La tesi positiva è ad esempio sostenuta in V. Antonelli, *Commento all'art. 21-nonies*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2006, 675.

[32] Cons. St. n. 3385 cit.. In realtà, la dicotomia è presente anche in dottrina: M. Nigro, *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 449.

[33] In giurisprudenza, *ex multis* Cons. St., sez. III 1656/2016, sez. V 750/2016, sez. III 2247/2014, sez. VI 2840/2009, sez. V 342/2003, sez. VI 4158/2000; TAR Lazio, Roma, sez. II 9347/2001. In dottrina, già C. Mortati, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione negli atti amministrativi (a proposito del procedimento di scrutinio nelle promozioni per merito comparativo)*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1943, 1; più di recente, G. Santaniello, *op. cit.*, 505 e L. Mazzarolli, *op. cit.*, 3. Criticamente, in A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 394, si qualifica questo orientamento come immotivato e tralaticio.

[34] Rimarca vigorosamente il punto, Occhiena M., *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro amministrativo TAR*, II, 2003, 530.

[35] Di crisi della motivazione in ogni attività pubblica (giurisdizione compresa) parla M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 2017, 894: "[…] *si decide anche senza motivare, forti di un'istanza efficientistica che condiziona norme di legge e principi di diritto*". A suo tempo, già denunciava A. Zito, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 1994, 586-587, che tale ricostruzione "[…] *potrebbe* […] *aprire la strada ad una prassi dell'amministrazione fatta di provvedimenti poco o nulla motivati* […]".

[36] Ponendosi altresì in contrasto con i canoni sovranazionali (segnatamente, l'art. 296 TFUE sull'obbligo di motivazione degli atti delle autorità europee e l'art. 41 della Carta di Nizza sul diritto ad una buona amministrazione). La motivazione come "forma sostanziale" è un *Leitmotiv* presso la giurisprudenza unionale: cfr. CGUE C-89/08 del 2009 (Commissione c. Irlanda).

la ratifica del provvedimento, cioè la convalida dell'atto viziato sotto il solo profilo dell'incompetenza relativa[37], escludendo *a contrario* tutte le altre.

I postulati che sosterrebbero l'inammissibilità dell'integrazione paiono, però, oggi sgretolarsi, con le riforme del processo amministrativo che hanno visto la luce negli ultimi anni[38]. Innanzitutto, l'oggetto del processo non può più dirsi confinato all'esclusivo fronte attizio, ma si è esteso ben oltre (fino a ricomprendere il rapporto pubblicistico tra p.a. e privato, secondo taluni)[39]. Esemplificazioni di questo passaggio sono rinvenibili oltre che nell'art. 21-*octies* c. 2 cit., negli artt. 7, 31 c. 3, 34 c. 1 lett. c) e 55 del codice. La metamorfosi, si badi, non investe solamente l'attività amministrativa vincolata, ma anche quella discrezionale.

I paventati rischi di elusione dei principi di parità delle armi e di *fairness* processuale sono peraltro fugati dai nuovi meccanismi processualistici, su tutti i motivi aggiunti (art. 43 c.p.a.), che permettono di mantenere l'equilibrio tra le posizioni dei litiganti: fatta la convalida-integrazione, il ricorrente ben potrà, alternativamente, rimanere inerte ed attendere l'accertamento dell'improcedibilità del processo per sopravvenuta carenza di interesse (potrebbe in tesi pensarsi anche all'estinzione per rinuncia al ricorso) oppure coltivare il contenzioso ed impiegare i motivi aggiunti per avversare, insieme con l'atto originario, quello di convalida

[37] Ci si riferisce, come noto, all'art. 6 della l. 249/1968.

[38] In giurisprudenza, un primo storico arresto fu CGARS 149/1993 in *Diritto processuale amministrativo*, V, 1993, 507, con note critiche di G. Virga, *Motivazione successiva e tutela della pretesa alla legittimità sostanziale del provvedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, V, 1993, 516 e di A. Zito, *op. cit.*, 577; in realtà ancor prima, TAR Veneto, sez. I, 648/1987, in *Diritto processuale amministrativo*, 1989, 469. Altre pronunce di segno positivo: Cons. St. sez. VI 1054/2003 e 4993/2009; TAR Molise, 41/2003; TAR Lazio, Roma, sez. I, 398/2002. In dottrina, M.S. Giannini, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, 1977, 267; V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1988, 411; G. Falcon, *op. cit.*, 182; G. Virga, *op. cit.*, 1993, 512; G. Corso, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro italiano*, 1989, 428; S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017, 322.

[39] Schematizzando, gli orientamenti prevalenti in materia individuano l'oggetto del processo, alternativamente, nell'interesse legittimo, nel rapporto amministrativo, nel diritto potestativo all'annullamento dell'atto. La prima impostazione, fatta propria, tra gli altri, da O. Ranelletti, *Sulla esecuzione in via amministrativa delle decisioni del Consiglio di Stato e delle Giunte Provinciali Amministrative*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, 78 ss., e da M.S. Giannini, *La giustizia amministrativa. Appunti delle lezioni*, Roma, 1972, 174 e ss., poggia sull'art. 7 c.p.a. e specialmente sui commi 1 e 7, che rappresenterebbero la traduzione amministrativistica degli artt. 81 c.p.c. e 2907 c.c.. Essendo la giurisdizione amministrativa connotata soggettivamente al pari di quella civile, come quest'ultima il suo oggetto non potrebbe che essere la posizione sostanziale di interesse legittimo.

Negli ultimi tempi, si è consolidata la tesi, efficacemente sostenuta, per esempio, da G. Greco, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Diritto amministrativo*, III, 2014, 479, e G. Patroni Griffi, *Forma e contenuto della sentenza*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 2015, 25 e, nel diritto pretorio, da Cons. St. Ad. Plen. nn. 3 e 4 del 2011, n. 4 del 2018 e sez. VI n. 1321/2019, secondo la quale l'oggetto del processo amministrativo coinciderebbe col rapporto amministrativo, da intendersi come "*il sistema proiettato nel tempo delle relazioni giuridicamente rilevanti* […] *che si instaurano tra pubbliche amministrazioni e privati in relazione all'esercizio della funzione amministrativa e alla tutela dei diritti fondamentali*" (M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 6). Si intende dunque interpretare l'interesse legittimo come situazione soggettiva finale, con ciò conferendosi la possibilità al giudice di verificare se la pretesa sostanziale del privato sia fondata o meno. Si esalta quella tendenza, sospinta dalla volontà di fornire al ricorrente una tutela stabile e definitiva, che avrebbe comportato la metamorfosi del processo amministrativo, da giudizio sull'atto – singolo punto dell'operato amministrativo – a giudizio sull'intero rapporto di diritto pubblico, tramite il pieno accesso al fatto e alla relazione giuridica instaurata.

A parere dell'ultima tesi, l'ambito oggettivo del processo amministrativo sarebbe l'accertamento del diritto potestativo, a necessario esercizio giudiziario, all'annullabilità del provvedimento amministrativo, conformemente alle doglianze proposte dal ricorrente (M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 228 ss.; M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 133 ss.).

Per approfondimenti sulle critiche alle tre ricostruzioni, cfr. S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 75 ss. e 108 ss.

(per vizi propri e/o per assunta inammissibilità *tout court* dell'integrazione)[40].

Che la p.a. poi rimanga titolare del potere di intervenire anche in autotutela, nonostante l'iniziativa processuale, lo dimostrano sia l'assenza dell'automatico effetto sospensivo del ricorso, sia la disciplina della cessazione della materia del contendere, che logicamente presuppone l'ammissibilità di una iniziativa postuma.

A rigore, inoltre, una volta ammessa la risarcibilità dell'interesse legittimo per provvedimento invalido, negare l'integrazione della motivazione, equivarrebbe ad impedire alla p.a. di adoperarsi, in armonia con i doveri solidaristici di cui all'art. 2 Cost., per cancellare o quantomeno attenuare le conseguenze dannose della propria condotta.

In ogni caso, dandosi per buona questa impostazione, non si può lasciare carta bianca alla parte pubblica. Innanzitutto, al ricorrente deve essere riconosciuto il diritto di agire per il risarcimento danni contro il funzionario responsabile (art. 28 Cost.)[41].

Ci si aspetta inoltre un ragionevole riparto delle spese processuali, dal momento che, seguendo altrimenti le ordinarie regole in materia (artt. 26 c.p.a. e 91 c.p.c.), sarebbe il privato a doversi sobbarcare i costi del processo, in quanto soccombente a seguito dell'integrazione tardiva[42].

In conclusione, dunque, l'estensione dei confini oggettivi del contenzioso tramite l'integrazione postuma di un provvedimento (vincolato, ma anche) discrezionale, magari sotto sollecitazione del giudice[43], non solo non sarebbe ostacolata da altri principi, ma anzi sarebbe da salutare con favore nell'ottica dell'effettività e concentrazione della tutela[44]. Con un unico ricorso, sommato a motivi aggiunti, l'istante riesce ad opporsi una volta per tutte all'azione amministrativa, trattata finalmente nel suo complesso, senza che la parte pubblica possa rivederla infinite volte; d'altronde, sul versante pubblico, grazie all'intervento manutentivo, si eviterebbero annullamenti giurisdizionali sproporzionati rispetto alla reale portata dell'interesse del privato, dimostrando che la decisione amministrativa in ultima analisi sia corretta.

Ragioni di simmetria processuale, impongono che, così come il ricorrente, in pendenza del giudizio, è in grado di beneficiare (e questo, invero, da sempre) di un rinnovato esercizio del potere amministrativo in senso a lui favorevole, allo stesso modo può anche, all'inverso, essere espo-

[40] Quest'ultima è la strada scelta dal ricorrente nel contenzioso *de qua*.

[41] Per non parlare poi delle conseguenze sulla valutazione individuale della performance. Per completezza, inoltre, potrebbe ritenersi ammissibile l'azione risarcitoria contro l'amministrazione, *sub specie* di lesione degli interessi procedimentali del singolo, comunque lesi da un'azione che, in fin dei conti, risultava a monte *contra legem*. L'insufficienza dell'armamentario difensivo a disposizione del ricorrente è comunque messa in luce da F. Aperio Bella, *op. cit.*, 29 ss.

[42] Pertanto, il magistrato è onerato di effettuare una prognosi postuma su quello che sarebbe stato l'esito del ricorso originario se non fosse sopravvenuta l'integrazione: se il ragionamento controfattuale conduce a ritenere che sarebbe stata più probabile la vittoria del privato, i costi del processo vanno addossati per intero alla p.a., pure qualora risulti vittoriosa nel merito. Non è tuttavia facile giustificare *de iure condito* questa conclusione. In tema di responsabilità processuale aggravata l'art. 96 c.p.c., applicabile al processo amministrativo per mezzo del rinvio di cui all'art. 26 c.p.a., fa infatti esclusivo riferimento al soccombente. Diverso il discorso invece nell'ordinamento tedesco, ove il par. 155 c. 4 VwGO recita: "*I costi processuali derivanti dalla colpa di una parte, ricadono su questa*".

[43] Si pensi al *remand* cautelare o alle dinamiche dell'istruttoria. Tali poteri ovviamente devono essere impiegati dal giudice in ossequio ai canoni costituzionali di imparzialità, indipendenza e parità delle armi, e non per sostituirsi alla parte pubblica.

[44] F.S. Martucci di Scarfizzi, *L'integrazione postuma della motivazione alla luce dell'art.21 octies comma 2 della Legge n. 241 del 1990. Profili di incidenza sugli atti regolatori adottati dalle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, III, 2015, 18.

sto ad un nuovo provvedimento diretto ad emendare un vizio del precedente atto[45].

Uno schema, quello appena descritto, che pare conciliarsi perfettamente con la teoria dell'esauribilità della discrezionalità per la condotta serbata dall'amministrazione (cosiddetto *one shot* temperato)[46]: se la p.a., in forza di questa ermeneusi, è già chiamata a completare l'esercizio del potere discrezionale entro al massimo due giudicati amministrativi, tanto vale riconoscere l'esaurimento del potere con la convalida. L'alternativa, d'altra parte, sarebbe che, estromessa l'integrazione e pronunciato l'annullamento del provvedimento, l'amministrazione possa in seconda battuta (e per un'ultima volta) emanare un atto dal medesimo contenuto dispositivo di quello precedente, ma adeguatamente motivato, passibile in ogni caso di un ulteriore ricorso, pervenendo così al medesimo risultato che si sarebbe avuto se fosse stata ammessa l'aggiunta di ragioni in pendenza del primo giudizio.

In sintesi, l'integrazione postuma si atteggerebbe così a *second shot* ancor prima che ci sia una *res iudicata*caducatoria. Nell'insieme, il meccanismo descritto disinnescherebbe la tentazione, da parte del soggetto pubblico, di pretermettere alcune delle ragioni a sostegno della propria decisione, nell'idea di poter colmare eventuali lacune *sine die*[47].

4. L'integrazione postuma alla prova dei fatti.

Calando la pregressa disamina al caso in oggetto, emerge un dubbio circa la qualificazione dell'intervento postumo operato dall'amministrazione col secondo provvedimento[48]. Certamente, si può escludere che si tratti di un'inammissibile integrazione a mezzo di scritti difensivi; il collegio giudicante è d'altra parte netto nel discorrere in termini di convalida. A nostro parere, l'inquadramento giuridico più corretto parrebbe essere invero quello della seconda categoria sopra analizzata, che si è definita integrazione postuma della giustificazione, avente la sola finalità di chiarire la fattispecie all'organo giudicante.

[45] Perciò, se si ammette la possibilità per l'amministrazione di un riesame della legittimità in pendenza del giudizio, sembra irrazionale limitare le conseguenze di tale riesame *secundum eventum*: accordare, cioè, la possibilità di intervenire quando ciò richieda un atto di ritiro, e negare la stessa possibilità, invece, quando il riesame si traduca in una manutenzione della precedente determinazione. In termini, TAR Lazio n. 398 cit.; la suggestione è peraltro ripresa in A. Carbone, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 255, ove l'autore difatti si dimostra propenso ad ammettere l'integrazione postuma.

[46] Sul tema, ci limitiamo a rinviare a V. Lopilato, *Cognizione ed esecuzione nel giudizio di ottemperanza*, disponibile al sito *giustamm.it*, 2013, *passim* e a Cons. St. sez. VI 1321/2019 (con note di S. Vaccari, *Il Consiglio di Stato e la "riduzione progressiva della discrezionalità". Verso un giudicato a "spettanza stabilizzata"?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2019, 1172 ss.; e di F. Orso, *Ancora sugli effetti del giudicato: un passo avanti e due indietro*, *ibidem*, 1236 ss.).

[47] Non è un caso che la più volte citata pronuncia n. 3385 del Consiglio di Stato in chiusura faccia esplicito riferimento al nuovo testo dell'art. 10-*bis*. In Cass., sez. un. n. 18592 del 2020, emanata proprio in esito all'impugnazione della citata sentenza del Consiglio di Stato 1321/2019, viene sottolineato come il principio di effettività della tutela, solennemente proclamato nell'art. 1 c.p.a., esiga la ricomposizione del rapporto di diritto pubblico in termini celeri e stabili. Sembrano essere queste le conclusioni a cui mira G. Tropea, *op. cit.*, 1258 ss., quando richiama la possibilità di applicare il principio del dedotto e del deducibile al processo amministrativo. Il rischio di un *regressus ad infinitum* è paventato indirettamente anche in M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, cit., 907, ove si cita il tema dell'inesauribilità del potere, e più esplicitamente in M. Ramajoli, R. Villata, *op. cit.*, 316. Ancor prima, A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, 447, anche in nota.

[48] I giudici del TAR sembrano avere in mente questo quesito se si guarda all'ultima parte della loro sentenza.

L'interpretazione in termini di convalida - la terza tipologia studiata – non è convincente nella misura in cui, al di là della mancanza o meno di un esplicito *animus convalidandi* e ritenuti presenti il termine ragionevole e l'interesse pubblico, il provvedimento postumo *de qua*, più che finalizzato a colmare un deficit di legittimità della prima delibazione, sembra, nella sostanza, diretto a dare una rilettura dei requisiti ostativi del bando di gara, ampliandone il raggio di applicazione con lo scopo di far salvo l'atto contestato.

Che non si tratti di convalida in senso stretto, lo si evince inoltre dalla statuizione di rigetto dell'impugnazione: se di convalida si doveva discorrere, la statuizione collegiale avrebbe dovuto essere di accoglimento; ma così non è stato. Infatti, il dilemma in parola, lungi dall'essere una vuota disquisizione retorica, tocca nella sostanza la fattispecie, condizionandone i requisiti di validità nei termini delineati nei precedenti paragrafi.

Se la riteniamo ammissibile, la convalida postuma della motivazione, secondo l'orientamento restrittivo[49], per essere conforme all'ordinamento, deve sanare un mero vizio di forma, coprendo un non corretto riepilogo della parte motiva o al più una sua insufficiente rappresentazione, non già - come parrebbe nel caso concreto - l'inadeguatezza sostanziale della *ratio decidendi*. In definitiva, così opinando, l'esito del giudizio doveva essere diverso e la cosiddetta convalida doveva essere dichiarata illegittima. I termini del discorso sarebbero mutati se il collegio avesse fatto riferimento al tema del *one shot*, perché in tal caso l'intervento postumo dell'amministrazione si sarebbe atteggiato a seconda spendita di potere, volta a rimodulare nella sostanza la pregressa motivazione; entro questi confini sarebbe allora accettabile la decisione nel merito.

Tutt'altro è a dirsi se si legge la seconda determinazione amministrativa come una semplice integrazione della giustificazione. Come riferito[50], quest'ultima assolve una funzione ancillare, di chiarificazione lite pendente della situazione specifica da cui germina la contesa. Per mezzo di essa, la motivazione implicita si fa esplicita. Per essere valida, però, deve rispettare *ut supra* alcuni presupposti, che, all'evidenza, sono tutti presenti nel nostro caso: c'è un provvedimento vincolato, in quanto la p.a. deve limitarsi a verificare se esistano o meno pendenze penali concernenti certi crimini, non dovendo ostendere alcuna potestà discrezionale; il diritto di difesa del ricorrente è stato pienamente garantito e ciò è banalmente dimostrato dall'attivazione dei motivi aggiunti; infine, gli elementi allegati successivamente erano già estrapolabili dalla complessiva dinamica procedimentale (in particolare dal combinato disposto di alcune previsioni della *lex specialis*)[51], come testimoniano gli ultimi paragrafi della pronuncia. Assecondando questa lettura, si conferisce coerenza al ragionamento del collegio che ha, a questo punto condivisibilmente, escluso l'invalidità provvedimentale[52].

[49] Cfr. par. 3.

[50] Par. 2.

[51] Artt. 2 lett. g) e 4 c. 6 del bando.

[52] Le difficoltà nell'interpretare il successivo intervento della p.a. emergono, ad esempio, anche nel caso trattato in Cons. St. sez. VII 1291/2024

5. Conclusioni: il delicato equilibrio tra poteri costituzionali.

Col presente studio si è cercato di affrontare un tema che, radicato su basi teoriche che coinvolgono in profondità i caratteri propri del diritto amministrativo e del rapporto tra funzioni costituzionali, possiede, all'evidenza, un forte taglio pratico. Insomma, alle spalle della cornice giuridica, stanno tangibili rapporti economici e sociali.

La tematica qui trattata e gli approdi raggiunti, sebbene non sempre provvisti di un esplicito riconoscimento legislativo, esemplificano – in uno con altri esempi[53] – una (temibile) patologia, in grado potenzialmente di incidere sulle fondamenta della moderna concezione di amministrazione, che potremmo definire in modo un po' provocatorio, come "accidia amministrativa". Procedimenti lenti, istruttorie superficiali e inconcludenti, scarso coinvolgimento degli interessati, decisioni finali di dubbio gusto, sono i frutti avvelenati di questa involuzione.

Sia concesso a tale ultimo riguardo un parallelismo, non troppo peregrino come si vedrà, con lo sviluppo registrato negli ultimi tempi nel diritto penale, circa i rapporti tra Corte costituzionale e legislatore parlamentare, allorquando la prima, caducando una normativa *contra Constitutionem* (caso tipico, i limiti edittali), imponga al secondo l'esigenza di colmare il vuoto regolamentare così venutosi a creare. Anche qui, a fronte della sovente e spesso denunciata inerzia parlamentare, la giurisprudenza costituzionale ha reagito, dapprima ammettendo la possibilità che la stessa Consulta intervenga sulla normativa di risulta solo ove la scelta sia di fatto vincolata[54], successivamente e più di recente riconoscendo questa possibilità finanche in situazioni di discrezionalità ancora aperta ma in cui esista già una soluzione ragionevole offerta dal sistema normativo nel suo complesso[55].

Ebbene, spiccano alcuni tratti comuni tra questa ipotesi e quella oggetto del presente scritto: in ambo i casi si assiste ad un dialogo tra due poteri costituzionali, uno di matrice giurisdizionale (Corte costituzionale, giudice amministrativo), l'altro per lo più chiamato a compiere scelte discrezionali (Parlamento, amministrazione); in entrambi le difficoltà derivano dall'immobilità del secondo potere; le soluzioni adottate in tutte e due gli esempi per risolvere il problema affondano le proprie radici su ricostruzioni sistematiche di ampio respiro, estrapolate dall'esigenza di mantenimento di una razionalità complessiva (cioè, rispettivamente, evitare di lasciare irragionevoli lacune nel diritto punitivo e di tenere perpetuamente il privato soggetto al potere amministrativo).

Non si vuole certamente negare con questo che le funzioni costituzionali possano dialogare vicendevolmente, in una costante dinamica di arricchimento reciproco: influenzare l'area dell'altra autorità con l'obiettivo di una cooperazione costruttiva

[53] Quali il proliferare delle leggi provvedimento, il sempre più frequente ricorso a fonti governative dal dubbio inquadramento dogmatico, l'avversione per la digitalizzazione, l'abdicazione a favore di moduli di diritto privato nell'agire amministrativo.

[54] Cosiddette "rime obbligate", a partire da C. Cost. 236/2016 in tema di reato di alterazione di stato di neonato.

[55] "Rime consigliate"; cfr. C. Cost. 40/2019 in punto di reati in materia di stupefacenti. L'apice si è raggiunto con la pronuncia in tema di eutanasia, con la Consulta che, dopo aver lasciato un lasso di tempo per una riforma normativa, sospendendo il giudizio di costituzionalità (C. Cost. 207/2018), ha costruito sulla base del diritto vigente la regolamentazione di riferimento: C. Cost. 242/2019.

è insito nel sistema di separazione dei poteri voluto dalla Costituzione. L'analogia tra le descritte casistiche serve, a ben vedere, ad evidenziare la tensione verso una deresponsabilizzazione dei decisori pubblici e lo scadimento qualitativo degli ingranaggi che dovrebbero garantire il funzionamento della *res publica*, alla luce del fatto che o le decisioni vengono prese non correttamente o non vengono proprio assunte. Non si può continuare a sperare che sia il potere della magistratura a ricucire il sistema, distorcendo il suo ruolo e facendogli assumere ora il *munus* di legislatore, ora quello di amministratore[56].

Ludovico Di Benedetto

[56] Lo denuncia in tema di integrazione postuma della motivazione, G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 2017, 1250: "[…] *all'ampliamento del potere sostitutivo del giudice, anche quello amministrativo, che finisce per operare come in un appello con effetto devolutivo pieno, spesso consegue una svalutazione del ruolo della pubblica amministrazione: dietro al principio di effettività della tutela sembra quindi celarsi un consistente spostamento dall'amministrazione al giudice del potere effettivo di disporre in ordine all'affare*".

2. Sillogismi, inferenze e illogicità argomentative, nella prospettiva di sviluppo della discrezionalità tecnica nell'epoca dell'intelligenza artificiale. Nota a T.A.R. Lazio, sez. Quarta Ter, Ordinanza 27 luglio 2023, n. 4567

Con l'ordinanza 27 luglio 2023, n. 4567, emessa nel giudizio distinto con n. 9566/2023 reg. ric., il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Quarta Ter) ha respinto la domanda cautelare presentata dal partecipante ad un concorso bandito dal Ministero della Cultura nel giudizio per l'annullamento di una prova scritta concorsuale.

Il ricorrente agiva per l'annullamento degli atti con cui era stato disposto il mancato superamento, da parte sua, della prova scritta, derivato dal mancato raggiungimento nella valutazione, per un solo punto, della soglia di sbarramento.

La doglianza del ricorrente verteva specificamente su un quesito di "capacità logico deduttiva e di ragionamento critico-verbale", per il quale la risposta fornita dal concorrente era stata considerata errata. L'Amministrazione chiedeva di identificare, tra una serie di risposte, quella che seguirebbe logicamente dall'enunciato: "*se dici la verità, andrà tutto bene*". L'unica risposta corretta, secondo l'Amministrazione, era la seguente: "*non è andato tutto bene, quindi non hai detto la verità*". Il ricorrente sosteneva invece che tale risposta fosse sbagliata e che fosse corretta invece quella da lui prescelta: "*se non dici la verità le cose potrebbero andare male ma non necessariamente*".

Il caso permette di svolgere alcune considerazioni in ordine alla formulazione del quesito ed alla sua interpretazione da parte del concorrente, sia sotto il profilo logico-inferenziale, sia per quanto attiene i profili giuridici sottostanti alla formazione delle prove concorsuali che vengono somministrate ai concorrenti. I due aspetti vengono affrontati separatamente dai due autori, per i rispettivi profili di competenza.

Una analisi logica di un quesito a risposta multipla e di una ordinanza.

Luca Gili

Prescindendo dalla validità della risposta prescelta dal ricorrente[1] (essa, infatti, all'interno della logica modale aristotelica, appare compatibile con l'affermazione contenuta nel quesito proposto dall'Amministrazione, e quindi *seguirebbe logicamente* da essa)[2], l'ordinanza ha correttamente respinto il ricorso, entrando nel merito del quesito e argomentando che la risposta prescelta dall'Amministrazione era corretta. Ma se l'ordinanza è impeccabile nelle sue conclusioni e nel dispositivo che da esse dipende, ci sembra che l'argomentazione contenga più di una confusione di ordine logico, che questa nota si propone di dissipare.

Dopo aver correttamente sostenuto che il giudice amministrativo non può entrare nel merito della correttezza delle risposte selezionate da un gruppo di esperti, come più volte ribadito dalla Giurisprudenza (l'ordinanza richiama le sentenze n. 2296 e n. 2302 del 29 marzo 2022, e n. 531 del 16 gennaio 2022 della sesta sezione del Consiglio di Stato), il giudice prosegue chiarendo che in casi di manifesta illogicità il tribunale può intervenire. Non essendo presente alcuna irragionevolezza o incongruità nella risposta considerata corretta dalla Amministrazione, contrariamente a quanto sostenuto nella doglianza, il ricorso avrebbe senz'altro dovuto essere respinto, come effettivamente previsto dal dispositivo.

A questo proposito, tuttavia, occorre rilevare che l'argomentazione seguita dal TAR risulta assai difettosa dal punto di vista delle distinzioni e dei concetti logici richiamati.

Nell'ordinanza si legge quanto segue:

"la risposta considerata corretta dall'Amministrazione identifica, invero, l'esito di un ragionamento logico aristotelico, completando un sillogismo categorico o perfetto, ovverosia un discorso consequenziale che parte da due premesse, una maggiore – "se dici la verità" – ed una minore – "andrà tutto bene" – per arrivare all'unica conclusione logicamente necessaria: "non è andato tutto bene, quindi sicuramente non hai detto la verità". Le due premesse, nel sillogismo perfetto qual è quello proposto al candidato dal quiz in contestazione, sono date per certe e portano deduttivamente ad una conclusione che è logica e necessaria. Tanto a differenza del sillogismo retorico (detto anche "dialettico"), diverso da quello categorico e perfetto somministrato al ricorrente, rispetto al quale, essendo le "premesse" date per probabili (e non per certe come nella fattispecie), avrebbe potuto essere valutata corretta, quale conseguenza deduttiva, una risposta probabilistica ("se non dici la verità le cose potrebbero andare male ma non necessariamente") qual [sic] è quella prescelta dal ricorrente".

In questo brano si riscontrano numerosi errori.

Innanzi tutto, il quesito proposto dalla Amministrazione non è un sillogismo ari-

[1] Il punto, però, non è secondario. Il giudice ritiene che esista un'unica risposta corretta, ossia quella individuata dall'Amministrazione: "la risposta considerata giusta dall'Amministrazione appare, in effetti, come l'unica corretta e completa, costituendo, invece, le altre risposte dei meri "distrattori", la cui funzione è proprio quella di "distrarre" il candidato dall'individuazione dell'unica risposta corretta". A noi sembra che questa affermazione, che pure non inficia il dispositivo, sia contestabile.

[2] L'argomento per validare la risposta scelta dal ricorrente, alla luce delle definizioni che saranno date nel seguito di questa nota, potrebbe essere il seguente:
1. Se (se *p*, allora *q*), allora (se non-*p*, allora o *q* o non-*q*). *Tautologia*
2. Se (se *p*, allora *q*), allora (se non-*p*, allora è necessario che sia possibile che [o *q* o non-*q*]). Da 1, sistema B di logica modale proposizionale
3. Se (se *p*, allora *q*), allora (se non-*p*, allora è possibile che [o *q* o non-*q*]). Da 2, per assioma modale T (eliminazione del necessario)
4. Se (se *p*, allora *q*), allora (se non-*p*, allora è possibile che [non-*q*]). Da 3, per la definizione aristotelica di "possibile", in virtù della quale "è possibile *x*" se e solo se "è possibile *x* ed è possibile non-*x*".

stotelico, perché l'argomento non rientra in nessuna delle tre figure del sillogismo descritte dallo Stagirita nei capitoli 4-7 del primo libro dei suoi *Analitici Primi*, ossia nel testo in cui viene esposta la dottrina del sillogismo categorico. Siamo piuttosto di fronte a un ragionamento di logica proposizionale ed è noto che Aristotele non ha sviluppato un calcolo proposizionale[3], che fu piuttosto il contributo che dopo di lui gli Stoici diedero alla storia della logica[4]. In gergo tecnico, il quesito proposto dalla Amministrazione è una *contrapositio* e la sua validità riposa sulle tavole di verità dei connettivi logici (in particolare della negazione e della implicazione materiale). Dati due valori di verità per le variabili proposizionali (il Vero e il Falso) e una variabile proposizionale "*p*", l'operatore di negazione ("non…") è definito come segue:

p	Non *p*
Vero	Falso
Falso	Vero

Date due variabili proposizionali "*p*" e "*q*", l'implicazione materiale ("se…, allora…") sarà invece definita come segue:

p	*q*	*Se p, allora q*
Vero	Vero	Vero
Vero	Falso	Falso
Falso	Vero	Vero
Falso	Falso	Vero

Date queste definizioni, comunemente accettate nel calcolo delle proposizioni, e assegnata la lettera *p* all'enunciato "dici la verità" e la lettera *q* all'enunciato "andrà tutto bene", il quesito e la risposta corretta scelti dall'Amministrazione formano il seguente enunciato:

- se (se *p*, allora *q*), allora (se non-*q*, allora non-*p*).
- se (se *p*, allora *q*), allora *è possibile che* (se non-*p*, allora non-*q*).
- se (se *p*, allora *q*), allora (se non-*p*, allora non-*q*).

Questo enunciato, noto come *contrapositio*, è vero in virtù delle definizioni dei connettivi logici ("non…" e "se…, allora…") che in esso occorrono.

L'ordinanza fa riferimento erroneamente al sillogismo categorico che è identificato col sillogismo perfetto. Aristotele invece chiama "perfetti" o "completi" (*teleioi*) i sillogismi che non abbisognano di procedimenti ulteriori per mostrare la loro correttezza (si veda in proposito Aristotele, *Analitici Primi*, A 1, 24b23-24b26): tali sono, secondo lo Stagirita, i sillogismi di prima figura, ossia, secondo la nomencla-

[3] Si consultino, per questa affermazione, le classiche storie della logica di Jozef Bocheński (*Formale Logik*, Freiburg [CH] - Munich, K. Alber, 1956), di Martha e William Kneale (*The Development of Logic*, Oxford, Clarendon Press, 1962) e il manuale collettivo curato da Dov Gabbay e James Woods (*Handbook of the History of Logic. Volume 1. Greek, Indian and Arabic Logic*, Amsterdam, Elsevier, 2004).

[4] Aristotele argomenta in *Analitici Primi* A, 23 che tutte le inferenze corrette possano essere ricondotte ad uno dei modi che rientrano nelle tre figure del sillogismo. *Prout verba sonant*, ciò significa che anche una inferenza di calcolo proposizionale debba in linea di principio essere ricondotta al sillogismo categorico, ma il ragionamento di Aristotele si muove soltanto all'interno della logica dei termini e non contempla affatto il calcolo proposizionale. Quando i commentatori di Aristotele si trovarono a discutere il teorema proposto in *Analitici Primi* A, 23 dopo l'introduzione del calcolo proposizionale da parte degli Stoici ebbero più di un problema a giustificare l'assunto dello Stagirita, tanto che Alessandro di Afrodisia (III sec. d.C.), ad esempio, sostenne che gli argomenti degli Stoici erano "superflui", né potevano rientrare tra le inferenze definite da Aristotele in *Analitici Primi* A, 1, 24b19-24b22, perché non inferivano nulla di "nuovo" rispetto a quanto già contenuto nelle premesse (e la novità, per Alessandro che in questo è un fedele seguace dello Stagirita e della sua impostazione terministica, consiste in una nuova connessione predicativa tra termini). In questo modo non era negata l'affermazione che tutte le inferenze non superflue possono essere ricondotte alla forma sillogistica proposta in *Analitici Primi* A, 4-7. Intorno a tale problema ci sia permesso rimandare a L. Gili, *La sillogistica di Alessandro di Afrodisia*, Olms, Hildesheim, 2011.

tura tradizionale, *Barbara, Celarent, Darii* e *Ferio*. Il quesito proposto dall'Amministrazione non si configura come alcuno di questi sillogismi, anzitutto perché non è un sillogismo categorico. Se anche è vero che nella letteratura secondaria più datata il sillogismo categorico è stato presentato anche come una implicazione materiale[5], le premesse figuravano nella protasi, laddove la apodosi conteneva soltanto la conclusione.

L'ordinanza oppone poi il sillogismo perfetto o categorico a quello retorico o dialettico. Anche in questo caso siamo di fronte a una serie di confusioni. Come si è detto, il sillogismo perfetto si oppone, al più, ai sillogismi imperfetti, cioè ai sillogismi che hanno bisogno di elementi ulteriori (ad esempio, di riduzioni alla prima figura) per dimostrare il carattere necessario del nesso inferenziale. Il sillogismo categorico, invece, si oppone ai sillogismi modali, che Aristotele tratta in *Analitici Primi* A, 8-22. Il sillogismo retorico secondo Aristotele è un entimema, ossia un sillogismo con una premessa implicita (cfr. Aristotele, *Retorica*, A, 1, 1354a12-1354a31), e non è sinonimo di sillogismo dialettico: la dialettica è anzi il "corrispettivo" della retorica nell'ottica di Aristotele e non si confonde con quest'ultima (cfr. Aristotele, *Retorica*, A, 1, 1354a1-1354a11). Se invece si guarda al contenuto delle premesse, come sembra voler fare l'ordinanza, abbiamo infine una opposizione tra sillogismo dimostrativo (con premesse vere e necessarie e conclusione necessaria) e sillogismo dialettico (con premesse "probabili" ovvero "endossali" – anche in questo caso la distinzione è tracciata da Aristotele in *Analitici Primi*, A, 1).

A questo punto però l'ordinanza commette un ulteriore errore che, se non pregiudica la correttezza della decisione di respingere il ricorso, ci appare però foriero di possibili decisioni sbagliate anche in sede giurisprudenziale, qualora il contendere vertesse non tanto sulla presunta scorrettezza della risposta scelta dall'Amministrazione, quanto sulla necessità di determinare se anche la risposta selezionata dal ricorrente sia corretta. L'errore dell'ordinanza, nel gergo logico, consiste nella confusione tra forma e materia dell'inferenza, ovvero tra la validità dell'argomento e la verità delle premesse e della sua conclusione. Un argomento probabile, se logicamente corretto, inferisce *necessariamente* una conclusione probabile, tanto quanto un argomento corretto con premesse necessarie e conclusione necessaria inferisce *necessariamente* la conclusione necessaria. Nel lessico medievale, si sarebbe detto che altra cosa è la *necessitas consequentiae* (ovvero la necessità dell'inferenza) e altra la *necessitas consequentis* (ossia la qualificazione della conclusione di un argomento come necessaria). In quest'ottica, anche se la conclusione "*se non dici la verità le cose potrebbero andare male ma non necessariamente*" è probabile, essa può comunque seguire *necessariamente* dall'enunciato proposto dall'Amministrazione nel quesito. Evitando il lessico fuorviante della *probabilità* scelto nell'ordinanza, potremmo piuttosto qualificare con un operatore modale di possibilità la conclusione considerata scorretta dalla Amministrazione ma prescelta dal ricorren-

[5] Si veda in particolare J. Łukasiewicz, *Aristotle's Syllogistic from the Standpoint of Modern Formal Logic*, Oxford, Clarendon, 1957. L'impostazione di Łukasiewicz, che qui si richiama, in virtù del cosiddetto *principle of charity*, per segnalare l'approccio storiografico che più somiglia a ciò cui l'ordinanza sembra alludere, è oggi in larga parte abbandonata e la maggior parte dei tentativi di ricostruire il sillogismo aristotelico adottando i formalismi contemporanei ricorre alla deduzione naturale, presentando quindi il sillogismo categorico come una regola deduttiva in cui, date *due* premesse di una certa struttura, *segue* una conclusione di una certa struttura.

te. L'intero enunciato, che includa il quesito dell'Amministrazione e la risposta prescelta dal ricorrente, sarebbe quindi il seguente:

L'inserzione dell'operatore di possibilità, come intravede la stessa ordinanza ("avrebbe potuto essere valutata corretta, quale conseguenza deduttiva, una risposta probabilistica"), complica le cose. Se l'Amministrazione avesse formulato il quesito senza di esso, la risposta prescelta dal ricorrente si qualificherebbe come una *falsa contrapositio* e sarebbe quindi scorretta nel calcolo classico delle proposizioni:

L'enunciato (iii) è falso in virtù delle definizioni date nelle tavole di verità già menzionate per i connettivi logici impiegati. Ma l'enunciato (ii), a ben vedere, *potrebbe* essere corretto in alcune logiche[6]. E se l'enunciato (ii) è corretto in un modello di interpretazione del linguaggio adottato (come noi riteniamo che sia), l'intera *consequentia* sarà necessaria.

Ciò ovviamente non inficia il dispositivo dell'ordinanza, che rimane corretto nella sostanza. Ma come talvolta accade in una connessione sillogistica invalida, la conclusione è vera, ma non segue necessariamente dalle premesse, né le premesse assunte sono vere[7].

[6] Si veda in proposito l'argomento esposto nella nota 2.

[7] Si consideri il seguente argomento invalido.
Premessa maggiore: *Qualche essere umano è un sasso*
Premessa minore: *Qualche sasso è razionale.*
Conclusione: *Tutti gli esseri umani sono razionali.*
Il modo è invalido (in virtù della regola: *nihil sequitur geminis ex particularibus unquam*) e le premesse sono scorrette, ma la conclusione è vera. Il dispositivo dell'ordinanza non differisce molto dalla conclusione di questo esempio.

Discrezionalità tecnica, prove concorsuali e uno sguardo sul contributo dell'Intelligenza artificiale.

Edgardo Marco Bartolazzi Menchetti

1. Il caso esaminato dal T.A.R. del Lazio offre spunti di riflessione sul procedimento di ragionamento sotteso alla predisposizione dei quesiti concorsuali. La fattispecie è già stata oggetto delle considerazioni compiute, sotto il profilo logico-critico, da Luca Gili, sicché pare interessante approfondire anche le prospettive che si delineano dal punto di vista giuridico, tanto più sotto una veste di attualità, data dall'incombente contributo che l'intelligenza artificiale potrà essere in grado di fornire in materia.

La predisposizione dei quesiti di cui si compone una prova concorsuale è un'attività che richiede il possesso di competenze qualificate, così come l'esame dei candidati che redigano un elaborato scritto, o che siano sottoposti ad una prova orale. Tali incombenti sono disciplinati dal D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, che nel testo come da ultimo modificato, in esito al D.P.R. 16 giugno 2023, n. 82, prevede, per quanto qui di rilievo, che le prove siano valutate da commissioni composte "*da tecnici esperti nelle materie oggetto del concorso, scelti tra dipendenti di ruolo delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime*" e che alle stesse commissioni sia demandata la preparazione delle tracce di ciascuna prova scritta, in numero di tre e che siano "*elaborate con modalità digitale*".

La fase, eventuale, della "preselezione" viene adottata nelle prove concorsuali ove si preveda un significativo afflusso di candidati, al fine di rendere possibile alla commissione di procedere con gli esami, scritti o orali che siano, con adeguato tempo e approfondimento[8]. Le indicazioni ministeriali mostrano che anche tali prove preselettive devono essere tuttavia costruite con criterio, dunque senza privilegiare coloro che abbiano "*il tempo di svolgere uno studio mnemonico, che non necessariamente corrispondono a quelli più preparati e più capaci*", e includendo, al fine di valutare "*non solo la preparazione, ma anche le capacità e le competenze*" dei candidati, "*sia quesiti basati sulla preparazione (generale e nelle materie indicate dal bando), sia quesiti basati sulla soluzione di problemi, in base ai diversi tipi di ragionamento (logico, deduttivo, numerico)*"[9]. I quesiti, sia nel caso di prova scritta o orale, che di preselezione scritta, vengono poi sottoposti ai singoli candidati mediante estrazione a sorte[10], con predisposizione casuale delle singole schede contenenti i quesiti a risposta multipla, e tramite sorteggio, da parte di almeno due candidati, delle tracce delle prove scritte.

2. Coerentemente con il quadro normativo delineato, dal quale emerge in particolare il necessario possesso, da parte dei membri della commissione, di specifiche competenze tecniche, l'operato del gruppo degli esaminatori, sia nella predisposizione dei quesiti, che nella correzione dell'elaborato con cui il candidato risponda ad essi, rientra, secondo quanto indicato dal T.A.R. del Lazio con l'ordinanza in commento, nell'esercizio della discrezionalità tecnica. Caratteristica principale di tale categoria è quella di essere, per definizione, sottratta al sindacato giurisdizionale in quanto avente ad oggetto valutazioni tese non ad apprezzare il pubblico interesse, ma soltanto un fatto, sotto i profili della tecnica, e inoltre non verificabile in modo indubbio[11].

Va quindi evidenziato che il T.A.R. dapprima, riferendosi alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, rammenta che "*rientra nella discrezionalità tecnica dell'Amministrazione la corretta formulazione dei quesiti, con conseguente impossibilità per il giudice amministrativo di compiere un sindacato sulla esattezza delle risposte ritenute corrette dalla commissione di esperti che li ha elaborati*", facendone discendere che "*in relazione alla elaborazione dei quesiti oggetto di prova concorsuale, sono rilevabili vizi di legittimità solo in presenza di veri e propri errori, che possano ritenersi accertati in modo inequivocabile in base alle conoscenze proprie del settore di riferimento e ferma restando la non erroneità di scelte discrezionalmente compiute, in rapporto alle peculiari finalità delle prove da espletare*". Successivamente, lo stesso Giudice, pur formalmente limitando la propria valutazione ad una disamina circa la possibile sussi-

[8] Secondo la direttiva n. 3 del 24 aprile 2018 del Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione, "*La preselezione dovrebbe essere rivolta a selezionare un numero di candidati non talmente grande da rendere il concorso difficile da gestire e la preselezione inutile, né talmente piccolo da rendere poco competitivo lo svolgimento successivo del concorso*".

[9] Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione, direttiva n. 3/2018, cit.

[10] Art. 12, D.P.R. n. 487/1997.

[11] Cfr. A. Pubusa, (voce) *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubb.*, IX, 1994, 411. Viene peraltro osservato che ove oggetto della valutazione fossero fatti semplici, verificabili in modo indubbio secondo le conoscenze tecniche e scientifiche, la tecnica diverrebbe fonte di regole obiettivamente verificate e comunemente accettabile, aprendo la possibilità del sindacato giurisdizionale (C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 1).

stenza di *"manifesta irragionevolezza, illogicità e incongruità del quesito contestato*", afferma, nel merito, che "*la risposta considerata giusta dall'Amministrazione appare, in effetti, come l'unica corretta e completa, costituendo, invece, le altre risposte dei meri "distrattori"*".

3. La decisione si muove quindi sul sottilissimo confine tra discrezionalità tecnica nell'individuazione della risposta corretta di un quesito concorsuale, e possibilità di individuare con certezza, in applicazione delle semplici conoscenze proprie del settore, la soluzione. Nel caso considerato, il T.A.R. ritiene di poter individuare, in quella prescelta dall'Amministrazione, la risposta oggettivamente corretta, e così perviene al rigetto del ricorso.

Presupposto di tale operato è che il Tribunale abbia considerato l'individuazione della risposta corretta come possibile in maniera oggettiva, senza dunque "*sconfinare nel merito amministrativo, ambito precluso al giudice amministrativo, il quale non può sostituirsi ad una valutazione rientrante nelle competenze valutative specifiche degli organi dell'Amministrazione a ciò preposti, e titolari della discrezionalità di decidere quale sia la risposta esatta ad un quiz formulato*"[12]. Spiega infatti la decisione in commento che "*in relazione alla elaborazione dei quesiti oggetto di prova concorsuale, sono rilevabili vizi di legittimità solo in presenza di veri e propri errori, che possano ritenersi accertati in modo inequivocabile in base alle conoscenze proprie del settore di riferimento e ferma restando la non erroneità di scelte discrezionalmente compiute, in rapporto alle peculiari finalità delle prove da espletare*". La prospettiva corretta da assumere non è pertanto nel senso che il Giudice amministrativo può ritenere corretta una risposta ove essa sia oggettivamente individuabile, bensì che esso può censurare come illegittima l'attività di predisposizione della prova concorsuale ove la risposta individuata dall'amministrazione risulti, in maniera oggettivamente accertabile, errata.

Nel caso considerato, dunque, la risposta che l'amministrazione aveva individuato come corretta viene confermata dal T.A.R. in quanto inattaccabile. Infatti, dovendosi assumere, nel contesto del quesito, come vere le due premesse (se dici la verità / tutto andrà bene) risulta con esse logicamente compatibile, far discendere la conseguenza "non è andato tutto bene" dall'assunto "sicuramente non hai detto la verità". Ciò è ritenuto sufficiente per considerare immune da censure l'operato della commissione.

4. La fattispecie esaminata, però, oltre a quelle propriamente logiche e giuridiche viste sopra, suscita riflessioni in prospettiva futura. In particolare, nell'epoca del digitale, ci si chiede se le stesse considerazioni potrebbero valere laddove i quesiti di una prova concorsuale vengano predisposti mediante strumenti "ad intelligenza artificiale".

Nel caso in commento, infatti, il Tribunale Amministrativo è stato interessato della verifica circa la correttezza del ragionamento svolto da una commissione esaminatrice "umana", per appurare che la risposta ad un quesito presentata come corretta dall'Amministrazione non potesse essere messa in discussione, ma analoga indagine potrebbe essere richiesta nel caso in cui un quesito fosse predisposto da un computer, a maggior ragione se vertente su quegli ambiti di ragionamento che, come indicato sopra,

[12] Cons. di Stato, sez. VI, sent. 29 marzo 2022, n. 2302, richiamata nella decisione qui commentata.

devono essere esaminati al fine di valutare non solo la stretta preparazione del candidato per la prova, ma anche le sue capacità e competenze parimenti "umane".

4.1. Sul punto, va presupposto il richiamo a tutte le indicazioni già fornite dalla giurisprudenza amministrativa in tema di motivazione della decisione fondata su algoritmi, e pertanto la necessità che il criterio di "ragionamento" della macchina sia reso noto a chi debba subirne le conseguenze. La giurisprudenza del Consiglio di Stato[13] ha infatti ritenuto che "*il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) deve essere "conoscibile", secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico*" e che, conseguentemente, "*il giudice deve poter sindacare la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata, ovvero della "regola" che governa l'algoritmo, di cui si è ampiamente detto*". Tale regola sembra infine poter essere specificata, secondo gli indirizzi espressi in tema di chiara e specifica individuazione del trattamento di dati personali compiuto da strumenti ad intelligenza artificiale, nel senso per cui a dover essere resi conoscibili "in chiaro" sono i dati di partenza considerati dalla macchina, e il procedimento con cui da essi si pervenga ad un risultato o si risolva un determinato problema[14].

4.2. A fronte della descritta situazione, la predisposizione di quesiti di prove concorsuali, a maggior ragione se "di logica", da parte di sistemi ad intelligenza artificiale pone rilevanti interrogativi, fondati essenzialmente sulle modalità proprie di funzionamento di tali macchine.

Infatti, senza poterci addentrare più nello specifico data la profonda tecnicità del tema, da più parti si è osservato che quello che appare un "ragionamento" del software è in realtà la mera applicazione di criteri statistici, e il risultato di prove comparative che esso compie tra numerosissimi risultati, per individuare quale maggiormente si avvicini a quello che, sempre secondo statistica, e secondo le "nozioni" inserite ed eventualmente apprese, il sistema riconosca come più prossimo a quello individuabile come ottimale[15], senza tuttavia comprendere ef-

[13] Cons. di Stato, sentenza 8 aprile 2019, n. 2270.

[14] Cass., ord. 10 ottobre 2023, n. 28358, secondo cui "*Ciò che rileva, invece, è che sia possibile tradurre in linguaggio matematico/informatico i dati di partenza, cosicché il tutto divenga opportunamente comprensibile alla macchina, grazie ai soggetti esperti programmatori, secondo le sequenze e le istruzioni tratte dai dati "in chiaro"*", e ancora, risulta necessario che il soggetto interessato "*sia in grado di conoscere l'algoritmo, inteso come procedimento affidabile per ottenere un certo risultato o risolvere un certo problema, che venga descritto all'utente in modo non ambiguo ed in maniera dettagliata, come capace di condurre al risultato in un tempo finito*".

[15] Interessanti, in merito, gli spunti forniti da A.D. Signorelli, *Sarà mai realizzata un'intelligenza artificiale che pensa come una persona?*, in Il Tascabile, 2021, che spiega, ad esempio, che quella che appare come intelligenza dei sistemi quali ad esempio GPT-3 è allo stato piuttosto il risultato "di un immenso taglia e cuci statistico". Ulteriori indicazioni tecniche in questo senso in B. Bergstein, *What AI still can't do*, in MIT Technology Review, 2020, che spiega che l'utilizzo tradizionale dell'IA è riconducibile alle tecniche di *deep learning*, con le quali, partendo da un enorme ammontare di dati relativi a situazioni familiari, si può pervenire a previsioni molto accurate, e che le sfide di questa tecnologia risiedono, ora nell'evoluzione della capacità di affrontare in maniera più approfondita i rapporti di causalità, divenendo in grado di comprendere l'evoluzione di situazioni molto più caotiche e imprevedibili, quali quelle riscontrabili nel mondo reale, e di formulare ipotesi sugli esiti dei differenti andamenti che una medesima situazione avrebbe potuto assumere. L'autore da ultimo citato pone altresì in luce la differenza nel procedimento di individuazione delle risposte mediante meccanismi correlativi e causativi, questi ultimi, inerenti la capacità di comprendere compiutamente meccanismi di causa ed effetto, approfonditi da J. Pearl, *An introduction to causal inference*, in *The international*

fettivamente il significato dei dati oggetto di valutazione.

Studi molto noti hanno messo in luce che a questi sistemi manca ancora, ad esempio, la capacità di compiere valutazioni etiche, limiti che precludono – ancora – di assimilare il loro operato a quello della mente umana[16].

Deve quindi ritenersi, in una prospettiva tecnica ancor prima che giuridica, che la predisposizione di quesiti in particolari ambiti, ove possano assumere un rilievo maggiore le valutazioni più strettamente logiche e causali, e non meramente nozionistiche, i quali dovrebbero essere comunque presenti secondo le vedute indicazioni ministeriali, potrebbe suscitare problemi ove demandata a meccanismi di intelligenza artificiale.

4.3. In tale prospettiva, risultano pienamente condivisibili e attuali, nonostante la velocità con cui il mondo della tecnologia evolve, gli indirizzi che emergono dalla giurisprudenza amministrativa, ma anche dalla produzione normativa, *in fieri*, interna e dell'Unione Europea.

Sotto il primo aspetto, può citarsi l'orientamento tracciato dal T.A.R. del Lazio[17], secondo cui l'utilizzo di procedure informatiche, rispetto ai procedimenti amministrativi, deve sempre collocarsi "*in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi*". La stessa giurisprudenza, con notevole lungimiranza, ha infatti posto in rilievo l'importanza de "*l'attività dianoetica*[18] *dell'uomo*" nell'ambito dei procedimenti che richiedono, per l'adozione del provvedimento finale, un'attività "*talora ponderativa e comparativa di interessi e conseguentemente necessariamente motivazionale*". Sembra di poter cogliere, in questo passaggio, un rinvio proprio a quegli studi, citati poco sopra, che sul presupposto del riscontro di una carenza razionale nel meccanismo di funzionamento delle attuali Intelligenze Artificiali[19], si concentrano sulla ricerca di strumenti per dotare gli stessi software di capacità di inferenza causale.

Nello stesso senso si sviluppano le riflessioni contenute nel "Libro Bianco sull'Intelligenza artificiale" in corso di sviluppo da parte dell'Agenzia per l'Italia Digitale[20], ove la soluzione etica per i problemi che l'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale pone alla Pubblica amministrazione è rinvenuta nell'adozione di un approccio "*antropocentrico, secondo cui l'Intelligenza Artificiale deve essere sempre messa al servizio delle persone e non viceversa*"[21]. In senso analogo depon-

Journal of Biostatistics, 2010 e ancora non suscettibili di efficace e concreta implementazione nei software ad intelligenza artificiale, pure oggetto di intensi studi, quali quelli rappresentati in E. Bareinboim-J. Pearl, *Causal inference and the data-fusion problem*, in *PNAS, Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 2016 o E. Bareinboim - J.D. Correa - D. Ibeling, *On Pearl's hierarchy and the foundations of causal inference*, in Aa.Vv., *Probabilistic and Causal Inference: The Works of Judea Pearl*, New York, 2022, 507.

[16] G. Tamburrini, *Etica delle macchine. Dilemmi morali per robotica e intelligenza artificiale*, Roma, 2020.

[17] In particolare, T.A.R. Lazio - Roma, sentenza n. 9224 del 10.09.2018, che ha applicato principi già espressi in precedenti decisioni (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III *bis*, sent. 20 luglio 2016, n. 8312; Cons. di Stato, Sez. VI, sent. 7 novembre 2017 n. 5136; T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III bis, sent. 8 agosto 2018, n. 8902)

[18] Formula con evidente rinvio a quelle virtù proprie dell'intelletto umano secondo la dottrina morale aristotelica, che ne enumera cinque, ovvero: l'arte (τέχνη), la scienza (ἐπιστήμη), la saggezza pratica o prudenza (φρόνησις), l'intelletto (νοῦς) e la sapienza (σοφὶα).

[19] Eloquente il passaggio in cui il TAR del Lazio indica che "*Il Collegio è del parere che le procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possano mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere*" (sent. n. 9224/2018, cit.).

[20] Reso disponibile per pubblica consultazione all'indirizzo https://whitepaper-ia.readthedocs.io/.

[21] AgID, Libro Bianco sull'Intelligenza artificiale, Cap. III, "Sfida 1: Etica".

gono le indicazioni provenienti dall'Unione Europea, che menziona tra i requisiti fondamentali delle applicazioni ad Intelligenza Artificiale, a maggior ragione se destinate all'impiego in procedure pubbliche, la presenza di "intervento e sorveglianza umani", volti in particolare ad "aiutare le persone a compiere scelte migliori e più consapevoli nel perseguimento dei loro obiettivi"[22].

5. Sulle premesse esposte risulta, allo stato, che l'intervento e il controllo umano restano imprescindibili, sia nella predisposizione dei procedimenti che portano l'Intelligenza Artificiale agli esiti deduttivo-statistici suoi propri, che nella finale valutazione di tale risultato[23].

Il che, tornando ai quesiti concorsuali oggetto della decisione in commento, porta a concludere che non sarebbe possibile, tantomeno con riguardo ad un quesito di logica, delegare interamente ad una macchina "non senziente" la predisposizione di un elaborato destinato a fungere da prova concorsuale. Sotto tutti i profili, dunque tecnico, giuridico e, infine, etico, morale e di dignità della persona umana, quest'ultima garantita da norme fondamentali[24] e comunque considerata valore universale[25] – emergendo sotto tale aspetto il diritto dell'uomo ad essere giudicato da un suo pari[26] – tutti gli indirizzi appaiono concordanti nel rendere necessario che il quesito sia predisposto dal pubblico incaricato, o comunque da esso validato mediante propria personale valutazione, compiuta alla luce delle specifiche conoscenze possedute, e dunque suscettibile di conferma e validazione nel sistema di riferimento.

La competenza umana, richiesta attualmente in capo all'esaminatore nella individuazione dei quesiti e delle risposte, e in futuro nella validazione di quelli eventualmente predisposti dall'intelligenza artificiale, resta pertanto, almeno allo stato, imprescindibile.

Luca Gili e Edgardo Marco Bartolazzi Menchetti

[22] Comunicato della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle Regioni: Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica, COM/2019/168 final adottato il 08.04.2019, che prosegue specificando il requisito nei seguenti termini: "I sistemi di IA dovrebbero [..] promuovere lo sviluppo di una società fiorente ed equa sostenendo l'intervento umano e i diritti fondamentali e non ridurre, limitare o fuorviare l'autonomia umana".

[23] Anche su questo punto, sono particolarmente significative le osservazioni della giurisprudenza amministrativa, secondo cui il funzionario "deve seguitare ad essere il *dominus* del procedimento stesso, all'uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte in funzione servente e alle quali va dunque riservato tutt'oggi un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo; ostando alla deleteria prospettiva orwelliana di dismissione delle redini della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimentale, il presidio costituito dal baluardo dei valori costituzionali scolpiti negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione oltre che all'art. 6 della Convezione europea dei diritti dell'uomo" (T.A.R. Lazio, sent. n. 9224/2018).

[24] Quali l'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

[25] Così nella CEDU, come si desume dalla necessità di protezione del diritto alla vita "per il pieno riconoscimento della dignità inerente a tutti gli esseri umani" (Premessa al Protocollo n. 13 adottato a Vilnius il 3 maggio 2002), ma come è pure accettato dalla nostra giurisprudenza costituzionale (tra le ultime, Corte Cost., sent. 21 luglio 2023, n. 159, ove i più gravi crimini internazionali vengono indicati come "lesivi di valori universali come il rispetto della dignità umana e dei diritti umani").

[26] Può essere a questo proposito richiamato l'insegnamento di Montesquieu, che interrogandosi sulla legittimità della previsione per cui i Lords inglesi avrebbero potuto essere giudicati solo da una commissione di loro pari osservava che "I grandi sono sempre esposti all'invidia; e se fossero giudicati dal popolo, potrebbero correre pericolo e non godrebbero del vantaggio che ha il più piccolo dei cittadini di un paese libero, quello di essere giudicato dai suoi pari. Bisogna dunque che i nobili siano chiamati non davanti ai tribunali ordinari della nazione, ma davanti a quella parte del Corpo legislativo che è composto di nobili (lib. II, e. 6)" (così P.O. Vigliani, *Questioni sulla giurisdizione penale del Senato del Regno*, in *Annali di giurisprudenza italiana*, I, 1866/67, nt. 4).

IV.
Beni culturali e paesaggistici

1. Diniego di autorizzazione all'esportazione dell'opera d'arte e procedimento dichiarativo dell'interesse culturale. Valutazioni tecnico-discrezionali e limiti del sindacato giurisdizionale (Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2023 n. 11204)

Sommario: 1. Premessa. – **2.** Circolazione internazionale dei beni d'interesse culturale, l'"attestato di libera circolazione" dei beni d'interesse culturale e gli apprezzamenti affidati all'amministrazione. – **3.** Il diniego di rilascio dell'attestato di libera circolazione del "Ritratto di Olga Oberhummer" di Franz von Stuck. – **4.** Il sindacato di "maggiore attendibilità" e le posizioni del Consiglio di Stato; brevi considerazioni.

1. Premessa.

Il dibattito sui limiti del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche o tecnico-discrezionali dell'amministrazione è da sempre alimentato e accompagnato, nei suoi tortuosi percorsi, dalle questioni che investono il riconoscimento del bene culturale ai fini della sua sottoposizione a vincolo[1].

Da un lato, emerge la problematica relativa al reale oggetto dell'apprezzamento amministrativo – le caratteristiche del bene atte a determinarne il particolare valore meritevole di protezione ovvero l'interesse pubblico intrinseco al bene stesso –, quindi quella della natura tecnica oppure tecnico-discrezionale, o addirittura discrezionale[2],

[1] Cfr., *ex multis*, nella giurisprudenza più risalente: TAR Lazio, 21 novembre 1986 n. 2308, in *Trib. amm. Reg.,* 1986, I, 3958, Cons. St., 5 settembre 1989 n. 1194, in *Cons. St.*, 1989, I, 1069, TAR Lazio, 27 gennaio 1990 n. 238, in *Trib. amm. reg.*, 1990, I, 547, Cons. St., 26 settembre 1991 n. 596, in *Cons. St.*, 1991, I, 1368, Cons. St., 18 novembre 1991 n. 874, in *Cons. St.*, 1991, I, 1747, TAR Lombardia, 3 maggio 1993 n. 380, in *Trib. amm. reg.*, 1993, I, 2441, Cons. St., 10 novembre 1993 n. 817, in *Cons. St.*, 1993, I, 1463, Cons. St., 7 maggio 1996 n. 950, in *Cons. St.*, 1996, I, 1199, Cons. St., 1ottobre 1996 n. 1275, in *Cons. St.*, 1996, I, 1532, CGAS 11 maggio 1996 n. 65, in *Giust. amm. sic.*, 1997, 485.

[2] Per cui v. A. Rota, *La tutela dei beni culturali tra tecnica e discrezionalità*, Padova, 2002.

del giudizio, a fronte della risalente considerazione, almeno formalmente o sotto alcuni aspetti, dell'atto impositivo del vincolo stesso in termini di atto dichiarativo[3].

D'altro lato, considerando l'apprezzamento dell'interesse pubblico intrinseco, in tutto o in parte, come possibile oggetto della valutazione della p.a., affiora l'ulteriore quesito circa la sua necessaria ponderazione con l'interesse privato ai fini della limitazione delle facoltà d'uso connesse al titolo dominicale[4].

Nelle posizioni più risalenti della giurisprudenza gli argomenti utilizzati per giustificare la ritrazione del sindacato giurisdizionale, in coerenza con i comuni atteggiamenti assunti in relazione ai giudizi tecnico-discrezionali, sono stati, come noto, i più vari: dal prevalente riconoscimento della natura discrezionale dell'apprezzamento dell'interesse culturale[5], pur ritenuto tendenzialmente non bisognevole di ponderazione[6], alla sua non meglio precisata natura di merito[7]. Ciò in sintonia posizioni note della dottrina tradizionale che, pur quando protese verso una cognizione più estesa del giudice amministrativo, non ha mancato di rinvenire la *ratio* di un sindacato non pieno nell'interesse pubblico perseguito dalla p.a.[8], in una incerta nozione di merito[9], in una scelta politica[10].

Tali incertezze argomentative non sono mancate nemmeno nelle più recenti evoluzioni giurisprudenziali, sia pur nel segno di un sempre più intenso accesso al fatto nel processo amministrativo[11]. Si incontrano,

---

[3] In tal senso cfr. la nota posizione di M.S. Giannini, *I beni culturali,* ora in *Scritti*, vol. VI; 1970-1976, Milano, 2005, 1005 ss., che osservava come il giudizio valutativo intervenga per tutti i beni culturali come momento dell'istruttoria procedimentale nell'ambito di procedimenti che, pur differenziati, avrebbero tutti natura dichiarativa. Riteneva, dunque, improprio parlare di motivazione dell'atto, trattandosi di individuazione del suo presupposto, ovvero dell'esistenza dei caratteri tali da identificarlo come bene culturale. Peraltro, osservava che quella di bene culturale è una nozione "liminale" «ossia nozione a cui la normativa giuridica non dà un proprio contenuto, una propria definizione per altri tratti giuridicamente conchiusi, bensì opera mediante rinvio a discipline non giuridiche». V. anche G. Piga, *Cose d'arte,* in *Enc. Dir.*, 1962, Vol. XI, 93 ss.

[4] Per l'esclusione, coerentemente con la ritenuta natura dichiarativa, di qualsiasi onere di ponderazione: M.S. Giannini, *op. cit.* Sul contributo dato da Giannini allo studio dei beni culturali: S. Cassese, *L'amministrazione dello Stato. Saggi*, Milano, 1976, 153 ss. e, di recente, L. Casini, *"Todo es peregrino y raro"…". Massimo Severo Giannini e i beni culturali,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 987 ss.

[5] TAR Sicilia -Palermo, 24 aprile 1979 n. 82, in *Foro amm.*, 1979, I, 1592, TAR Puglia, 13 giugno 1983 n. 312, in *Trib. amm. reg.*, 1983, I, 2678, Cons. St., 31 maggio 1990 n. 47, in *Riv. giur. edil.*, 1991, I, 438, Cons. St., 26 settembre 1991 n. 596, in *Cons. St.*, 1991, I, 1368, TAR Veneto, 16 febbraio 1995 n. 282, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 1679, TAR Sicilia, 18 febbraio 1995 n. 101, in *Foro amm.*, 1995, 2043, Cons. St., 24 settembre 1996 n. 1259, in *Cons. St.*, 1996, I, 1386, TAR Sardegna, 3 novembre 1997 n. 458, in *Trib. amm. reg.*, 1998, I, 161.

[6] TAR Sicilia - Palermo 28 agosto 1980 n. 395, in *Trib. amm. reg.*, TAR Calabria 11 novembre n. 162, in *Trib. amm. reg.*, 1982, I, 319, TAR Lazio 18 marzo 1983 n. 247, in *Trib. amm. Reg.,* 1983, I, 1074, TAR Sicilia 20 agosto 1990 n. 547, in *Trib. amm. reg.*, 1990, I, 3684, Cons. St., 19 novembre 1992 n. 647, in *Riv. giur. edil.*, 1992, I, 1159, TAR Sicilia - Palermo 18 Febbraio 1995 n. 101. Cfr., in tempi più recenti: Cons. St., Sez. IV, 31 gennaio 2005, n.256, in cui si affermava che: "L'imposizione del vincolo di notevole interesse storico artistico non è condizionato ad una ponderazione dell'interesse culturale con altri interessi, pubblici o privati, dovendosi riconoscere al primo un valore assoluto e quindi prevalente". Ugualmente, più di recente: Cons. giust. amm. Sicilia Sez. giurisd., n. 418/2011, TAR Napoli, Sez. VI, n. 223/2015. In senso diverso, cfr. esplicitamente: TAR Lazio, 23 gennaio 1997 n. 235, ma riferimenti alla doverosa considerazione del sacrificio imposto ai privati si hanno già in Cons. St., 24 agosto 1992 n. 615, TAR Emilia-Romagna 27 novembre 1992 n. 993, TAR Abruzzo, 8 febbraio 1993 n. 48, in *Foro it.*, 1993, 69, Cons. St., 29 maggio 1995 n. 518, in *Foro amm.*, 1995, 1026.

[7] V., ancora di recente, Cons. St., Sez. VI, 22 gennaio 2004 n. 161.

[8] Cfr. già F. Cammeo, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici,* in *Giur. it.*, III, 1902.

[9] Cfr. ad es. M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione,* Milano, 1939, 162-3; A. De Valles, *Norme giuridiche e norme tecniche,* in *Studi in onore di C. Jemolo*, III, Milano, 1963, 177 ss., 184; G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, in G. Guarino (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Vol. I, Milano, 1983, 200 ss.

[10] Cfr. ad es. E. Presutti, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica,* in *Giur. it.*, 1910, 4, 16, e cfr. C. Mortati, *Potere discrezionale,* in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1039, 76 ss., 79-80.

[11] A partire dalla storica pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. IV,

dunque, diversi nodi irrisolti già nelle prospettive teoriche, pur potendosi serenamente registrare una linea evolutiva certa, anzitutto, ma non soltanto, nelle affermazioni di principio: dal riconoscimento di poteri di controllo giurisdizionale "intrinseco debole" da parte del g.a., in ragione di pretesi labili confini tra opinabilità e opportunità[12], all'affermazione della meno equivoca possibilità di sindacato "intrinseco forte", sia pur non sostitutivo[13], sulle valutazioni tecniche della p.a.[14], fino al riconoscimento in capo al g.a. di un sindacato addirittura "di maggior attendibilità" delle valutazioni tecniche prospettate dalle parti[15].

2. Circolazione internazionale dei beni d'interesse culturale, l'"attestato di libera circolazione" dei beni d'interesse culturale e gli apprezzamenti affidati all'amministrazione.

Il Codice dei beni culturali e del paesaggio (D.lgs. n. 42/2004) disciplina la circolazione in ambito internazionale di beni di interesse culturale, nel suo capo V, esito della riforma apportata con l. n. 124/2017 che ha tentato di offrire una prima timida risposta all'esigenza di bilanciare la rigorosa tutela dell'integrità del patrimonio culturale nazionale con il non eccessivo sacrificio del mercato dell'arte e della fruizione collettiva dei beni[16].

9 aprile 1999 n. 601, in cui si è per la prima volta chiaramente affermato che "quando la tecnica è inserita nella struttura della norma giuridica, l'applicazione del criterio inadeguato o il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti comporta un vizio di legittimità dell'atto"; cfr. M. Delsignore, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 185 ss. V., di recente, A. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, f. 2, 335 ss. Cfr. già Id., *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli, 2021. In posizione decisamente critica rispetto al *self restraint* spesso ancora mostrato dal giudice amministrativo nell'accesso al fatto: 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,* settembre 2023.

[12] Cfr., ad es., per tutte, Cons. St., Sez. IV, 16 ottobre 2001 n. 5287, Cons. St., Sez. VI, 23 aprile 2002 n. 2199, Cfr. F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e giurisdizionalizzazione,* Milano, 2005, Id., *Tecnica e processo amministrativo,* in *Dir. proc. amm.*, 2004, 983.

[13] Cfr. *ex multis*: Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2004 n. 926, Id., Sez. VI, 8 febbraio 2007 n. 515, Id., Sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 595, Id., Sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 597; più di recente, *ex multis*: Cons. St., Sez. IV, 9 febbraio 2015 n. 657, Cons. St., Sez. III, 11 dicembre 2020 n.7097, con nota di G. Strazza, *Sull'uso off-label dell'idrossiclorochina per il trattamento del Covid-19,* in *Giustiziainsieme*, 2021, gennaio.

[14] Cfr., ad es., Cons. St., Sez. IV, 30 luglio 2003, n. 4409, Cons. St., Sez. Vi, 2 marzo 2004 n. 926, cit., Cons. St., 12 febbraio 2007 n. 550, Cons. St., Sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 595; più di recente: Cass. Sez. Un., 12 maggio 2017 n. 11804, Cons. St., Sez. III, 2 settembre 2019 n. 6058.

[15] Ufficio Studi della Giustizia amministrativa, "*Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*". *Ogni potere ha il suo giudice e a tale regola generale non sfuggono le autorità indipendenti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017, su *www.giustizia-amministrativa.it*. e v. *infra*, § 4.

[16] Sul tema, ampiamente, F. Manlio, *La circolazione internazionale dei beni culturali,* Milano, 2007, e di recente: A. Pirri Valentini, *La circolazione internazionale dei beni culturali*, Milano, 2023. Cfr. anche G. Avanzini, *La circolazione intracomunitaria dei beni culturali privati tra tutela del patrimonio nazionale e identità culturale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 3, 689 ss. In particolare, la riforma ha realizzato un ampliamento dei casi di liberalizzazione dell'uscita definitiva di beni d'interesse culturale dal territorio nazionale che riguarda oggi: opere di autore vivente; di autore non vivente che risalgono a non oltre (non più 50 ma) 70 anni, o prodotte in qualunque epoca ma che abbiano valore pari o inferiore a 13.500 euro. La disciplina dell'uscita temporanea, riguardante ipotesi marginali, non è stata modificata.

L'impronta sensibilmente protezionistica del nostro sistema[17], specie ove confrontato con altri ordinamenti[18], si coglie chiaramente dall'art. 64-*bis* del Codice dei beni culturali e del paesaggio, che enuncia la finalizzazione del controllo sulla circolazione internazionale alla preservazione, appunto, "dell'integrità del patrimonio culturale in tutte le sue componenti", unitamente alla previsione del divieto di uscita definitiva dai confini nazionali dei beni culturali appartenenti a soggetti pubblici o a persone giuridiche private senza scopo di lucro, finché non intervenuta la verifica di insussistenza dell'interesse culturale *ex* art. 12, o di beni di proprietà privata "dichiarati" ai sensi dell'art. 10 co. 3[19]. Tra questi, accanto ai tradizionali beni privati individuati come meritevoli di protezione in quanto d'interesse "particolarmente importante", o, talvolta "eccezionale", la l. n. 124/2017 ha inserito con la lettera d-*bis* la considerazione de "le cose, a chiunque appartenenti, che presentano un interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico eccezionale per l'integrità e la completezza del patrimonio culturale della Nazione"; nozione ampia, che evoca poteri di valutazione dell'amministrazione potenzialmente più elastici ed estendibili rispetto a quelli già noti, ed esprime l'idea dell'appartenenza collettiva dei valori insiti nei beni da tutelare, anche in una prospettiva intergenerazionale[20].

Nei casi in cui non operi tale divieto, deve essere chiesta l'autorizzazione o "attestato di libera circolazione" al competente Ufficio Esportazioni, organo periferico del Ministero della Cultura, per il trasferimento di beni, a chiunque appartenenti, che presentino interesse culturale, siano opera di autore non più vivente, la cui esecuzione risalga ad oltre settanta anni, e il cui valore – con alcune eccezioni – sia pari o superiore ad euro 13.500. Per altri beni si prescinde da queste condizioni: l'autorizzazione va in ogni caso richiesta per archivi e singoli documenti, appartenenti a privati, che presentino interesse culturale; per le cose oggetto di specifiche disposizioni di tutela ai sensi dell'art. 11, co. 1 lett. f), g), h), a chiunque appartengano[21].

L'autorizzazione, di efficacia quinquennale, è rilasciata, sentito il Ministero, previo accertamento dell'assenza dell'interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico, a termini dell'articolo 10 del Codice, delle cose presentate dall'interessato "in relazione alla loro natura o al contesto storico-culturale di cui fanno parte".

Il diniego di autorizzazione, motivato puntualmente, comporta, in continuità con la simmetria già posta dal d.lgs. n. 490/99, l'automatico avvio del procedimento di dichiarazione dell'interesse culturale, con

[17] L. Casini, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, 2016, in partic. 123 ss.

[18] Con riferimenti al sistema britannico e, ancor più, a quello francese: G. Avanzini, *La circolazione intracomunitaria dei beni culturali privati tra tutela del patrimonio nazionale e identità culturale*, cit., 689 ss.

[19] Per l'uscita temporanea, v. i casi tassativi indicati dagli artt. 66 e 67 del Codice e art. 71.

[20] In generale sulla tutela dei beni culturali, in questa prospettiva: M.A. Cabiddu, *Diritto alla bellezza,* in *Rivista AIC*, 2020, n. 4.

[21] …le fotografie, con relativi negativi e matrici, gli esemplari di opere cinematografiche, audiovisive o di sequenze di immagini in movimento, le documentazioni di manifestazioni, sonore o verbali comunque realizzate, la cui produzione risalga ad oltre venticinque ami, a termini dell'articolo 65, comma 3, lettera c), i mezzi di trasporto aventi più di settantacinque anni, a termini degli articoli 65, comma 3, lettera c), e 67, comma 2, i beni e gli strumenti di interesse per la storia della scienza e della tecnica aventi più di cinquanta anni, a termini dell'articolo 65, comma 3, lettera c).

conseguente applicazione di misure di tutela in via cautelare[22].

Al fine di offrire un qualche carattere di uniformità alle valutazioni compiute in sede decentrata dagli Uffici Esportazione, il Codice affida (art. 68) al Ministro della cultura il compito di definire con proprio decreto "indirizzi di carattere generale".

Tali indirizzi sono oggi posti dal d.m. n. 537/2017, che ha sostituito la risalente circolare del Ministero della Pubblica Istruzione del 13 maggio 1974[23]. D'interesse è la precisazione che funzione degli Uffici Esportazione è compiere "accertamenti e valutazioni tecnico-scientifiche" preordinate alla decisione, avvalendosi, se del caso, di esperti esterni all'amministrazione; e, ancora, che la qualità artistica di un bene non è sufficiente, di per sé sola, a giustificare un provvedimento di sottoposizione a tutela, dovendo questo conformarsi ai criteri ed elementi valutativi appunto indicati dallo stesso Ministero, associando più di un principio di rilevanza. Tra gli elementi da considerare sono menzionati: la qualità artistica dell'opera, da apprezzare alla stregua del magistero esecutivo, della capacità espressiva, della originalità dell'opera; la rarità dell'opera in senso qualitativo e quantitativo, considerando rilevanza, diversità, complessità tecnica, e reperibilità, ad esempio, di opere dello stesso autore o con caratteristiche simili; la rilevanza della rappresentazione quale non comune livello di qualità e/o importanza culturale, storica, artistica ecc.; l'appartenenza a un complesso e/o contesto storico, artistico, archeologico, monumentale anche se non più in essere o materialmente ricostruibile; l'essere testimonianza particolarmente significativa per la storia del collezionismo, con riferimento anche alla storia e alle tradizioni locali; l'essere l'opera testimonianza rilevante sotto il profilo archeologico, artistico, storico, etnografico di relazioni significative tra diverse aree culturali anche di produzione e/o provenienza straniera.

3. Il diniego di rilascio dell'attestato di libera circolazione del "Ritratto di Olga Oberhummer" di Franz von Stuck.

Tra le ultime pronunce del giudice amministrativo che hanno indugiato sul tema della valutazione tecnico discrezionale dell'interesse culturale, si segnala la recente decisione del Consiglio di Stato, del 27 dicembre 2023 n. 11204, resa in sede di appello alla pronuncia del TAR Lombardia, Sez. III, n. 1390/2022, che aveva dichiarato infondato il ricorso avverso il diniego di rilascio dell'attestato di libera circolazione e determinato il conseguente avvio del procedimento di dichiarazione del particolare interesse culturale del dipinto "Ritratto di Olga Oberhummer" dell'artista tedesco Franz von Stuck del 1907.

Il diniego di autorizzazione poggiava su argomentati caratteri di qualità e rarità dell'opera, sulla sua idoneità ad accrescere il patrimonio culturale e artistico italiano, anche in ragione del suo debito verso la ritrattistica italiana.

Il ricorso, anticipato da osservazioni presentate nel corso del procedimento e accompagnate da una relazione tecnica di parte, contestava, nell'ambito delle diverse censure, in particolare, l'errore di valutazio-

[22] Cfr. art. 14, co. 4 del Codice. Cfr. G. Celeste, *Beni culturali: prelazione e circolazione*, in *Riv. notariato*, 2000, 5, 1071 ss.

[23] Cfr. anche D.M. 17 maggio 2018 n. 246: *Condizioni, modalità e procedure per la circolazione internazionale di beni culturali*, come modificato dal D.M. 9 luglio 2018 n. 305.

ne compiuto dall'Ufficio circa i riferimenti artistici del quadro, lamentandosi altresì la mancata considerazione della sua origine straniera e dell'assenza di collegamenti con il contesto culturale italiano.

Si censurava poi l'omessa ponderazione dell'interesse pubblico alla conservazione con l'interesse del proprietario, compresso in modo asseritamente sproporzionato, nella misura in cui al suo sacrificio non avrebbe corrisposto alcun beneficio per l'interesse culturale nazionale, tanto più considerando che il bene non sarebbe stato destinato alla fruizione collettiva. Si rilevava, ancora il contrasto con l'art. 36 del TFUE[24] il quale, nel contemplare l'"eccezione culturale" nell'ambito della tutela della libertà di circolazione delle merci nel territorio europeo, imporrebbe un'applicazione rigorosa e restrittiva della predetta deroga, accompagnata da congrua motivazione, nel caso di specie ritenuta insufficiente.

Nel respingere il ricorso, il TAR Lombardia ribadiva i profili strutturali della tutela dei beni culturali, l'immanenza dei limiti alle relative facoltà di utilizzo, da cui l'esclusione dell'indennizzo. Chiariva, inoltre, che le valutazioni compiute dall'Amministrazione ai fini della relativa individuazione avrebbero natura non discrezionale, bensì di "discrezionalità tecnica"; di qui l'insussistenza di un dovere di ponderazione degli interessi "neppure allo scopo di verificare il rispetto del principio di proporzionalità"[25].

In conformità con recenti pronunce del Consiglio di Stato e con le posizioni di attenta dottrina, si ammetteva invece uno spazio per una comparazione nella fase successiva alla individuazione del bene, ovvero quella della determinazione delle misure di tutela e conservazione[26]. In ogni caso, si osservava come la sola finalità della conservazione del bene non renderebbe ingiustificato il sacrificio imposto al privato, essendo la conservazione del suo valore culturale possibile presupposto di un'eventuale acquisizione alla mano pubblica e della sua destinazione alla pubblica fruizione[27].

Quanto al merito della valutazione si osservava come dagli indirizzi ministeriali emerga chiaramente la non imprescindibili-

[24] "Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri".

[25] Cfr. sul punto, G. Severini, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità,* in *Aedon*, 2016, 3, che più radicalmente osserva che "La questione della discrezionalità tecnica, specie per le *soft sciences* che rilevano per la tutela del patrimonio culturale, consiste dunque nella gradazione di questa intensità, per modo che il risultato concreto sia quello sufficiente e comunque adeguato alla esigenza di cura del patrimonio". Non ci sarebbe invece "in tema di tutela del patrimonio alcun bilanciamento con interessi diversi da quello della tutela stessa", perché ci si muoverebbe esclusivamente lungo la "monorotaia" "dell'unico interesse in cui questa consiste (il bilanciamento si coniuga al principio di proporzionalità solo quando si tratta di discrezionalità amministrativa, non di discrezionalità tecnica", e ricorda Cons. Stato, IV, 26 febbraio 2015, n. 964, secondo cui: "nel caso in cui l'azione amministrativa coinvolga interessi diversi" – cioè quando si esercita una discrezionalità amministrativa – allora occorre "un'adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile: in questo senso, il principio [di proporzionalità] rileva quale elemento sintomatico della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale in relazione all'effettivo bilanciamento degli interessi".

[26] Cons. St., Sez. VI, n. 3360/2014, Cons. St., Sez. VI, n. 2061/2020. Cfr. P. Carpentieri, *Patrimonio culturale e discrezionalità degli organi di tutela,* in *Aedon*, 2016, 3.

[27] Sulla differente disciplina della fruizione, a seconda che la proprietà del bene sia pubblica o privata, v. A. Bartolini, *Beni culturali (ad vocem),* in *Enc. Dir.,* Annali, 2013, VI.

tà del carattere di "italianità" del bene, legittimandosi, invece, il divieto di esportazione di opere straniere "purché la loro presenza nel patrimonio culturale nazionale sia necessaria per favorire la conoscenza delle culture di cui i beni in questione costituiscano testimonianze di civiltà, trattandosi comunque di strumenti di arricchimento del patrimonio culturale della Nazione"[28]. In ogni caso, i rilievi del tecnico di parte apparivano inidonei ad escludere di per sé l'effettivo aggancio con la pittura rinascimentale italiana. In sintesi, non sarebbe stata dimostrata l'inattendibilità della valutazione operata dall'amministrazione, non riuscendo le censure avanzate a uscire dalla consistenza di meri apprezzamenti soggettivi.

Con riferimento all'art. 36 TFUE, si considerava, infine, come la medesima sia norma che ammette espressamente che gli Stati membri introducano divieti di esportazione funzionali alla protezione del proprio patrimonio culturale, semplicemente censurando discriminazioni arbitrarie e dissimulate restrizioni al commercio tra Stati membri.

4. Il sindacato di "maggiore attendibilità" e le posizioni del Consiglio di Stato; brevi considerazioni.

Al centro delle censure proposte con il ricorso in appello vi è il profilo del "mancato sindacato di maggiore attendibilità", che rileverebbe anche ai sensi dell'art. 6 della Cedu, dell'art. 47 della Carta di Nizza, dell'art. 24 Cost. risolvendosi nella asserita negazione del diritto a un equo processo. La sentenza sarebbe poi inadeguatamente motivata con riferimento ai caratteri culturali dell'opera ed erronea quanto alla conformità del provvedimento impugnato all'art. 36 TFUE.

Il Consiglio di Stato, nell'inquadrare in termini generali la questione, si concentra, quale profilo assorbente, sulla natura giuridica dell'apprezzamento dell'"interesse culturale" di un bene e del relativo grado, contribuendo, con il giudice di prime cure, a fare ordine nell'ambito delle incerte categorie della valutazione tecnica, della discrezionalità tecnica, della discrezionalità, tutte richiamate, nella nostra esperienza giuridica a proposito delle valutazioni in esame.

Sia pur con qualche incerto richiamo all'interesse pubblico, che ricorda posizioni della dottrina più risalente[29], il Consiglio di Stato conferma che l'attività dell'amministrazione, volta ad esprimere il giudizio di rilevanza culturale "pur implicando un apprezzamento di conformità della cosa valutata a un modello astratto alla stregua di criteri estetico-culturali" è sostanzialmente "di carattere ricognitivo e conoscitivo" non consistendo in una scelta fra diverse soluzioni possibili; il che non esclude, ovviamente, margini di apprezzamento basati su elementi tecnici, che restano, dunque, di carattere peculiare e specialistico"[30].

[28] Nello stesso senso si richiamano TAR Lazio, Roma, Sez. II, n. 1883/2020, Tar Lazio, Roma, Sez. II *quater*, n. 7833/2012.

[29] O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, 371; tale riferimento com'è noto non è assente nemmeno nelle avanzate posizioni di F. Cammeo, pur sensibile alla dottrina tedesca degli *unbestimmte rechtsbegriffe*. Cfr. Id., *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici,* in *Giur. it.,* III, 1902 ss.

[30] Cons. St., Sez. VI, 3 febbraio 2022, n.757, che enuncia : "Il sindacato sugli atti della pubblica amministrazione deve rispondere ai principi di pienezza ed effettività della tutela

Puntualizza così che, mentre la selezione degli interessi è compiuta a monte dal legislatore[31], quelli in esame sarebbero appunto giudizi "tecnico-discrezionali" chiarendo, sotto il profilo nominalistico, che la formula non sottende apparentamenti con la discrezionalità amministrativa ma si riferisce appunto a valutazioni di "fatti complessi" richiedenti particolari competenze, con riferimento alle quali il sindacato giurisdizionale non si incentra, dunque, sulla ragionevole ponderazione di interessi ma sulla "specifica attendibilità tecnico-scientifica". Di qui l'accolta sinonimia di "valutazioni tecniche" o "tecnico-discrezionali".

Peraltro, lo stesso Consiglio di Stato ha di recente chiarito, in altre pronunce, che proprio in tale tecnica di giudizio riposerebbe la reale tutela inverando il principio fondamentale dell'art. 9 della Costituzione, appunto "consentendo una salvaguardia che prescinda dal cedimento per opportunità rispetto ad altri interessi", realizzando "l'indefettibile funzione pubblica richiesta da questa eredità collettiva" e assicurandone la rispondenza al suo "valore primario e assoluto"[32].

In sintesi, Tar e Consiglio di Stato superano certamente quelle pronunce del Consiglio di Stato che, pur aprendo a un sindacato intrinseco sui fatti complessi valutati dall'amministrazione, ne predicavano la debolezza.

Come già chiaro al pensiero giuridico più risalente, come oggi allo stesso Ministero della cultura, l'attività che l'amministrazione svolge è un'attività di natura provvedimentale e se sono còlte le caratteristiche del bene indicate dalla legge, l'apposizione del vincolo al bene e, ancor prima, il diniego di rilascio dell'attestato di libera circolazione sono doverosi[33].

Il Consiglio di Stato fa poi riferimento agli attuali poteri decisori del g.a., come disegnati dal codice del processo amministrativo, alla sua capacità di pronunciare in alcuni casi sentenze che definiscano compiutamente "la disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino", per considerare come ciò non sia in concreto sempre possibile, come ad esempio a fronte di valutazioni tecniche complesse, ma non sembra sviluppare in modo completo i motivi.

giurisdizionale, dovendo, pertanto, da un lato, estendersi anche all'accertamento dei fatti operato sulla base di concetti giuridici indeterminati o di regole tecnico-scientifiche opinabili, al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico, dall'altro, implicare la verifica del rispetto dei limiti dell'opinabile tecnico-scientifico, attraverso gli strumenti processuali a tal fine ritenuti idonei (ad. es., consulenza tecnica d'ufficio, verificazione, ecc.). Un tale sindacato, non può, tuttavia, spingersi fino al punto di sostituire le valutazioni discrezionali dell'Amministrazione. Orbene, qualora ad un certo problema tecnico ed opinabile l'amministrazione abbia dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo "intrinseco", che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Amministrazione, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto".

[31] Per il diverso rapporto tra la tecnica e la decisione politica, laddove, si sottolinea, spetta proprio alla politica, in una prospettiva democratica, governare le soluzioni tecniche in relazione alla selezione degli interessi meritevoli di tutela: W. Giulietti, *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative "composte"*, in *Dir. Amm.*, 2017, 2, 327 ss., anche ricordando G. Guarino, *I tecnici e i politici. Nello Stato contemporaneo. Prolusioni e conferenza*, Milano, 1966, 196.

[32] Cons. St., Sez. VI, 30 agosto 2023 n. 8074, sull'annullamento d'ufficio dell'attestato di libera circolazione per la coppia di dipinti di Salvador Dalì denominati Couple aux tetes pleines de nuages, Cons. St., Sez. VI, 13 ottobre 2023 n. 8983, sul diniego di rilascio dell'attestato di libera circolazione in relazione al dipinto a olio su tela di Alberto Burri, intitolato "Texas" del 1945.

[33] G. Piva, *Ibidem*, 102, il quale tuttavia, vedeva nell'assenza di discrezionalità una ragione per la negazione del potere dell'amministrazione e l'affermarsi della giurisdizione del giudice ordinario.

È comunque scontato il presupposto che la stessa attività conoscitiva del giudice, nei casi in cui – fuori dall'esercizio di poteri di merito – condanni l'amministrazione a un *facere specifico,* riesce ad estendersi in corrispondenza della natura vincolata dei poteri esercitati dall'amministrazione e della possibilità di individuare parametri giuridici certi, ivi compresi i criteri conoscitivi dei dati fattuali, esplicitamente o implicitamente presupposti dalle norme di disciplina dell'esercizio dei poteri[34].

Se appare ormai in buona misura formula tralatizia quella secondo cui, con particolare riguardo alla discrezionalità tecnica, il giudice è semplicemente chiamato a verificare la "ragionevolezza tecnica" dell'apprezzamento " sia nel complesso, che nell'articolazione dei diversi passaggi, oltre che sotto il profilo delle regole tecniche applicate", appare d'interesse come presa di posizione rispetto all'ipotesi del suo dovere, prospettato dall'appellante, di individuazione della "soluzione tecnica più attendibile"[35].

Questa tesi è stata a ben vedere autorevolmente proposta anche dall'Ufficio Studi del Consiglio di Stato[36] con richiamo a pronunce relative ad atti delle amministrazioni indipendenti, esito di un sindacato certamente profondo del giudice amministrativo[37].

Guardando alla *ratio* delle richiamate decisioni non sembra che il g.a. abbia nei fatti realmente applicato il suddetto *modus iudicandi*. Da un lato, si tratta di casi in cui gli interessati avevano ampiamente adempiuto al relativo onere di deduzione di motivi specifici e di prova nei limiti della disponibilità, consentendo un sindacato pienamente intrinseco del g.a. di attendibilità tecnica secondo le regole specialistiche applicabili al settore considerato.

Il giudice non ha tuttavia scelto la soluzione tecnica più attendibile trattando necessariamente quelle proposte come due paritetiche prospettazioni capaci di aprire la strada per l'individuazione dell'unica scelta tecnica giusta e definitiva; la maggiore attendibilità tecnica della valutazione operata dal ricorrente appare piuttosto servita pur sempre a smontare – attraverso un sindacato profondo – la soluzione, *prima facie* ragionevole, fatta propria dal provvedimento amministrativo; è servita, in definitiva, a dimostrarne da un punto di vista tecnico-scientifico, la sua effettiva non attendibilità[38]. La tecnica di giudizio è corretta e sembra quella abbracciata dalla pronuncia

[34] Per il recepimento della norma tecnica nella norma giuridica, cfr. F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 372. Per l'autonomia concettuale della valutazione tecnica, già: V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, 38 ss. Nel senso che la discrezionalità tecnica sia avvicinabile più a quella del giudice che dell'amministrazione: Cfr. A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo,* Napoli, 1989, 594, in cui si afferma che "la discrezionalità tecnica è prossima più alla discrezionalità del giudice che alla discrezionalità amministrativa, essendo svincolata dalla considerazione degli interessi dei singoli soggetti coinvolti nella vicenda".

[35] Su cui cfr. ancora A. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, 335 ss.

[36] Cfr. Consiglio di Studi, Ufficio Studi, massimario e formazione, "*Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*", cit., 2017.

[37] Cfr., ad es., Cons. St., Sez. VI, 12 ottobre 2011 n. 5519, Cons. St., Sez. VI, 13 giugno 2014 n. 3032, Cons. St., Sez. VI, 15 maggio 2015 n. 2479, Cons. St., Sez. VI, 12 giugno 2015 n. 2888, Cons. St., Sez. III, 2 ottobre 2015 n. 4616, Cons. St., Sez. VI, 4 settembre 2015 n. 4123, TAR Lazio, Sez. I, 16 giugno 2016 n. 6921, Cons. Sez. VI, 9 agosto 2016 n. 3552, Cons. Sez. VI, 31 agosto 2016 nn. 3769, 3770, 3771, 3772 e 3772.

[38] Chiaramente protesa verso un sindacato di "maggiore attendibilità", non in via generale, ma sulla base della premessa che nella disciplina antitrust non opererebbe il meccanismo norma-potere-effetto, essendo l'assetto degli interessi già a monte definito dal legislatore: Cons. St., Sez. VI, 19 luglio 2019 n. 4990, nel caso "Avastin-Lucentis".

in esame anche se non pienamente convincenti appaiono tutti gli argomenti utilizzati.

Se potenzialmente ambiguo appare il riferimento all'interesse pubblico[39], è discutibile il fondamento che il Consiglio di Stato infine pone a base della posizione assunta. Si assume che il giudice amministrativo debba dare la "prevalenza alla posizione espressa dall'organo istituzionalmente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche), della competenza ad adottare decisioni collettive rispetto alla prospettazione individuale dell'interessato": "ciò in quanto prevale la scelta legislativa di non disciplinare il conflitto d'interessi ma di apprestare solo i modi e i procedimenti per la sua risoluzione"[40]. Tali formule riprendono precedenti decisioni del Supremo Consesso[41] e rievocano autorevoli posizioni dottrinarie[42] ma pur risolvendosi in pregevoli considerazioni di buon senso non sembra esauriscano il ragionamento giuridico.

Più convincente appare la sentenza di primo grado in quel passaggio della motivazione in cui, in coerenza con immediati precedenti del Consiglio di Stato[43], si riferisce al criterio della struttura della norma attributiva del potere all'amministrazione[44] e sottolinea come il presupposto normativo per la dichiarazione dell'interesse culturale non sia l'accertamento del fatto storico da parte del giudice, come avviene in controversie in cui

[39] "L'apprezzamento dell'amministrazione ai fini dell'imposizione di scelte di vincolo legate a poteri e obiettivi di valenza culturale si atteggia "come un apprezzamento ampio dell'interesse pubblico a tutelare cose che, attenendo direttamente o indirettamente alla storia, all'arte o alla cultura, per ciò che esprimono e per i riferimenti con queste ultime, sono reputate meritevoli di conservazione". Tuttavia – si dice – l'interesse pubblico alla tutela della cosa è direttamente collegato con una valutazione in termini di "particolare interesse della cosa per i propri pregi intrinseci o per il riferimento della medesima vicenda della storia, dell'arte o della cultura, sicché l'espressione precipuo dell'attività tecnico-discrezionale dell'amministrazione si ha nel momento della formulazione di un giudizio di particolare rilevanza del bene , discendente a sua volta o dal riconoscimento di un peculiare pregio del medesimo o dal riconoscimento di un particolare collegamento di esso con le vicende della cultura, della storia, dell'arte". Cfr. tuttavia F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo,* in *Dir. Amm.,* 2008, 4, 791 ss., il quale in effetti ritiene che la discrezionalità tecnica si risolva in identificazione in concreto del presupposto del provvedimento, ed essendo l'interesse da perseguire implicito in questo, la stessa valutazione tecnica si differenzierebbe dall'apprezzamento discrezionale essenzialmente per avere riguardo ad un unico, specifico interesse. Diversamente: Piva, *Cose d'arte* (*ad vocem*), in *Enc. dir.*, XI, 1962, vol. XI che osservava come il termine "interesse" fosse utilizzato impropriamente dal legislatore in luogo di "valore" culturale, specifico oggetto di apprezzamento dell'amministrazione.

[40] In tal senso si richiama: Cons. St., Sez. VI, n. 8167/2023.

[41] Cfr. Cons. St., Sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624, in materia di vincoli paesaggistici, Cons. St., Sez. VI, 9 maggio 2023, n. 4686, in questa *Rivista*, luglio 2023.

[42] C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 203 ss.: "Di fronte a una norma che implicitamente o esplicitamente attribuisca all'amministrazione il compito di operare giudizi tecnicamente complessi o scelte scientificamente opinabili pare dunque preferibile, nel dubbio interpretativo, che sia la pubblica amministrazione a compiere la scelta, dovendosi individuare nel suo più intimo collegamento con l'organizzazione sociale, sotto molteplici profili, la ragione sostanziale di una riserva di valutazione. Sottolinea la necessaria considerazione dell'appartenenza dell'amministrazione al circuito democratico-rappresentativo e la sua sottoposizione agli indirizzi del vertice politico: P. Carpentieri, *Patrimonio culturale e discrezionalità degli organi di tutela,* in *Aedon*, 2016, 3. Valorizzano, ancora, ora i profili organizzativi, ora la specifica identità della P.A.: C. Cudia, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi,* in *Dir. pubbl.*, 2016, 1 ss.; F. Saitta, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»,* in *Il Processo*, 2020, f. 3, 749 ss.

[43] Cfr. Cons. St., Sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624, Cons. St., Sez. VI, 9 maggio 2023, n. 4686, cit. e la nota di A. Cioffi, *Discrezionalità tecnica e rarità di un dipinto di Giorgio Morandi. Osservazioni sul sindacato di legittimità e sul problema dei concetti giuridici indeterminati,* su *www.giustiziainsieme.it*, luglio 2023.

[44] Cfr. P. Lazzara, *Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 212-254. Già Id., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, in partic. 282 ss. Nel senso che nell'azione amministrativa vi sia uno spazio valutativo non ascrivibile alla discrezionalità, v. anche, sia pur su posizioni non pienamente sovrapponibili, D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica,* Padova, 1995. Per tesi particolarmente avanzate in dottrina, cfr. già V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità,* in *Dir. proc. amm.*, 1984, 475 ss., che, in linea di principio, ravvisa solo nell'assoluta soggettività e irripetibilità del giudizio un limite al sindacato giurisdizionale.

le parti siano in posizione paritetica, ma sia il fatto "mediato" "dalla valutazione affidata all'amministrazione". È quanto la riflessione giuridica recente non ha mancato di evidenziare, osservando come sia difficile ricondurre puramente la valutazione tecnica ad attività puramente vincolata della p.a. – senza per questo ridurla alla discrezionalità –, osservandosi come nell'esercizio di potere rientra anche la determinazione degli elementi di fatto che di volta in volta costituiscono il suo presupposto e che sovente si prestano a un percorso logico insieme deduttivo e induttivo[45], senza che ciò implichi il riconoscimento di aprioristiche riserve di valutazione del fatto. Non è un caso, invero, che con riferimento alla materia in esame, il legislatore abbia affidato al Ministero il compito, di "riempire" il concetto giuridico indeterminato attraverso la determinazione di indirizzi volti ad orientare e circoscrivere le valutazioni tecniche degli Uffici Esportazione.

È su tale esercizio di potere, dunque, che cade istituzionalmente il sindacato di legittimità del g.a.[46], il quale ha appunto, come sua peculiarità quella di ripercorrere la formazione della decisione amministrativa guardando ai suoi parametri giuridici, anche integrati dalle norme tecniche cui le norme di esercizio del potere – esplicitamente o implicitamente – rinviino. La mancanza di un parametro atto a far rilevare l'errore, quindi l'illegittimità dell'azione amministrativa impedisce una pronuncia di annullamento, laddove il giudice, sconfinando nell'opinabilità tecnica, nell'"arbitrio specialistico", oltrepasserebbe i confini della sua funzione istituzionale, sostituendosi indebitamente all'amministrazione[47]. Lo sguardo deve estendersi oltre la posizione istituzionale dell'Amministrazione, al sistema nel suo complesso e, compiutamente, alla posizione del giudice amministrativo rispetto ad essa, tenendo a mente che la sua giurisdizione generale rimane quella di legittimità, che peraltro investe gran parte del contenzioso altresì affidato alla giurisdizione esclusiva[48].

A fronte di giudizi tecnici complessi, pur ove compiuti, come nel caso in esame, alla stregua di scienze "non esatte", come quelle di natura artistica, storica, filosofica richiamati dall'apprezzamento dell'"interesse culturale", si evidenzia giustamente l'onere dell'interessato di contestarne seriamente e puntualmente l'attendibilità[49]: onere, dunque, di dedurre motivi specifici e onere della prova che spesso, nel processo amministrativo, pur potenziato dal c.p.a., anco-

[45] P. Carpentieri, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo,* in *Dir. proc. Amm.,* fasc. 2, 2013, 385 ss.

[46] Cfr. Alb. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 76 ss.; Id., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione,* in *Dir. proc. amm.*, 1994, 635 ss.; Id., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici,* in *Dir. amm.*, 1999, 1, 111 ss.

[47] In tal senso, cfr. già F. Cintioli, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2004, 983, secondo cui, appunto, "È questo, allora, l'unico limite che l'idea del sindacato debole postula: quando il giudice ha accertato, attraverso una serrata analisi tecnica, che la scelta finale dell'amministrazione è coerente, ragionevole e assolutamente compatibile con le premesse in quanto costituisce una delle ristrette scelte possibili, a quel punto non ha il dovere di andare oltre e di elaborare necessariamente una sua scelta finale da sostituire a quella dell'amministrazione". Per la centralità del procedimento seguito per il formarsi della decisione A. Moliterni, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, cit., 5 ss.

[48] Sulla necessità di mantenere salda la distinzione tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito, anche con notazioni critiche sulla nota pronuncia del Cons. St. Sez. VI, 25 febbraio 2019 n. 1321, in materia di abilitazione scientifica nazionale: F. Francario, *L'incerto confine tra giurisdizione di legittimità e di merito,* in *Giustiziainsieme, Diritto e processo amministrativo*, 2023, giugno.

[49] V. già, ad es. Cons. St., Sez. VI, 5 dicembre 2022, n.10624, cit.

ra tende a scolorire nel primo[50]. L'adempimento di questo onere consente al giudice amministrativo di compiere quel controllo intrinseco forte, sia pur non sostitutivo richiesto dal dovere di dispensare una tutela effettiva. D'altra parte, non sembra, da un lato, come pur talora paventato, che le Sezioni Unite, nel riaffermare tale limite del G.A. abbiano voluto necessariamente imporgli un sindacato debole[51], né che tale atteggiamento si profili in contrasto con la Costituzione[52], con la CEDU[53] o con il diritto europeo[54].

[50] Cfr. tra i contributi recenti, P. Chirulli, *L'istruttoria*, in R. Caranta (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2011, 521 ss.; P. Lombardi, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, f. 1, 85 ss.; F. Saitta, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, f. 1, 1 ss.; L. Giani, *La fase istruttoria*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2023, 385 ss., 401 ss.; V. Berlingò, *Fatto e giudizio. Parità delle parti e obbligo di chiarificazione nel processo amministrativo*, Napoli, 2020.

[51] Cfr. ad es. Cass. Sez. Un., 17 marzo 2008 n. 7063, Cass. Sez. Un. 23 febbraio 2012 n. 2312 e 2313, Id., 20 gennaio 2014 n. 1013, Id., n. 30974/2017, Id. n. 11929/2019, Id., 14 aprile 2020, n. 7828, Id., n. 8093/2020, Id., 31311/2021.

[52] A partire dalle note pronunce della Corte cost. n. 146/1987 e n. 251/1989, cfr., ad es., Corte cost. n. 271/2019. In generale: V.A. Police, *la giurisdizione amministrativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. della Cananea – M. Dugato, *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 475 ss.

[53] Cfr. Cedu, C. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia 27 settembre 2011, ric. n. 43509/08 con cui la Corte non ha dubitato dell'adeguatezza del sindacato svolto dal g.a. sulle sanzioni antitrust, né quardando alla fase della rilevazione dell'infrazione, né in sede di "piena giurisdizione" sulla misura delle sanzioni; v. anche Cons. St., Sez. VI, 15 luglio 2019 n. 4990. Cfr. Cedu C. Grande Stevens e al. c. Italia 4 marzo 2014, ric. nn. 18640, 18647, 18668, 18698 del 2010, in cui la Corte, considerando le sanzioni inflitte dalla Consob, riteneva violato il principio del giusto processo solo in ragione del mancato svolgimento davanti alla Corte d'Appello di un'udienza pubblica. Nella pronuncia Di Placì c. Italia 21 gennaio 2014, ric. n. 48754/2011 analoga violazione viene rinvenuta nell'affidamento di una verificazione al collegio medico dipendente dal Ministero della Difesa, parte in causa, mancando quindi la terzietà e imparzialità nello svolgimento dell'istruttoria. Non si coglie una netta posizione contraria al sindacato "indiretto" comunemente svolto dal g.a. Nel senso che la Cedu conduca verso un sindacato pieno: L. Giani, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto (Il pensiero di Antonio Romano),* in *Dir. amm.*, 2014, f. 3, 535 ss.

[54] Cfr. già Corte giust., C-120/97, Upjhon Ldt/The Licensing Authority established by the Medicine Act 1968 e a.; Id., C-425/97 World Wildlife Fund – WWF – e a./Provincia autonoma di Bolzano. Nel senso che il diritto dell'Unione non imponga agli Stati membri un sindacato giurisdizionale sostitutivo, come non è tale quello esercitato di giudici europei sugli atti delle istituzioni sovranazionali: F. Cintioli, *Tecnica e processo amministrativo,* cit., 983 ss., M.G. Della Scala, *Invalidità amministrativa e valutazioni tecnico-discrezionali*, in V. Cerulli Irelli – L. De Lucia, *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009, 263 ss. Ancora di recente, pur nel segno di un sindacato sempre più intrinseco anche a livello europeo, si afferma che: "il controllo del giudice dell'Unione sull'esercizio, da parte della Commissione, del potere discrezionale riconosciutole in materia di esame delle denunce non deve condurlo a sostituire la propria valutazione dell'interesse dell'Unione a quella della Commissione, bensì a verificare se la decisione controversa non si basi su fatti materialmente inesatti e non sia viziata da errori di diritto, da manifesti errori di valutazione o da sviamento di potere (v. sentenza del 15 dicembre 2010, CEAHR/Commissione, T-427/08, EU.T.2010/517, punto 65 e giurisprudenza ivi citata) oppure da un difetto di motivazione (v., in tal senso, sentenza del 16 maggio 2017, Agria Polska e a./Commissione, T-480/15, EU. T. 2017/339, punto 39), Tribunale I grado UE Sez. III, 13 luglio 2022, n.886. Cfr. ancora, *ex multis*, Tribunale I grado UE Sez. VII, 5 maggio 2021, n.611, Tribunale I grado UE Sez. II, 26 luglio 2023, n.269, Corte giustizia UE Sez. V, 9 marzo 2023, n. 46.

È comunque evidente il raggiunto punto di non ritorno, ovvero l'illegittimità di pronunce con le quali il giudice rifiuti di esaminare censure atte a sollecitare un sindacato profondo ricorrendo a "formule pigre" e a motivazioni apparenti, trincerandosi dietro la dichiarata impossibilità di esercitare un sindacato sostitutivo con il rischio di "un sostanziale rifiuto di giurisdizione e un'abdicazione alla doverosa *potestas iudicandi* da parte del giudice amministrativo anche entro il limite, indiscusso, di un apprezzamento che in nessun modo intenda sostituirsi a quello della pubblica amministrazione"[55].

Nel merito, il Consiglio di Stato condivide così la decisione di primo grado, ritenendo il diniego dell'amministrazione puntualmente motivato, il procedimento conoscitivo seguito privo di vizi e il ricorso, in definitiva, non tale da prospettare qualcosa di diverso da una semplice opinione divergente, così, in ordine al requisito della rarità, alla qualità artistica dell'opera, al suo collegamento con la cultura italiana; conferma, in coerenza con precedenti decisioni del giudice amministrativo oltre che con gli indirizzi ministeriali, la non esclusione dal patrimonio nazionale italiano di opere straniere, ogni qualvolta rinvenibile un particolare collegamento con la cultura italiana[56].

Si valorizza il valore pubblico del patrimonio culturale, la sua appartenenza alla Nazione, ai "cittadini-sovrani"[57], e la sua strumentalità a quell'accrescimento della conoscenza capace anche di rafforzare l'identità collettiva, posto come obiettivo fondamentale dall'art. 9 Cost., in combinato disposto con il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3[58].

In tali valori e intenti trova invero fondamento la stessa "deroga culturale" di cui all'art. 36 TFUE, che non smentendo l'autonomia e le differenze degli Stati membri, denota una crescente sensibilità verso valori non riducibili a interessi economici e s'inquadra in un progressivo rafforzamento di un'identità culturale comune, anche a livello europeo[59].

Maria Grazia Della Scala

[55] Cons. St., Sez. VI, 21 marzo 2011, n. 1712; Id., Sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058. Da ultimo: Cons. St., Sez. VII, 27 aprile 2023, n. 4234.

[56] Cfr. TAR Lazio, Sez. II quater, 24 marzo 2011 n. 2659, Id., 22 marzo 2011 n. 2540, Id., 17 settembre 2012 n. 7833.

[57] R. Cavallo Perin, *Il diritto al bene culturale*, in *Dir. amm.*, 2016, 495 ss.; M.A. Cabiddu, *Diritto alla bellezza,* cit.

[58] Cfr. G. Piva, *Cose d'arte*, cit., 94. Di recente: G. Zagrebelsky, *Fondata sulla cultura. Arte, scienza e Costituzione*, Torino, 2014, *passim*. V. Circolare n. 13/1029 del Mibact "atto di indirizzo, ai sensi dell'art. 2, comma 1, secondo periodo, del DM 23 gennaio 2016 n. 44, in materia di uscita dal territorio nazionale, ingresso nel territorio nazionale ed esportazione dal territorio dell'Unione europea dei beni culturale e delle cose di interesse culturale (articoli 64-*bis*/74 D.lgs. n. 42/2004).

[59] P. Chirulli, *Il governo multilivello del patrimonio culturale*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 697 ss.

2. Note minime in tema di soggetti legittimati a richiedere l'autorizzazione paesaggistica (nota a T.A.R. Basilicata, sez. I, 01 febbraio 2024, n. 56)

Sommario: 1. Breve inquadramento del tema. – **2.** Individuazione dei soggetti "legittimati" alla richiesta dei titoli: il caso del permesso di costruire. – **2.1.** (*segue*) casi specifici di legittimazione. – **2.2.** (*segue*) le verifiche della P.A. – **3.** La legittimazione nella richiesta di autorizzazione paesaggistica: simmetrie normative con il Testo Unico Edilizia. – **4.** Riflessioni conclusive.

1. Breve inquadramento del tema.

La pronuncia del T.A.R. Basilicata in commento[1] offre interessanti spunti di riflessione giuridica, *inter alia*, sulla corretta individuazione dei soggetti legittimati a richiedere l'autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 (per brevità "Codice del paesaggio")[2].

[1] Si tratta di T.A.R. Basilicata, sez. I, 01 febbraio 2024, n. 56, in *giustizia-amministrativa.it*.

[2] In dottrina, *ex plurimis* e senza pretese di esaustività, si veda M.A. Sandulli, *Natura ed effetti dell'imposizione dei vincoli paesistici*, *Atti del Convegno di studi giuridici sulla tutela del paesaggio*, Milano, 1963, 87 ss.; F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996; G. Altavilla, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. I beni paesaggistici. Note brevi e spunti critici*, in *Prime note zoom*, 2004, 62, 173 ss.; A. Angiuli, *Commento all'art. 146*, in A. Angiuli, V. Caputi Jambrenghi (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005, 396 ss.; D. Antonucci, *Commento al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Napoli, 2005; P. Carpentieri, *La nozione giuridica di paesaggio, Studi e contributi*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2005; R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, 2005; F. Gualandi, *L'autorizzazione paesaggistica in sanatoria tra "condono ambientale" (legge n. 308/2004) e la disciplina del nuovo codice dei beni culturali e del paesaggio (art. 146, comma 10, lettera c) del d.lgs. n. 42/2004)*, in *LexItalia*, 2005; D. Sandroni, *Commento all'art. 146*, in R. Tamiozzo (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2005, 695 ss.; C. Videtta, *Le valutazioni tecniche ambientali tra riserva procedimentale e selfrestraint del giudice amministrativo*, in *FA*, 2005, 1359 ss.; V. Mazzarelli, *La disciplina del paesaggio dopo il d.lgs. n. 157/2006*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, 1080 ss.; M. Renna, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente, Diritto pubblico dell'economia*, in *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006, 389 ss.; M.R. Spasiano, *I soggetti della politica ambientale in Italia*, in *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006, 159 ss.; P. Carpentieri, *Il secondo "correttivo" del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Urb. e app.*, 2008, 692 ss.; F. Cangelli, *La disciplina procedimentale dell'autorizzazione paesaggistica: l'impatto delle modifiche introdotte dal decreto legislativo 26, marzo 2008, n. 63*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 175 ss.; S. Casu, *L'autorizzazione paesaggistica tra disciplina a regime e disciplina transitoria (verso un equilibrio nel riparto di competenze)*, in *Giustamm.it*, 2009, 164 ss.; F. Marzari, *Autorizzazioni paesaggistiche: sta per tramontare il veto della sovrintendenza*, in *Edilizia e territorio*, 2009, 10 ss.; P. Marzaro, *L'amministrazione del paesaggio. Profili critici ricostruttivi di un sistema complesso*, Torino, 2009; Id., *La "cura" ovvero l'amministrazione del paesaggio: livelli, poteri e rapporti tra enti nella riforma del 2008 del Codice Urbani (dalla*

Più nel dettaglio, anticipando quanto meglio si dirà nel seguito, i giudici amministrativi hanno ritenuto legittimo un provvedimento con il quale la Regione ha opposto un diniego in ordine ad una istanza avanzata dalla società locataria (nella specie, si trattava di affitto di azienda) di una struttura alberghiera, tendente ad ottenere il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica per la realizzazione di una struttura temporanea a servizio dell'albergo, che sia motivato con riferimento al fatto che la società proprietaria dell'immobile si è formalmente opposta al suddetto rilascio[3].

In particolare, muovendo dal caso specifico – e prendendo le mosse dal tenore letterale dell'art. 146, comma 1, cit., che, quanto ai soggetti legittimati alla richiesta dell'autorizzazione[4] in esame, espressamente si riferisce ai "proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico"[5] –, il TAR ha avuto modo di rilevare, per quanto qui

concorrenza dei poteri alla paralisi dei poteri?), in *Riv. giur. urb.*, 2008, 423 ss.; S. Amorosino, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Roma-Bari, 2010.

[3] La controversia può essere così brevemente riassunta in fatto: la ricorrente, società locataria di una struttura alberghiera nel Comune di Maratea, ha impugnato il diniego di autorizzazione paesaggistica relativo alla realizzazione di una struttura temporanea a servizio dell'albergo *de quo*. In particolare, il diniego opposto dalla Regione Basilicata si è sostanziato nel fatto che «*trattasi della stessa opera per cui l'Ufficio di pianificazione territoriale e paesaggio, in data 05/08/2022, ha determinato un diniego al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 146 del d.lgs42/2004, avendo acquisito il diniego assoluto della proprietà alla realizzazione di cui trattasi*». Pertanto, al fine di proseguire l'*iter* istruttorio della pratica, «*sussiste la necessità di acquisire preventivamente l'assenso della società proprietaria dell'immobile in oggetto*». Avverso tale specifico profilo, la ricorrente ha lamentato la violazione di legge, l'eccesso di potere e la disparità di trattamento, in quanto l'Amministrazione regionale, in buona sostanza, avrebbe errato nel qualificare il rapporto contrattuale quale "locazione", mentre in realtà lo stesso costituirebbe un contratto di "affitto d'azienda" di durata pari a quattordici anni. L'affittuario, adunque, sarebbe subentrato nella pienezza dei rapporti facenti capo al concedente e avrebbe acquisito «*prerogative di godimento e di disposizione equivalenti a quelle del proprietario giacché estese non solo sulle dotazioni di scorta (c.d. capitale circolante) ma anche sugli impianti (c.d. capitale fisso)*». Secondo tale ricostruzione, dunque la ricorrente vanterebbe rispetto al bene alberghiero una posizione giuridica qualificata, quale diritto personale di godimento, alla presentazione dell'autorizzazione paesaggistica *ex* art. 146 d.lgs. 42/2004 e alla presentazione del permesso a costruire *ex* art. 11 del d.P.R. n. 380/2001.

[4] Si veda M.R. Spasiano, *Art. 146*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, 1116 ss.; P. Carpentieri, *Regime dei vincoli e Convenzione europea*, in G.F. Cartei (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Bologna, 2007, 135 ss.

[5] Ancora sull'autorizzazione paesaggistica in generale si veda L. Corti, *Il controllo statale sulle autorizzazioni paesaggistiche nel (quasi concluso) regime transitorio*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 785 ss.; D. Logozzo, *La "nuova" disciplina in materia di autorizzazione paesaggistica*, in *Urb. e app.*, 2010, 907 ss.; A. Serritiello, *La semplificazione nel sistema di amministrazione del paesaggio*, in *AEDON*, 2013, 1 ss.; G. Mari, *Le incertezze irrisolte in tema di autorizzazione paesaggistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 103 ss.; E. Zampetti, *La disciplina dell'autorizzazione paesaggistica tra esigenze di semplificazione e garanzie costituzionali*, in *Nuove Autonomie*, 2014, 316 ss.; P. Carpentieri, *Patrimonio culturale e discrezionalità degli organi di tutela. Semplificazione e tutela*, in *AEDON*, 2016, 3, 1 ss.; M. Immordino, R. Lombardi, *Elementi di legislazione dei beni paesaggistici*, in A. Police, M.R. Spasiano (a cura di), *Manuale di governo del territorio*, Torino, 2016, 209 ss.; G. Mari, *La rilevanza della disciplina del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche nei procedimenti relativi ai titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizia. Considerazioni a margine di una recente circolare del MIBACT*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 61 ss.; P. Marzaro, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento 'orizzontale' all'interno della 'nuova amministrazione' disegnata dal Consiglio di Stato*, in *Federalismi.it*, 2016, 1 ss.; G. Sigismondi, *Valutazione paesaggistica e discrezionalità tecnica: il Consiglio di Stato pone alcuni punti fermi*, in *AEDON*, 2016, 3, 54 ss.; S. Amorosino, *Il nuovo regolamento di liberalizzazione e semplificazione delle autorizzazioni paesaggistiche (d.P.R. n. 31 del 2017)*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 174 ss.; B. Fenni, *Tutela del paesaggio e esigenze di semplificazione*, in *Ambientediritto.it*, 2017, 1 ss.; P. Marzaro, *Autorizzazione paesaggistica semplificata e procedimenti connessi*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 220 ss.; G. Piperata, Paesaggio, in C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciullo, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, 243 ss.; M. Sinisi, *L'autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione (D.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31): la "questione aperta" del rapporto tra semplificazione amministrativa e tutela del paesaggio*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 4, 235 ss.; G. Zborowski, *La disciplina dell'autorizzazione paesaggistica*, in F.G. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, Torino, 2018, 1127 ss.

di precipuo interesse, che: *(i)* l'affitto di azienda è un contratto in forza del quale il proprietario concede un diritto personale di godimento a un terzo dietro pagamento di un canone, integrando una "*species*" del "*genus*" della locazione; *(ii)* non è revocato in dubbio che anche il detentore qualificato possa istare per l'autorizzazione paesaggistica *de qua*; *(iii)* tuttavia, in tale ultimo caso, è necessario e quindi indefettibile il consenso da parte del proprietario del bene, con la conseguenza che *(iv)* sussiste l'obbligo in capo all'Amministrazione di accertare, in un contratto di locazione, la sussistenza del consenso del proprietario, con la conseguenza che, laddove questo difetti, non potrà procedere al rilascio del titolo edificatorio così come di quello paesaggistico.

2. Individuazione dei soggetti "legittimati" alla richiesta dei titoli: il caso del permesso di costruire.

Nell'analisi del tema *supra*, giova prendere le mosse, anzitutto, dall'approfondimento di una questione similare (se non sovrapponibile entro gli ovvi limiti delle discipline applicabili), ossia quella dei soggetti che possono richiedere il permesso di costruire. Sul punto specifico, l'art. 11, comma 1, del d.P.R. n. 380/2001 ("Testo Unico Edilizia") è molto ampio[6]: si prevede infatti che il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a "chi abbia titolo per richiederlo". In particolare, come più volte evidenziato in via pretoria, tale ultima espressione va intesa nel senso più ampio di una legittima disponibilità dell'area, in base ad una relazione qualificata con il bene, sia essa di natura reale, o anche solo obbligatoria, purché, in questo caso, con il consenso del proprietario[7].

Da tale angolo visuale, adunque, il Comune, prima di rilasciare il titolo, ha sempre l'onere di verificare la legittimazione del richiedente, accertando che questi sia il proprietario dell'immobile oggetto dell'intervento costruttivo o che, comunque, ne abbia un titolo di disponibilità sufficiente per eseguire l'attività edificatoria

Quanto ora esposto, unitamente a detto concetto di "sufficienza" riferito al titolo (elaborato pure in via giurisprudenziale[8]),

[6] Si veda, in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2021, n. 5407; Id., sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4776; Id., sez. IV, 25 settembre 2014, n. 4818, tutte in *giustizia-amministrativa.it*. Di particolare rilievo è il caso di cui a Cons. Stato, sez. IV, 30 agosto 2018, n. 5115, in *Dir. e Giust.*, 2018, secondo cui, per il tramite dell'istanza di cui all'art. 19, comma 6-*ter* l. n. 241/1990, e nei limiti del suo interesse ad agire, il privato terzo, in caso di SCIA edilizia, può solo richiedere all'Amministrazione «*la verifica obiettiva della compatibilità di quanto si intende realizzare con la disciplina urbanistica ed edilizia applicabile al caso di specie. Ma il privato non può certo richiedere all'amministrazione di verificare – in capo al soggetto che agisce sulla base di una Scia - la sussistenza delle condizioni perché questi possa essere destinatario di un titolo edilizio ex art. 11 d.P.R. n. 380/2001, proprio perché il medesimo articolo esclude che la Scia possa essere ricondotta ad un provvedimento amministrativo*».

[7] Cfr., oltre alle pronunce già richiamate nella nota precedente, Cons. Stato, sez. V, 04 aprile 2012, n. 1990, in *Foro amm.-C.D.S.*, 2012, 4, 891 ss., secondo cui, anche in materia di concessione di costruzione, deve essere applicato il principio per cui, ai fini dell'accertamento della proprietà di un'area, i dati catastali hanno valore meramente indiziario e ad essi può essere attribuito valore probatorio soltanto quando non risultino contraddetti da specifiche determinazioni negoziali delle parti o dalla complessiva valutazione del contenuto dell'atto al quale deve farsi risalire la titolarità dell'area medesima, da cui emerga l'effettiva, diversa estensione e delimitazione dell'oggetto del contratto stesso.

[8] Si veda, da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 15 marzo 2022, n. 1827, in *Foro amm.*, 2022, 3, 371 ss., ove si rileva che tale verifica, tuttavia, deve compiersi secondo un criterio di ragionevolezza e secondo dati di comune esperienza, con la conseguenza che l'Amministrazione, quando venga a conoscenza, ad esempio, dell'esistenza di contestazioni sul diritto di richiedere il titolo

comporta quindi, in generale, che: *(a)* per un verso, chi richiede il titolo autorizzatorio edilizio debba comprovare la propria legittimazione all'istanza; *(b)* per altro verso, è onere del Comune ricercare la sussistenza di un titolo (di proprietà, di altri diritti reali, etc.) che fonda una relazione giuridicamente qualificata tra soggetto e bene oggetto dell'intervento, e che dunque possa renderlo destinatario di un provvedimento amministrativo autorizzatorio.

Ora, tale verifica, tuttavia, deve compiersi secondo un criterio di ragionevolezza e secondo dati di comune esperienza ma non comporta anche che l'Amministrazione debba comprovare prima del rilascio (ciò mediante oneri di ulteriore allegazione posti al richiedente o attraverso propri approfondimenti istruttori), la "pienezza" (nel senso di assenza di limitazioni) del titolo medesimo[9]. Ed infatti, ciò comporterebbe, in sostanza, l'attribuzione all'Amministrazione di un potere di accertamento della sussistenza (o meno) di diritti reali e del loro "contenuto" non ad essa attribuito dall'ordinamento. In tal senso, adunque, laddove ricorrano limitazioni negoziali al diritto di costruire, l'Amministrazione, quando venga a conoscenza dell'esistenza di contestazioni sul diritto di richiedere il titolo abilitativo, «deve compiere le necessarie indagini istruttorie per verificare la fondatezza delle contestazioni, ma senza tuttavia assumere valutazioni di tipo civilistico, appartenenti alla giurisdizione del giudice ordinario»[10].

Tuttavia, assume rilievo differente l'ipotesi in cui la legittimazione a richiedere l'autorizzazione edilizia si fondi sulla titolarità di un diritto reale, da quella in cui essa attenga ad una disponibilità del bene a titolo diverso. Ed infatti, in tale ultimo caso (ad esempio, bene detenuto per effetto di contratto di locazione), l'Amministrazione è tenuta ad accertare la sussistenza del consenso del proprietario, con la conseguenza che, laddove questo difetti, non potrà procedere al rilascio del permesso di costruire[11].

2.1. (*segue*) casi specifici di legittimazione.

Orbene, sulla base delle coordinate ermeneutiche sopra brevemente tratteggiate, la giurisprudenza ha di volta in volta individuato i soggetti che possono o meno richiedere il titolo edilizio oltre ad aver meglio chiarito il perimetro di azione della P.A. nell'accertamento di detta legittimazione.

Può presentare istanza di permesso di costruire, anzitutto, quel soggetto che, come detto, è titolare di un diritto reale su bene oggetto dell'intervento edilizio se ed in quanto quel diritto comprenda anche lo *jus aedificandi*, essendo il diritto a costruire una proiezione del diritto di pro-

abilitativo, deve compiere le necessarie indagini istruttorie per verificare la fondatezza delle contestazioni, ma senza tuttavia assumere valutazioni di tipo civilistico sulla "pienezza" del titolo di legittimazione addotto dal richiedente.

[9] C.G.A.R.S., 11 maggio 2021, n. 413; Cons. Stato, sez. II, 30 settembre 2019, n. 6528, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «*colui che richiede un titolo edilizio deve allegare e dimostrare di essere legittimato alla realizzazione dell'intervento che ne costituisce oggetto, il Comune non è tenuto a svolgere approfondite indagini al fine di appurare l'effettiva esistenza della legittimazione, ma deve limitarsi ad effettuare valutazioni sommarie, basate su prove di facile apprezzamento; conseguentemente, in caso di contestazioni sul titolo di legittimazione, pur potendo condurre le necessarie attività istruttorie il Comune non può sovrapporre propri apprezzamenti a quelli di competenza del giudice civile, e quindi deve arrestarsi laddove il richiedente non sia in grado di produrre elementi prima facie attendibili*».

[10] Cons. Stato, n. 5407/2021 cit.

[11] In giurisprudenza, Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2021, n. 4919, in *giustizia-amministrativa.it*.

prietà o di altro diritto reale di godimento sul bene che ne autorizzi la modifica costruttiva[12]. In particolare, sono stati riconosciuti legittimati a chiedere il permesso di costruire: (i) il titolare del diritto reale di usufrutto[13]; (ii) il titolare del diritto reale di superficie[14]; (iii) il titolare del diritto reale di enfiteusi; (iv) i soggetti beneficiari della procedura espropriativa[15]. Si è ritenuto legittimato, peraltro, a proporre domanda di permesso di costruire pure il titolare di diritto di opzione all'acquisto dell'immobile interessato dall'intervento[16] e il promissario acquirente[17] laddove il proprietario abbia assentito alla presentazione della domanda di rilascio del permesso oppure l'obbligo di acquisto dell'immobile sia subordinato all'ottenimento del permesso di costruire. In questi casi, pare doveroso evidenziare, la legittimazione a chiedere il permesso trova fondamento non tanto nella posizione giuridica soggettiva di promissario acquirente in sé, quanto nell'autorizzazione o delega del promittente venditore, effettivo proprietario dell'immobile fino alla sua definitiva vendita, non essendo infatti sufficiente, in ogni caso, il solo rapporto obbligatorio tra richiedente e area o immobile interessati all'intervento edilizio.

Con riferimento, invece, ai titolari di diritti obbligatori, si è pure affermato che essi possano richiedere il titolo edificatorio quando, per effetto di esso, «questi abbia obbligo o facoltà di eseguire i lavori per cui è chiesto il permesso»; in altri termini quando il richiedente sia autorizzato in base al contratto o abbia ricevuto espresso consenso da parte del proprietario[18]. In particolare,

[12] Si veda Cons. Stato, sez. VI, 02 agosto 2011, n. 4576; Id., 08 giugno 2007, n. 3027; Id., sez. IV, 05 giugno 2012, n. 3300, quest'ultima in *Riv. giur. ed.*, 2012, 3, 798 ss., ove si chiarisce che nelle controversie derivanti dall'impugnazione di un permesso di costruire, la coesistenza su un medesimo bene di più diritti reali, implica che più soggetti possano agire anche indipendentemente l'uno dall'altro a difesa dei rispettivi diritti insistenti sul medesimo bene: tale legittimazione, peraltro, «*spetta anche all'usufruttuario, a prescindere dalla circostanza che l'usufruttuario sia anche detentore del bene*».

[13] Cons. Stato, sez. IV, 05 giugno 2012, n. 3300; T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 07 marzo 2011, n. 1318, in *giustizia-amministrativa.it*. Secondo T.A.R. Veneto, sez. IV, 13 novembre 2013, n. 1270, il diritto di usufrutto, in quanto ricomprende anche la possibilità di sfruttare pienamente la potenzialità edificatoria del suolo, costituisce titolo idoneo a legittimare la richiesta del permesso di costruire. Secondo Cons. Stato, sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1238, in *giustizia-amministrativa.it*, in base all'art. 11 del d.P.R. n. 380/2001 anche il nudo proprietario ha diritto a richiedere il titolo edilizio, mentre secondo un orientamento più risalente (T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, Bolzano, sez. II, 30 luglio 1997, n. 306, in *giustizia-amministrativa.it*) il nudo proprietario non sarebbe legittimato, salvo si tratti di interventi che determinino la modifica ca della destinazione d'uso dell'immobile, per la quale è richiesto l'assenso sia dell'usufruttuario che del proprietario.

[14] T.A.R. Abruzzo, sez. I, 01 settembre 2011, n. 504, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2011, 9, 2768 ss. Come detto, il permesso di costruire è rilasciato, salvi i diritti dei terzi, non solo al proprietario, ma anche a "chi abbia titolo per richiederlo", dovendosi intendere tali soggetti anche nei contitolari del diritto dominicale, nell'enfiteuta, usufruttuario, titolare del diritto di superficie, d'uso e d'abitazione, fino al promissorio acquirente in possesso del godimento dell'immobile; ora, «*dal momento che il comproprietario condominiale ha il diritto ad utilizzare il suo titolo reale parziario, al pari di tutti gli altri condomini, l'Amministrazione non è, pertanto, tenuta ad effettuare alcuna disamina puntuale dei rapporti tra gli stessi condomini, essendo sufficiente la sussistenza di un qualificato collegamento soggettivo tra chi fa l'istanza ed il bene oggetto dell'edificazione*».

[15] T.A.R. Basilicata, sez. I, 25 ottobre 2010, n. 779, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 10, 3353 ss.

[16] Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 18 luglio 2011, n. 1365, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 5, 1362 ss., ove si specifica che l'art. 11 d.P.R. n. 380 del 2001, nel disporre che il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi ne abbia titolo, prevede, quale condizione legittimante la presentazione della richiesta, la sussistenza di una situazione giuridica assimilabile alla proprietà ovvero alla qualificata aspettativa di poter esercitare le prerogative del proprietario sull'area ove realizzare l'intervento. In tale ipotesi, rientra la stipulazione di un contratto di opzione e ciò «*in ragione della sua configurazione quale sostanziale proposta irrevocabile, con vincolo a carico del concedente e diritto potestativo in favore dell'opzionario, trattandosi senz'altro di istituto idoneo a fa sorgere, in capo all'interessato, una situazione di qualificata aspettativa*».

[17] Sul punto, T.A.R. Sardegna, sez. II, 11 maggio 2017, n. 332, in *giustizia-amministrativa.it*.

[18] Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4776, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 5, 1069 ss., ove si chiarisce che tale lettura si estende anche alle procedure di condono edilizio, per la cui richiesta

si è rilevato, pure in via pretoria, come, al fine della legittimazione, non è sufficiente una mera relazione di fatto, ancorché tutelata, quale quella legata al mero possesso, ma è necessario che venga trasferita, oltre che la disponibilità del bene, anche la potestà edificatoria.

Alla luce di quanto sopra, adunque, sono stati ritenuti legittimati a chiedere il permesso di costruire: (i) l'amministratore di condominio, se e in quanto munito di specifici poteri a lui conferiti dai singoli condomini[19]; (ii) l'affittuario di un terreno agricolo ove il contratto preveda la facoltà in capo allo stesso di eseguire ad esempio opere infrastrutturali volte al potenziamento tecnico produttivo; (iii) il comodatario, con riferimento a titoli edilizi compatibili con l'effettiva disponibilità del bene e con l'entità della trasformazione oggetto dell'istanza[20]; (iv) il conduttore/locatario dell'immobile, qualora abbia ricevuto dal locatore (proprietario dell'immobile) l'inequivocabile autorizzazione all'esecuzione degli interventi di trasformazione edilizia in funzione dell'uso per il quale lo stesso è stato concesso[21] oppure richieda di eseguire opere di carattere non irreversibile[22]; (v) l'appaltatore, purché nel contatto di appalto o negli atti ad esso collegati emergano il consenso del proprietario (o del diverso titolare di diritto reale) e la costituzione in favore dell'appaltatore stesso della predetta posizione di soggetto che ha "legittima disponibilità dell'area" o dell'immobile oggetto dell'intervento (posizione non implicita nel ruolo di mero appaltatore)[23].

Si è poi osservato in giurisprudenza che, in caso di richiesta di permesso di costruire in sanatoria, vi sarebbe una legittimazione addirittura più ampia rispetto a quella della richiesta di titolo edilizio, ammettendo l'art. 36 del d.P.R. n. 380/2001 la proposizione dell'istanza di sanatoria da parte non solo del proprietario, ma anche del responsabile dell'abuso, tale dovendo intendersi lo stesso esecutore materiale ossia chi abbia la disponibilità del bene al momento dell'emissione della misura repressiva; si badi però che detta "ampia" legittimazione trova, tut-

la normativa di riferimento rinvia alla domanda di concessione edilizia e a chi abbia titolo per presentarla. Cfr. pure Cons. Stato, sez. I, 28 giugno 201, n. 7563, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 6, 1740 ss.; Id., sez. VI, 25 marzo 2011, n. 1842, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, 3, 991 ss.; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 08 luglio 2013, n. 1500, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2013, 7-8, 2500 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 26 gennaio 2009, n. 437, in *Riv. giur. ed.*, 2009, 3, 898 ss.; Id., 27 ottobre 2009, n. 6545, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 10, 2307 ss.

[19] In giurisprudenza, T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 03 settembre 2008, n. 10036, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2008, 9, 2523 ss., ove si evidenzia che anche l'amministratore di un condominio, se e quando munito di specifici poteri a lui conferiti dai singoli condomini, può richiedere il rilascio di una concessione edilizia in quanto la legge non esclude che i soggetti titolati possano avvalersi di altri soggetti, regolarmente incaricati secondo le regole generali per esercitare il loro diritto. Ciò può facilmente verificarsi «*nell'ipotesi di lavori di ristrutturazione di uno stabile condominiale per i quali è richiesta la concessione edilizia o nel caso di demolizione e successiva ricostruzione di un edificio condominiale*».

[20] Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 12 dicembre 2013, n. 2443 e Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4370, in *giustizia-amministrativa.it*, ove si evidenzia che sia necessario guardare ai contenuti del contratto stipulato dalle parti ed alle facoltà in esso conferite, comparando le stesse con il tipo di intervento edilizio che si è richiesto per l'immobile.

[21] T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 24 gennaio 2012, n. 765; T.A.R. Basilicata, sez. II, 26 luglio 2010, n. 532, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 8, 2638 ss., laddove i giudici amministrativi evidenziano che «*il provvedimento di concessione edilizia può essere rilasciato al proprietario dell'area o a chi ha titolo per richiederla, quale titolare di un diritto reale ovvero un diritto obbligatorio che accordi al richiedente la disponibilità del suolo o la potestà edificatoria, mentre una semplice relazione di fatto, ancorché tutelata, quale quella legata al mero possesso dell'area, non è idonea a conferire il diritto ad ottenere il rilascio del titolo concessorio*».

[22] Cons. Stato, sez. VI, 02 febbraio 2012, n. 568, in *giustizia-amministrativa.it*.

[23] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4776, in *giustizia-amministrativa.it*.

tavia, anche qui un limite invalicabile nella volontà (positiva/negativa) dell'eventuale proprietario o comproprietario[24].

2.2. (*segue*) le verifiche della P.A.

Orbene, a fronte di un intervento edilizio soggetto al preventivo rilascio di un permesso di costruire (art. 20, d.P.R. 380/2001) o SCIA (artt. 22 e 23, d.P.R. cit.), la P.A. è sempre tenuta ad accertare che il soggetto interessato abbia titolo per attuare detto intervento[25]; nel dettaglio, l'Amministrazione deve accertare che l'istante sia proprietario dell'immobile oggetto dell'attività edilizia proposta o che, comunque, abbia un titolo di disponibilità tale da giustificarne la realizzazione[26]. In punto di corretto inquadramento del raggio d'azione di tale verifica, si segnala che la P.A. non è tenuta a spingersi fino a ricostruire tutte le vicende relative al regime di proprietà dell'immobile in relazione al quale viene richiesto il rilascio del titolo abilitante[27], non avendo l'Amministrazione il compito di effettuare complessi accertamenti a tal fine, ed anzi, in ossequio al principio generale del divieto di aggravamento del procedimento amministrativo, la stessa P.A. può semplificare e accelerare tutte le attività di verifica sul titolo prodotto, valorizzando gli elementi documentali forniti dalla parte interessata. In altri termini, non è onere dell'Amministrazione effettuare accertamenti complessi volti a ricostruire tutte le vicende riguardanti la titolarità del bene o di verificare l'inesistenza di servitù o altri vincoli reali, in quanto il titolo edilizio è un atto amministrativo che legittima

[24] Si veda, in particolare, Cons. Stato, sez. VI, 24 luglio 2020, n. 4745 in *Riv. giur. ed.*, 2020, 5, 1292 ss., ove si chiarisce che «*se è vero che l'Amministrazione comunale, nel corso dell'istruttoria sul rilascio della concessione edilizia, deve verificare che esista il titolo per intervenire sull'immobile per il quale è chiesta la concessione edilizia, benché la concessione sia sempre rilasciata facendo salvi i diritti dei terzi, è anche vero, però, che deve escludersi un obbligo del Comune di effettuare complessi accertamenti diretti a ricostruire tutte le vicende riguardanti la titolarità dell'immobile, o di verificare l'inesistenza di servitù o altri vincoli reali che potrebbero limitare l'attività edificatoria dell'immobile, atteso che la concessione edilizia è un atto amministrativo che rende semplicemente legittima l'attività edilizia nell'ordinamento pubblicistico, e regola solo il rapporto che, in relazione a quell'attività, si pone in essere tra l'autorità amministrativa che lo emette ed il soggetto a favore del quale è emesso, ma non attribuisce a favore di tale soggetto diritti soggettivi conseguenti all'attività stessa, la cui titolarità deve essere sempre verificata alla stregua della disciplina fissata dal diritto comune*». Cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 23 dicembre 2019 n. 6394, in *Foro amm.*, 2019, 12, 2039 ss.

[25] Si veda T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. III, 10 gennaio 2019, n. 56, in *giustizia-amministrativa.it*, ove si sottolinea, nel dettaglio, che ogni qual volta è nota la situazione di comproprietà dell'immobile oggetto di intervento, l'ente locale è tenuto ad accertare che vi sia l'assenso di tutti i comunisti coinvolti, senza che possano essere opposte, al fine di escludere la necessità di tale assenso, vicende sostanziali e processuali che presuppongono accurate ed approfondite indagini circa i sottesi rapporti civilistici.

[26] Cons. Stato, sez. VI, 07 settembre 2016, n. 3823, in *Foro amm.*, 2016, 9, 2105 ss. In particolare, secondo il giudice di *seconde cure*, in sede di procedimento per rilascio di titolo edilizio (in specie, in sanatoria) deve formare oggetto di valutazione, da parte del Comune, la sussistenza di tutti i presupposti cui la legge condiziona il suddetto rilascio e, fra essi, anche la circostanza che l'istanza di sanatoria «*provenga da un soggetto qualificabile come proprietario dell'edificio oggetto degli interventi della cui sanatoria giuridica si tratti e che abbia l'intera proprietà del bene, e non solo una parte o quota di esso; non può invece riconoscersi la legittimazione al semplice proprietario pro quota ovvero al comproprietario di un immobile, atteso che il contegno tenuto da quest'ultimo potrebbe pregiudicare i diritti e gli interessi qualificati dei soggetti con cui condivida la propria posizione giuridica sul bene oggetto di provvedimento*». Cfr. pure Cons. Stato, sez. IV, 23 maggio 2016, n. 2116; Id., 25 settembre 2014, n. 4818, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[27] T.A.R. Sardegna, sez. I, 25 febbraio 2022, n. 135, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 3, 832 ss., che conferma, in linea con costante impostazione giurisprudenziale, il fatto che il Comune, in sede di rilascio del titolo abilitativo, deve verificare l'esistenza del titolo giuridico per realizzare l'intervento, *ex* art. 11, comma 1, d.P.R. n. 380/2001, ma non è tenuto a svolgere verifiche complesse in ordine al regime proprietario dei beni né, tanto più, a risolvere conflitti tra parti private; cfr. pure Cons. Stato, sez. IV, 18 marzo 2021, n. 2329, in *Riv. giur. ed.*, 2021, 3, 921 ss.

l'opera da realizzare e regola un rapporto intercorrente tra la stessa P.A. e il soggetto che richiede il titolo[28].

La P.A., quindi, non deve spingersi a ricercare d'ufficio eventuali elementi preclusivi, limitativi o estintivi del titolo di disponibilità allegato dal richiedente, ma deve valutarli qualora emergano nel corso del procedimento. Non a caso si è evidenziato in via pretoria che in sede di rilascio del titolo abilitativo, il Comune non può esimersi dal verificare il rispetto da parte dell'istante dei limiti privatistici sull'intervento. Ciò però a condizione che questi ultimi siano effettivamente conosciuti, o immediatamente conoscibili e/o non contestati, senza necessità di procedere ad una accurata e approfondita disamina dei rapporti tra privati[29]. In buona sostanza, il Comune ha il dovere di accertare, *inter alia*, il presupposto circa il soggetto legittimato e che esso sia sufficiente per eseguire l'attività edificatoria. Il potere di controllo in sede di rilascio dei titoli edilizi (al pari di quello esercitato in sede inibitoria), quindi, deve sempre collegarsi al riscontro di profili d'illegittimità dell'attività per contrasto con leggi, regolamenti, piani, programmi e regolamenti edilizi, mentre non può essere esercitato a tutela di diritti di terzi non riconducibili a quelli connessi con interessi di natura pubblicistica, quali ad esempio il rispetto delle distanze dai confini di proprietà o del distacco dagli edifici; fatto salvo il caso in cui *de plano* risulti l'inesistenza di un titolo giuridico che fondi la legittimazione attiva del richiedente il titolo edilizio[30].

Va da sé, quindi, che l'onere di verifica della P.A. assume connotati differenti a seconda che la detta legittimazione si fondi sulla titolarità di un diritto reale ovvero attenga ad una disponibilità del bene a titolo diverso[31]. In tale ultimo caso (ad esempio, bene detenuto per effetto di contratto di

[28] Del resto, il rilascio del titolo edilizio non incide sui rapporti tra privati, ma lascia impregiudicati i diritti degli aventi diritto; tanto è confermato dall'art. 11, comma 3, d.P.R. 380/2001, nella parte in cui sancisce espressamente che "il rilascio del permesso di costruire non comporta limitazione dei diritti dei terzi". Sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha più volte ribadito che «*il rilascio del titolo edilizio abilitativo, facendo salvi i diritti dei terzi, non interferisce nell'assetto dei rapporti tra privati; pur restando fermo il potere (dovere) dell'Amministrazione di verificare la sussistenza di limiti di matrice civilistica per la realizzazione dell'intervento edilizio da assentire. Si tratta, in sostanza, di un controllo generale di conformità che non può spingersi comunque sino a penetranti analisi, nel senso che l'Amministrazione non è tenuta a svolgere complesse ricognizioni giuridico-documentali circa gli effetti pregiudizievoli dell'intervento progettato sui diritti reali vantati da terzi sulle parti comuni dell'edificio o sull'incidenza dell'intervento su vincoli reali gravanti sull'edificio stesso*»; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 24 gennaio 2022, n. 435; Id., sez. IV, 13 novembre 2020, n. 5204, in *giustizia-amministrativa.it*.

[29] Cons. Stato, sez. IV, 30 giugno 2021, n. 4919; Id., 24 febbraio 2022, n. 1302, in *Foro amm.*, 2022, 2, 191 ss.

[30] Diverso è il caso in cui in cui il Comune sappia che il diritto di chi richiede il titolo abilitativo è contestato: in tal caso, l'ente deve compiere le indagini necessarie per verificare se tali contestazioni siano fondate e negare il rilascio del titolo laddove il richiedente non sia in grado di fornire elementi seri a fondamento del suo diritto (così Cons. Stato, sez. IV, 12 aprile 2021, n. 2951, ove si specifica che se è vero che il rilascio del permesso non incide sui diritti dei terzi è anche vero che i principi di economicità dell'azione amministrativa sconsigliano di rilasciare titoli abilitativi aventi ad oggetto interventi edilizi oggetto di facili impugnative da parte dei controinteressati).

[31] In situazione di comproprietà dell'immobile oggetto di intervento (risultante, ad esempio, dall'atto di proprietà), si è rilevato come l'ente locale è tenuto ad accertare che vi sia l'assenso di tutti i comproprietari coinvolti, senza che possano essere opposte, al fine di escludere la necessità di tale assenso, vicende sostanziali e processuali che presuppongono accurate ed approfondite indagini circa i sottesi rapporti civilistici (T.A.R. Catanzaro, n. 56/2019 cit.). Più nel dettaglio, si è evidenziato come il comproprietario è singolarmente legittimato solo con l'avallo, esplicito (delega) o implicito degli altri, desumibile quest'ultimo anche dal c.d. "*factum fiduciae*" e cioè un comportamento concludente attestante un rapporto fiduciario tra i vari comproprietari, che è stato talvolta ricondotto alla c.d. "tolleranza pregressa", ossia nel tempo trascorso senza che vi sia un'esplicita espressione di dissenso da parte degli altri comproprietari; Cons. Stato, sez. IV, 29 agosto 2019, n. 5947, in *giustizia-amministrativa.it*.

locazione), l'amministrazione è tenuta ad accertare la sussistenza del consenso del proprietario, con la conseguenza che, laddove questo difetti, non potrà procedere al rilascio del permesso di costruire.

3. La legittimazione nella richiesta di autorizzazione paesaggistica: simmetrie normative con il Testo Unico Edilizia.

Con la pronuncia in commento – ove si muove, in punto di fatto, da un detentore qualificato del bene (non titolare di un diritto reale, ma di un diritto personale di godimento) richiedente l'autorizzazione paesaggistica ma in difetto del consenso del proprietario[32] –, si compie "un passo in più" con riferimento all'argomento in trattazione, sottolineando, in sostanza, come i rilievi ampiamente evidenziati *sub* §2 e §2.1. del presente scritto si "attaglino" anche nel caso in cui sia domandato il rilascio di autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 146, comma 2, d.lgs. n. 42/2004.

Sul versante normativo, infatti, l'art. 20, comma 1, del d.P.R. n. 380/2001 dispone che la domanda per il rilascio del permesso di costruire vada sottoscritta da "uno dei soggetti legittimati ai sensi dell'articolo 11" e vada presentata allo sportello unico corredata da un'attestazione concernente il titolo di legittimazione. L'art. 11 del decreto, a sua volta, limita lo spettro di coloro che possano istare per tale titolo, come detto, al proprietario dell'immobile o a "chi abbia titolo per richiederlo" ossia ai soggetti titolari di tutte quelle posizioni civilisticamente utili per esercitare un'attività costruttiva (disponibilità giuridica *ad aedificandum*), che, come detto, è possibile individuare anche in soggetti che vantano altra qualificata relazione legittimante il titolo edilizio, diversa dalla proprietà esclusiva.

Muovendo, ora, al Codice del Paesaggio, l'art. 146, comma 1, dispone che "i proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili e aree di interesse paesaggistico" non possono distruggerli, né introdurvi modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione. Il comma 2 dell'art. 146 cit. prevede poi che "i soggetti di cui al comma 1" hanno l'obbligo di presentare alle amministrazioni competenti il progetto degli interventi che intendano intraprendere, corredato della prescritta documentazione, ed astenersi dall'avviare i lavori fino a quando non ne abbiano ottenuta l'autorizzazione[33]. La disposizione di cui all'art. 146 cit., dunque, individua i soggetti legittimati a richiedere l'autorizzazione paesaggistica indicandoli nei "proprietari, pos-

[32] Secondo il TAR Basilicata, nella pronuncia in commento, parte resistente *«non ha affatto proceduto a una autonoma riqualificazione del contratto di affitto d'azienda in locazione, essendosi limitata ad affermarne l'equivalenza ai fini che qui rilevano, in quanto entrambi tali tipi contrattuali attribuiscono al locatore o all'affittuario un diritto personale di godimento»*. In particolare, si è evidenziato come l'affitto di azienda è un contratto in forza del quale il proprietario concede un diritto personale di godimento a un terzo dietro pagamento di un canone, integrando una "*species*" del "*genus*" della locazione.

[33] Si veda anche S. Speranza, *Silenzio assenso tra P.A. e autorizzazione paesaggistica. Le prospettive del Consiglio di Stato (nota a Consiglio di Stato, Sezione Sesta, n. 4098 del 24 maggio 2022)*, in *Giustizia Insieme*, 2022. Sia consentito il rinvio anche a 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*, in *Giustizia Insieme*, 2023; 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*, 2022.

sessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili di aree di interesse paesaggistico"[34], ossia, in senso letterale, in tutti coloro che hanno con la *res*, oggetto di protezione vincolistica, una relazione dominicale e/o materiale, cioè, secondo un'interpretazione estensiva conforme al dettato costituzionale, a coloro che del bene debbono avere la disponibilità materiale[35]. Detto in altri termini, la norma in parola, proprio perché dettata in relazione ad una (futura) attività manipolativa del bene protetto, circoscrive il numero di quanti possono richiedere l'assenso al compimento del "*facere*" – altrimenti illegittimo – a coloro che del bene, come detto, hanno la disponibilità materiale. L'ampiezza della previsione normativa non esclude, però, la necessità che l'autorità chiamata a curare la tutela del vincolo, sia pure mediante un controllo di legittimità dell'autorizzazione rilasciata da altra amministrazione, acquisisca dal richiedente il titolo relativo alla situazione di proprietà, di possesso o di detenzione di volta in volta dedotte[36], essendo chiaro, dal tenore della disposizione esaminata *supra*, che l'autorizzazione non può essere richiesta da un *quisque de populo*.

Orbene, a ben vedere, quindi, entrambe le disposizioni sopra esaminate (art. 11 del Testo Unico Edilizia e art. 146 del Codice del Paesaggio) non limitano la legittimazione alla domanda di rilascio del titolo al solo proprietario, ma la riferiscono anche a coloro che abbiano "un altro titolo". Sebbene la formulazione normativa sia differente (il ché dipende anche dall'aver il codice dei beni culturali mutuato la corrispondente previsione della legge n. 1497 del 1939) lo spettro dei destinatari risulta sostanzialmente coincidente. Invero, come evidenziato dai giudici amministrativi, con riguardo al permesso di costruire si è avuto modo di chiarire come l'espressione "a chiunque abbia titolo per richiederlo" vada intesa «nel senso più ampio di una legittima disponibilità dell'area, in base aduna relazione qualificata con il bene, sia essa di natura reale, o anche solo obbligatoria»[37]. Da tale prospettiva, anche il comma 1 dell'art. 146 valorizza, di fatto, letteralmente la previa esistenza di un titolo, escludendo la legittimazione a istare per il rilascio dell'autorizzazione in capo a coloro che ne siano sprovvisti. In entrambi i casi, quindi, sembrerebbe necessaria la relazione qualificata col bene, così come in entrambi i casi il dato testuale non contempla alcun riferimento alla relazione tra soggetto istante e titolare del corrispondente diritto dominicale. Al cennato parallelismo tra le due disposizioni, quindi, conseguirebbe, per simmetria giuridica, l'estensione degli approdi raggiunti con riguardo alla legittimazione a chiedere il permesso di costruire alle domande di rilascio di autorizzazione paesaggistica. In particolare, secondo il TAR, all'obbligo in capo all'Ammi-

[34] D. Galasso, *Nelle aree vincolate l'autorizzazione paesaggistica è sempre necessaria*, in *Dir. e giust.*, 2016, 10, 12 ss.; L. Corti, *Vincoli e autorizzazioni paesaggistiche: orientamenti consolidati e profili di novità*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 3, 524 ss.

[35] T.A.R. Liguria, sez. I, 26 maggio 2011, n. 1015 e T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 09 novembre 2010, n. 23672 in *Foro amm.-T.A.R.* 2010, 11, 3596 ss., secondo cui, ad esempio, non può essere annoverato tra questi soggetti il promissario acquirente «*cui non sia stata attribuita la detenzione del bene*». Pertanto, è necessaria la disponibilità materiale del bene «*pena l'inefficacia del sistema di tutela giurisdizionale*». Sul punto, si veda V. Parisio, *Art. 146, comma 12*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019, 1310 ss. Recentemente, Cons. Stato, sez. I, 30 dicembre 2022, n. 2208, in *giustizia-amministrativa.it*.

[36] Si veda T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 09 novembre 2010, n. 23672, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 11, 3596 ss.

[37] Cons. Stato, sez. IV, 15 marzo 2022, n. 1827, in *giustizia-amministrativa.it*.

nistrazione di accertare, in un contratto di locazione, la sussistenza del consenso del proprietario, con la conseguenza che, laddove questo difetti, «non potrà procedere al rilascio del titolo, così come di quello paesaggistico».

Così perimetrato il "gemellaggio" tra autorizzazione paesaggistica e permesso di costruire (nell'area di quanto oggetto di esame specifico qui), non può non evidenziarsi che apparirebbe comunque arduo comprendere, in una prospettiva differente da quella evidenziata dai giudici amministrativi, quale sarebbe l'interesse a conseguire (con oltretutto inutile dispiego di risorse umane, di mezzi e di tempo da parte dell'amministrazione) un'autorizzazione soltanto ancillare e con valenza endoprocedimentale[38] rispetto alla realizzazione dell'intervento edilizio programmato, quest'ultimo restando comunque concretamente precluso dall'impossibilità di rilascio del permesso di costruire costituita dal mancato consenso del proprietario; ciò a maggior ragione laddove i rapporti tra proprietà e affittuario siano controversi anche giudizialmente in sede ordinaria, non potendosi esigere dalla P.A. l'effettuazione di valutazioni di tipo civilistico, appartenenti alla giurisdizione del giudice ordinario[39].

In sintesi, quindi, per un verso, risulterebbe compromesso il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica laddove la società richiedente non sia titolare di alcun diritto reale, ma semplice affittuaria dell'immobile (il che già renderebbe comunque necessario un consenso espresso, inequivoco del proprietario). Per altro verso, non può tacersi del fatto che, laddove anche fosse possibile superare il dissenso espresso del proprietario, l'eventuale sussistenza di una "discordanza interpretativa" in ordine a quanto disposto dal contratto di affitto, renderebbe evidente come la legittimazione della locataria a presentare l'istanza non fondi su basi chiare e certe *ictu oculi*, essendo invece necessarie interpretazioni del contenuto del contratto estranee alla competenza della pubblica amministrazione in sede di rilascio dell'autorizzazione *de qua*.

4. Riflessioni conclusive.

Come ampiamente rilevato *supra*, l'art. 146 del Codice del Paesaggio (in specie commi da 1 a 3) individua nei "proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico" i soggetti legittimati alla richiesta di autorizzazione paesaggistica[40]. Emerge, adunque, dal dettato normativo, come la relazione tra il soggetto richiedente e la *res* (es. l'immobile in relazione al quale deve declinarsi

[38] Sul punto, si veda Cons. Stato, sez. IV, 2023 n. 2836, in *Riv. giur. ed.*, 2023, 3, 634 ss., ove si evidenzia che il parere di compatibilità paesaggistica costituisce un atto endoprocedimentale emanato nell'ambito di quella sequenza di atti e attività preordinata al rilascio o al diniego del provvedimento di autorizzazione paesaggistica: le valutazioni espresse sono finalizzate all'apprezzamento dei profili di tutela paesaggistica che si consolideranno, all'esito del procedimento, nel provvedimento di autorizzazione o diniego di tale autorizzazione. Cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 11 febbraio 2019, n. 190; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 03 settembre 2018, n. 5317; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 31 agosto 2016, n. 2040, tutte in *giustizia-amministrativa.it*. Cfr. 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 *Giustizia Insieme*, 2023.

[39] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2023 n. 5407, in *giustizia-amministrativa.it*.

[40] N. Durante, *Il controverso regime delle autorizzazioni paesaggistiche*, relazione nell'ambito del convegno "*La tutela dei beni paesaggistici e culturali, a venti anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*", 2024.

la valutazione di compatibilità paesaggistica) risulta in qualche modo "neutra" rispetto alla presentazione della richiesta di che trattasi, essendo sufficiente che l'istante provi la "mera" detenzione del bene[41]. Del resto, così fa propendere la lettura non solo dell'art. 146 cit. - laddove si individua, in modo ovviamente estensivo, tutte le categorie civilistiche di relazione con un determinato bene immobile - ma anche dell'art. 167, commi 1 e 5, del Codice del Paesaggio, laddove, in materia sanzionatoria e di compatibilità paesaggistica[42], la legislazione dispone nel senso di richiamare le figure, a vario titolo coinvolte nel procedimento *de quo*, del "trasgressore" in generale, del proprietario dell'area sulla quale si è consumato l'illecito paesaggistico e comunque del "possessore o detentore a qualsiasi titolo dell'immobile o dell'area interessati dagli interventi" (soggetti che possono essere tenuti alla rimessione in pristino delle opere abusivamente realizzate). Si opera così una scelta la cui *ratio*, a ben vedere, consiste nell'addossare il costo per la reintegrazione del complesso dei valori paesaggistici, indebitamente distrutti o dei quali si è indebitamente appropriato mediante la realizzazione dell'opera abusiva, a colui che dell'opera abusiva trae effettivo ed attuale godimento, quale che sia il titolo che sostiene siffatta situazione soggettiva.

In sostanza, quindi, la previsione di cui al comma 1, art. 146 cit., in un'interpretazione sistematica e teleologicamente orientata, risulta giustificata sulla base del fatto che ad essere "indagato" da parte dell'autorità competente non è tanto il titolo sulla base del quale viene prodotta la richiesta *de qua*, bensì la compatibilità strutturale e funzionale dell'immobile con i valori tutelati, al netto, ovviamente, della prova di relazione qualificata con l'immobile per il quale si richiede l'emissione del titolo paesaggistico specifico.

Ora, oltre il dato pretorio e volendo proseguire nel parallelismo tra legittimazione alla richiesta dell'autorizzazione paesaggistica e del permesso di costruire, si potrebbe certamente confermare pure il fatto che talune categorie di soggetti – pacificamente riconosciute, anche in via pretoria, come titolate alla richiesta del titolo edilizio (cfr. *amplius* il paragrafo §2.1. del presente scritto) – siano anche legittimate in punto di richiesta del titolo paesaggistico in esame. È il caso, ad esempio e a parere di chi scrive, degli appaltatori. Ed infatti il contratto di appalto è un contratto ad effetti obbligatori che conferisce, normalmente, anche l'espressa detenzione qualificata dell'area su cui deve essere realizzata l'opera[43], con la conseguenza che l'appaltatore può essere autore sia di interventi abbisognosi di tutela paesaggistica sia di azioni che ledono il paesaggio (e, in quanto tale, può essere destinatario delle sanzioni previste dal d.lgs. n. 42/2006).

Ciò che rileva, quindi, in punto di legittimazione alla richiesta dell'autorizzazione paesaggistica, è certamente un titolo fondato su un diritto reale o almeno su di un diritto obbligatorio, che riconosca all'istante la disponibilità giuridica e materiale del

[41] Si veda anche T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 17 febbraio 2023, n. 513, in*giustizia-amministrativa.it*.

[42] S. Amorosino, *Autorizzazioni paesaggistiche: una sentenza "passatista" del Consiglio di Stato disattesa dal T.A.R. Salerno*, in *Urb. e app.*, 2021, 4; P. Carpentieri, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2022.

[43] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 09 giugno 2020, n. 3689, in *giustizia-amministrativa.it*.

bene; sotto diverso profilo, invece, la semplice relazione di fatto, come il possesso del bene, benché tutelata dall'ordinamento, non sembrerebbe tale da conferire il diritto ad ottenere dalla P.A. l'atto paesaggistico se non, quantomeno, in presenza di un consenso espresso da parte del soggetto proprietario dell'immobile o dell'area specifica. Consenso, si badi, scevro da potenziali "discordanze interpretative" che possano, in qualche modo, compromettere *ictu oculi* la bontà dei presupposti dell'istanza paesaggistica (come detto, le specifiche interpretazioni contrattuali restano e sono estranee alla competenza della P.A. sia in sede di rilascio del titolo edilizio, sia in quella relativa all'autorizzazione *ex* art. 146 cit.).

Pertanto, in linea con la pronuncia in commento, si ritiene che la P.A., nell'esaminare ed istruire la richiesta di autorizzazione paesaggistica, dovrà certamente verificare, quale presupposto necessario, la sussistenza dei requisiti soggettivi in capo al richiedente il titolo paesaggistico, e che – al pari del caso edilizio – il diritto dell'istante si fondi su di un legittimo atto (contratto) che accordi al soggetto, altrettanto legittimamente, la disponibilità giuridica e materiale del bene immobile, dimostrando, ove necessario, anche il consenso della parte proprietaria[44]. Potrebbe, adunque, essere utile valutare da parte dell'Amministrazione, entro gli espressi limiti più volte evidenziati nel presente scritto, anche il requisito essenziale della "causa" del contratto (art. 1325 c.c.), intesa come la funzione economico/sociale che, da un lato, il negozio oggettivamente persegue, e, dall'altro, il diritto riconosce rilevante ai fini della tutela da apprestare[45].

Gianluigi Delle Cave

[44] Si veda, sul punto, la lucida analisi di O. Carparelli, *Brevi note in tema di soggetti legittimati a richiedere la concessione edilizia*, in *LexItalia*, 2020.

[45] Secondo O. Carparelli, *op. cit.*, detta causa, che, di regola, è tipica per ciascuna fattispecie di contratto, «*deve essere lecita; sicché, non sarebbe legittimo e/o lecito che le parti facciano ricorso all'utilizzazione dello strumento negoziale per frodare la legge (art. 1344 c.c.), nel senso che non è lecito che le stesse, intenzionalmente, attribuiscano al negozio una funzione obiettiva diversa da quella tipicamente prevista, per il raggiungimento di una comune finalità contraria alla legge*».

3. Chi trova un bene culturale trova un tesoro. Note a margine di una recente pronuncia del Consiglio di Stato

Sommario: 1. La vicenda sottoposta alla cognizione del Consiglio di Stato. – **2.** La disciplina normativa e procedimentale del premio di rinvenimento. – **3.** L'individuazione dei soggetti beneficiari. – **4.** L'applicazione delle garanzie partecipative al procedimento per la determinazione del premio. – **5.** La natura indennitaria del premio e il regime fiscale.

1. La vicenda sottoposta alla cognizione del Consiglio di Stato.

Con la sentenza 31 gennaio 2024, n. 920, la Sez. VI del Consiglio di Stato ha avuto modo di approfondire l'analisi dello speciale istituto che trova applicazione nel caso in cui venga ritrovato o scoperto un bene culturale, ovvero il c.d. premio di rinvenimento. In tali circostanze, com'è noto, il Codice dei beni culturali e del paesaggio, D.lgs. n. 42/2004 prevede l'obbligo per lo Stato di corrispondere a determinate categorie di soggetti un "premio" di natura economica, proporzionato al valore di quanto rinvenuto[1].

La pronuncia trae origine dalla scoperta del c.d. "Tesoro di Como", avvenuta nel 2018 durante uno scavo edilizio su un'area privata nella città lombarda. L'impresa ricorrente, acquirente dei locali dell'ex Teatro Cressoni, nel corso dell'esecuzione dei lavori di ristrutturazione per la realizzazione di un nuovo complesso abitativo, aveva rinvenuto testimonianze dello sviluppo storico della città di Como, a partire dalla sua fondazione risalente al 59 a.C. ad opera di Giulio Cesare e, in particolare, aveva portato alla luce uno straordinario reperto archeologico, ovvero un contenitore in pietra ollare al cui interno erano collocati tre anelli d'oro e mille monete d'oro, nonché altri frammenti d'oro di periodo tardo romano (denominato non a caso "Tesoro di Como"), del valore complessivo – secondo la stima ministeriale – di circa quattro milioni di euro.

[1] Cfr., E. Furno, *Art. 92 – Premio per i ritrovamenti*, in *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di G. Leone e A.L. Tarasco, Padova, 2006, 602 ss.; Id., *Art. 92*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2019, 886; G. Zagaria, R. Zagaria, F. Gargallo, *Art. 92* e *Art. 93*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2012, 748 ss. Sul tema sia consentito rinviare anche a S. Gardini, *Il premio per il rinvenimento dei beni culturali*, in corso di pubblicazione su *Aedon*, n. 2/2024, che prende in considerazione e approfondisce anche la pronuncia annotata nel presente scritto.

Il Ministero della Cultura aveva quantificato l'entità del premio in denaro da riconoscere all'impresa, in quanto proprietaria del sito presso il quale era stata effettuata la scoperta, in 370.000 € (pari al 9,25% del valore dei beni). La stessa impresa non aveva, però, condiviso tale decisione, ritenendo che l'Amministrazione avrebbe dovuto applicare nella fattispecie il secondo comma dell'art. 92 del d.lgs. n. 42 del 2004, a norma del quale al proprietario del sito presso il quale è stato effettuato il rinvenimento può essere attribuito un premio pari alla metà del valore del reperto qualora tale soggetto ne sia anche lo scopritore fortuito.

L'adito Tribunale amministrativo per la Lombardia (con sentenza sella Sez. III, n. 1263/2022) aveva rigettato il ricorso dei privati e confermato la validità dell'azione ministeriale, considerando non chiara la paternità del ritrovamento.

La scoperta era stata, infatti, denunciata da una società specializzata in scavi archeologici, incaricata dalla ricorrente stessa di sovrintendere ai lavori di scavo, dal momento che la stessa Soprintendenza aveva disposto che tutte le operazioni di scavo si sarebbero dovute effettuare in regime di "sorveglianza archeologica", trovandosi il terreno in un'area considerata a "rischio archeologico". In secondo luogo, gli stessi scavi erano stati realizzati da altra società appaltatrice, la quale aveva pure avanzato domanda di corresponsione del premio, ritenendosi scopritrice materiale del reperto. Anche le ulteriori censure, relative alla carenza di garanzie partecipative in capo al privato e all'erroneo assoggettamento del premio a ritenuta a titolo di imposta pari al 25% del valore del premio (ai sensi dell'art. 30 del d.P.R. n. 600 del 1973), venivano rigettate dal TAR.

Il Consiglio di Stato, nel corso del giudizio di appello, ha completamente ribaltato la decisione di primo grado, accogliendo le doglianze della società ricorrente e fornendo interessanti coordinate ermeneutiche tanto sotto il profilo dell'inquadramento della figura dello scopritore, quanto con riguardo allo svolgimento dell'istruttoria procedimentale e all'individuazione del regime fiscale del premio.

2. La disciplina normativa e procedimentale del premio di rinvenimento.

Prima di analizzare le questioni giuridiche emerse dalla pronuncia in commento, è opportuno effettuare una breve ricognizione della normativa vigente in materia e, in particolare, richiamare la struttura del procedimento amministrativo previsto per l'attribuzione del premio di rinvenimento.

Gli artt. 92 e 93 del Codice disciplinano consistenza e criteri per l'attribuzione del premio sia nei per i ritrovamenti programmati che per le scoperte fortuite di beni culturali. Le regole prevedono che, in entrambi i casi, il contributo economico – non superiore al quarto del valore delle cose trovate – sia corrisposto innanzitutto al proprietario dell'immobile dove è avvenuto il ritrovamento. Nel caso di ritrovamenti, il concessionario dell'attività di ricerca potrà ottenere il premo qualora l'attività medesima non rientri tra i suoi scopi istituzionali o statutari; nel caso di scoperte, lo scopritore fortuito sarà ricompensato solo laddove abbia ottemperato agli obblighi posti a suo carico dalla legge.

L'ipotesi in cui più profili concorrano in capo allo stesso soggetto è disciplinata dal secondo comma dell'art. 92, che identifica la figura del proprietario-concessionario (colui che effettua i ritrovamenti su un immobile di sua proprietà nell'ambito di una ricerca

debitamente autorizzata) e quella proprietario-scopritore (colui che accidentalmente porti alla luce un bene su un immobile di sua proprietà). In questi casi la legge riconosce il diritto a un premio di più cospicuo, comunque non superiore alla metà del valore delle cose ritrovate. L'espressione "non superiore" deve essere interpretata come un limite massimo quantitativo e non come criterio fisso. In assenza di ulteriori indicazioni o limitazioni rinvenibili in altre fonti, anche di rango amministrativo generale, la valutazione del *quantum* del premio nel caso concreto è, dunque, riservata alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione[2].

Avvenuta la scoperta, in capo allo scopritore nascono una serie di obblighi inderogabili, espressamente previsti dall'art. 90 del Codice dei beni culturali. Il principale è l'obbligo di denuncia, da effettuare entro ventiquattr'ore dalla scoperta al soprintendente, al sindaco (del comune in cui la stessa è avvenuta) ovvero all'autorità di pubblica sicurezza. Lo scopritore è altresì tenuto alla conservazione temporanea, a titolo di custode, della cosa ritrovata, che deve esser preferibilmente mantenuta nelle condizioni e nel luogo in cui è state rinvenuta.

Il premio viene corrisposto all'esito dell'apposito procedimento disciplinato dall'art. 93 del Codice che prevede, da una parte, l'accertamento delle condizioni previste dalla norma ai fini della sua corresponsione in capo al concessionario, allo scopritore o al proprietario e, dall'altra, il compimento di una valutazione tecnico-discrezionale relativa al valore dei beni rinvenuti, in base alla quale verrà poi quantificato, nel rispetto dei limiti edittali previsti dalla legge, lo stesso premio.

Il procedimento prende avvio d'ufficio (nei casi in cui, dopo aver ricevuto la denuncia di ritrovamento, il Ministero disponga di tutti gli elementi necessari per concluderlo) o a seguito di apposita istanza dell'interessato, che deve essere formulata entro il termine massimo di dieci anni dal rinvenimento.

La durata del procedimento è di complessivi centottanta giorni[3]. Le Soprintendenze ABAP hanno competenza per lo svolgimento della sola istruttoria relativa alla determinazione del premio, mentre la competenza ad emettere il provvedimento finale è radicata in capo alla Direzione Generale ABAP[4]. Una volta determinato il valore del bene (attraverso tabelle di riferimento o di ricerche sul mercato antiquario, necessarie ad attribuire ai reperti un valore commisurato alla loro natura di beni sottratti al commercio legale), il premio di rinvenimento viene calcolato applicando la percentuale ritenuta opportuna al totale della stima. La Soprintendenza invia, poi, alla Direzione Generale ABAP i risultati dell'istruttoria, corredati dalla relativa proposta di provvedimento.

Se gli aventi titolo non accettano la stima del Ministero, il valore delle cose ritrovate è determinato da un terzo, designato concordemente dalle parti o nominato dal pre-

[2] Cfr., Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 10 giugno 2021, n. 4466, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Il Ministero aveva dettato dei criteri per la determinazione dei premi da assegnare ai privati in caso di ritrovamento di reperti archeologici, autolimitando così la discrezionalità che le norme gli attribuiscono, con la circolare del 23 dicembre 1999. La più recente Circolare n. 29 del 18 giugno 2021 ha introdotto, tra i parametri di valutazione, i seguenti elementi: A - spese a carico dello Stato; B - partecipazione degli interessati; C - spese a carico degli interessati, da graduate in misura percentuale rispetto ai parametri di legge.

[3] Cfr., D.P.C.M. 18 novembre 2010 n. 231 ("Determinazione del premio per i ritrovamenti – art. 93 del Codice").

[4] Cfr., D.P.C.M. n.169 del 2019 e Circolare n. 3 del 29 gennaio 2020 della Direzione Generale Archeologia, Belle Arti e Paesaggio.

sidente del Tribunale competente per territorio (art. 93, comma 3)[5].

3. L'individuazione dei soggetti beneficiari.

In merito alla esatta individuazione delle categorie di soggetti legittimati a ricevere il premio, la legge si limita a indicare i tre potenziali beneficiari: il proprietario del fondo in cui è avvenuto il ritrovamento, il concessionario di ricerca che non svolga tale attività per fini istituzionali e lo scopritore fortuito virtuoso. Il cerchio, però, risulta in concreto ben più ristretto di quello formalmente tracciato dal legislatore.

Innanzitutto, è da escludere che il premio possa essere corrisposto al proprietario del fondo laddove esso sia un ente pubblico. Ciò poiché si deve ritenere che all'obbligo istituzionale di concorrere alla tutela e alla conservazione del patrimonio culturale partecipino tutte le articolazioni dello Stato, per le quali la finalità di renderne possibile la scoperta non può, all'evidenza, comportare alcun beneficio di natura economica, se non attraverso la valorizzazione e la pubblica fruizione del bene rinvenuto[6]. Per le medesime ragioni, sono esclusi dalla corresponsione del premio anche quei soggetti che, pur avendo una forma privata, sono sostanzialmente assimilabili a soggetti pubblici, quali le società *in house* e gli organismi di diritto pubblico.

Un'altra recente sentenza del Consiglio di Stato ha posto in evidenza, con riguardo alla possibilità di corrispondere il premio al proprietario del fondo, la necessità che tale attribuzione non avvenga incondizionatamente, ma che sia preceduta da un'apposita valutazione circa la meritevolezza della condotta del potenziale beneficiario, in termini di apporto cooperativo al ritrovamento stesso[7].

Ulteriori precisazioni devono essere effettuate con riguardo alla figura dello scopritore. Tale qualifica dovrebbe radicarsi in capo al soggetto che ha materialmente determinato, involontariamente, l'evento della scoperta attraverso le proprie azioni. Nel caso di attività svolte da più persone (ad esempio, per l'esecuzione di lavori o altri rilevamenti), l'interpretazione non è stata sempre concorde, anche se l'orientamento prevalente propende per la persona giuridica, pubblica o privata, titolare dell'attività.

La sentenza della Sez. VI del Consiglio di Stato 31gennaio 2024, n. 920 analizza espressamente la questione, a fronte del mancato riconoscimento nella pronuncia di primo grado della qualifica di scopritore in capo alla società proprietaria del terreno (ai fini dell'aumento della percentuale del valore del premio). Nel caso specifico si sovrapponeva, infatti, la presenza di un committente a quella di due appaltatori (una

[5] Cfr., Cass. Civile Sez. I, sentenza del 7 giugno 2005, n. 11796. L'orientamento è stato confermato da Cass. Civile, Sez. Un., 7 marzo 2011, n. 5353, in *Foro It.*, 1-2011, 3098.

[6] Cfr., Cons. di Stato, Sez. VI, 7 maggio 2015 n. 2302, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «l'art. 92 (Premio per i ritrovamenti) del Codice è riferibile esclusivamente al privato "proprietario dell'immobile dove è avvenuto il ritrovamento", nella *ratio* (non di indurlo alla ricerca, ma) di premiarlo per avere consegnato il bene scoperto fortuitamente alle autorità competenti (Cons. Stato, VI, 4 giugno 2004, n. 3492), tra le quali, a riprova del compito pubblico spettante all'ente, vi è anche il sindaco (art. 90, comma 1). Non è ipotizzabile per l'ente territoriale il diverso comportamento, che la norma intende per converso disincentivare, di non rendere noto il ritrovamento».

[7] Cfr., Cons. di Stato, Sez. VI, 5 gennaio 2024, n. 207, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Ad avviso del Giudice amministrativo, come già accennato, solo una tale interpretazione dell'art. 92 Cod. b.c.p. risulterebbe conforme con la funzione sociale che la proprietà privata è chiamata a svolgere nell'ordinamento italiano

società specializzata in scavi archeologici, incaricata della sorveglianza archeologica e un'altra società appaltatrice, incaricata dei lavori di scavo).

Il Consiglio di Stato ha, a riguardo, evidenziato come anche nei casi in cui risultino materialmente coinvolti più soggetti, il ruolo di scopritore debba radicarsi in capo al proprietario-committente, titolare del permesso (titolo edilizio) sulla base del quale vengono svolte le attività da cui è derivata la scoperta, dal momento che allo stesso tali attività sono imputabili sia giuridicamente che materialmente.

Lo stesso discorso vale con riferimento allo svolgimento della sorveglianza archeologica, giacché ciò che rileva e prevale è sempre la titolarità giuridica dell'attività. Nel caso di specie, infatti, diretta destinataria delle prescrizioni archeologiche da parte degli organi ministeriali era esclusivamente la società committente[8].

Completamente differente è la questione dell'attribuzione della qualifica di concessionario. In questo caso lo svolgimento materiale o la titolarità dell'attività da cui deriva il ritrovamento non ha alcuna rilevanza. L'unico elemento identificativo è, infatti, come pure rilevato dalla sentenza in commento, quello della formale titolarità di una concessione di ricerca a tale scopo rilasciata dal Ministero. Tale provvedimento, nell'ordine tradizionale della funzione concessoria, ha la funzione di arricchire la sfera giuridica del soggetto che ne è destinatario, attraverso l'affidamento di un'attività (la ricerca archeologica) per legge riservata alla sola Amministrazione. Nessun premio potrebbe, dunque, mai essere riconosciuto al soggetto che, autonomamente, avvii campagne di scavo o di ricerca, anche su terreni privati.

In concreto, l'attribuzione del premio di rinvenimento al concessionario di ricerca risulta un'ipotesi in concreto residuale, se non del tutto esclusa. La legge estromette a priori tutti i soggetti per i quali l'attività di ricerca rientri tra gli scopi istituzionali o statutari, lasciando così fuori la stragrande maggioranza di soggetti – ovvero gli enti di ricerca – che hanno le più spiccate competenze tecnico-scientifiche per la realizzazione dei lavori di scavo. In aggiunta, la prassi ministeriale richiede al concessionario, al momento della sottoscrizione della concessione, di dichiarare in ogni caso di non avere formalmente titolo al riconoscimento del premio, ovvero di rinunciarvi espressamente. La rinuncia al premio di rinvenimento è diventata, nei fatti, una sorta condizione "amministrativa", necessaria al rilascio della stessa concessione[9]. Addirittura, anche nel caso in cui le istanze di concessione siano relative ad aree di proprietà di privati, la consuetudine è quella di richiedere da parte di questi ultimi la rinuncia al premio ovvero di prevedere la corresponsione dello

[8] «…[l]a parte proprietaria dell'immobile risulta qualificabile come scopritore della cosa, attraverso le attività materiali di esecuzione del titolo edilizio di cui è titolare la stessa società proprietaria, destinataria diretta e primaria altresì delle prescrizioni della Soprintendenza». Cfr., Cons. di Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2024, n. 920, punto 4.9, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[9] «(…) ove non ricorrano le succitate condizioni, il Concessionario prende formalmente atto di non avere titolo al riconoscimento del premio. In tutti gli altri casi, ferma comunque la valutazione in capo al Ministero delle istanze di Concessione di ricerca, si ritiene opportuno acquisire formale rinuncia al premio di rinvenimento da parte del Concessionario, come previsto dalla citata Circolare 14, prot. 10749 del 31 marzo 2021, di questa Direzione Generale, onde evitare aggravi per l'Amministrazione». Cfr., Ministero della Cultura, Direzione Generale Archeologia, Belle Arti e Paesaggio, Servizio II, Circolare n. 29 del 18 giugno 2021, in *www.beniculturali.it*.

stesso da parte del concessionario in luogo dell'Amministrazione[10].

4. L'applicazione delle garanzie partecipative al procedimento per la determinazione del premio.

Una questione particolarmente interessante affrontata nella sentenza della Sez. VI del Consiglio di Stato 31gennaio 2024, n. 920 riguarda l'applicazione delle garanzie partecipative al procedimento amministrativo volto alla valutazione dell'*an* e del *quantum* del premio.

La partecipazione dei privati, in questo contesto, tendenzialmente non è supportata dall'Amministrazione, sulla scorta dello spiccato tecnicismo della discrezionalità esercitata. Il Giudice amministrativo ha ritenuto illegittimo questo *modus agendi*, rilevando opportunamente che – pur in assenza di un espresso riferimento normativo – anche in tale sede non può che trovare applicazione il principio generale che impone di integrare la normativa di settore con le regole che garantiscono la partecipazione al procedimento da parte del soggetto inciso dall'attività autoritativa. Nel caso del procedimento amministrativo per la determinazione del premio, si è, peraltro, in presenza di un procedimento complesso (che il Ministero è tenuto ad avviare non solo su istanza di parte, ma anche d'ufficio, laddove – ricevuta la denuncia di ritrovamento – disponga di tutti gli elementi necessari per concluderlo), che incide sulla sfera giuridica del privato sia in termini oppositivi che pretensivi.

Vero è che gli strumenti di partecipazione al procedimento non devono essere applicati in maniera meccanica, né possono ridursi a «mero rituale formalistico»[11]. Ciò non toglie che, anche dinnanzi a provvedimento di natura vincolata o di spiccato valore tecnico-scientifico, l'apporto del soggetto privato interessato possa assumere una certa rilevanza. La pretesa partecipativa può, infatti, riguardare ragionevolmente l'accertamento e la valutazione dei presupposti sui quali si dovrà poi basare la determinazione amministrativa di natura tecnica.

Il Consiglio di Stato, su questo punto si è espresso chiaramente: la partecipazione del soggetto destinatario del premio deve essere sempre garantita e deve essere effettiva: attraverso la comunicazione di avvio del procedimento, *ex* art. 7 della l. 241/1990, in caso di avvio d'ufficio; ovvero garantendo l'esercizio dei diritti *ex* artt. 10 e 10-*bis* della l. 241/1990, in caso di procedimento avviato su istanza di parte. E alla partecipazione consegue, naturalmente, in capo all'Amministrazione l'onere di esaminare e valutare gli elementi che il privato introduca nel procedimento[12].

[10] Cfr., Direzione Generale Archeologia, Belle Arti e Paesaggio, Circolare n. 47 del 16 novembre 2022, in *www.beniculturali.it*.

[11] Così: Cons. di Stato, Sez. VI, n. 2350/2013; Id. n. 1056/2013, in *www.giustizia-amministrativa.it*

[12] «Nel caso di specie, se in termini giuridici i principi riassunti smentiscono l'affermazione formulata dall'amministrazione secondo cui "per il procedimento di determinazione del premio, non è prevista la partecipazione dell'interessato", in termini applicativi il coinvolgimento del privato è stato tardivo – a distanza di alcuni anni dal ritrovamento e dall'avvio dell'iter – oltre che insufficiente, in assenza della adeguata valutazione degli elementi forniti dalla parte stessa. A quest'ultimo proposito, emerge dagli atti che l'accesso dell'esperto numismatico di Officine Immobiliari è stato consentito nei giorni 2 e 3 marzo 2021, mentre il Ministero della Cultura ha adottato il provvedimento recante l'attribuzione del premio di rinvenimento

5. La natura indennitaria del premio e il regime fiscale.

Uno degli aspetti più interessanti che la sentenza in commento esamina riguarda l'inquadramento della natura giuridica del premio. Posta l'esclusione di una funzione "remunerativa" o "compensativa" connessa al presunto depauperamento subito dal privato (inteso come perdita di proprietà o come perdita alla remunerazione *ex* art. 930 c.c. per lo scopritore non proprietario)[13], il punto di vista offerto dal Consiglio di Stato considera la vicenda focalizzandosi sull'interesse oppositivo del privato rispetto all'attività autoritativa di incameramento del bene. Al premio viene, così, riconosciuta natura indennitaria, a titolo di ristoro non di una perdita economica, ma del pregiudizio che deriva dall'esercizio del potere amministrativo su di un bene che, sebbene per motivi di superiore interesse pubblico è destinato allo Stato, viene comunque ritrovato nell'ambito di una proprietà privata[14].

Connessa a tali considerazioni è la questione relativa ai profili fiscali e di tassazione della somma rilasciata a titolo di premio di rinvenimento. La società ricorrente aveva, infatti, assunto l'illegittimità della ritenuta alla fonte a titolo di imposta, applicata dal Ministero sugli importi da corrispondere. Il TAR per la Lombardia – dopo aver confermato la giurisdizione amministrativa sul punto, per il fatto che la volontà dell'Amministrazione di operare la ritenuta risultava espressa nello stesso provvedimento amministravo di determinazione del premio – si era determinato per la legittimità della ritenuta, facendo rientrare il premio per il ritrovamento di un reperto archeologico nell'ampia categoria dei "premi comunque diversi da quelli su titoli", soggetti a una ritenuta alla fonte a titolo di imposta ai sensi dell'art. 30 del d.P.R. n. 600/1973.

Il Giudice non aveva espressamente individuato l'aliquota da applicare, facendo, invece, generico riferimento allo stesso art. 30 del d.P.R. n. 600/1973. Poiché detta norma prevede l'aliquota del 10% «*per i premi delle lotterie, tombole, pesche o banchi di beneficenza autorizzati a favore di enti e comitati di beneficenza*», del 20% «*sui premi dei giuochi svolti in occasione di spettacoli radio-televisivi competizioni sportive o manifestazioni di qualsiasi altro genere nei quali i partecipanti si sottopongono a prove basate sull'abilità o sull'alea o su entrambe*» e del 25% «*in ogni altro caso*», quest'ultima avrebbe dovuto ritenersi la percentuale da applicare al premio per la scoperta fortuita di un reperto archeologico.

Il Consiglio di Stato ha, però, censurato questa interpretazione, partendo dalla considerazione, sopra richiamata, per la quale il premio di rinvenimento non ha natura retributiva, ma costituisce un ristoro per un'attività svolta nell'interesse pubblico. Esso non può, dunque, essere associato ad altri premi acquisiti per vincita, pronostico, scommes-

---

il successivo 9 marzo; tale evidente compressione dei tempi ha reso nella sostanza impossibile una adeguata partecipazione e una conseguente doverosa valutazione». Cfr., Cons. di Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2024, n. 920, punti 7.3 e 7.4, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[13] Cfr., Cass. civ., sez. un., 11 marzo 1992, n. 2959, in *Giur. civ.*, 1-1993, 2229).

[14] «Orbene nel caso di specie, a parte la coincidenza terminologica, va esclusa la natura di premio in termini di vincita, pronostico, scommessa, derivanti quindi dalla sorte, in quanto trattasi di indennizzo a titolo di ristoro per gli effetti derivanti dall'attività autoritativa di incameramento di un bene che, pur ritrovato nell'ambito di una proprietà privata, per motivi di superiori interessi pubblici è destinato allo Stato. Non si tratta di un premio per una vincita, rimessa alla sorte, ma di un ristoro per un'attività svolta nello stesso interesse pubblico». Cfr., Cons. di Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2024, n. 920, punto 6.3, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

sa, derivanti quindi dalla sorte[15]. Di talché, in assenza di un'espressa previsione normativa in tal senso, non si considera possibile l'applicazione analogica della normativa del d.P.R. n. 600/1973.

Silia Gardini

[15] La giurisprudenza aveva già avuto modo di esprimersi in tali termini. Si segnala, in questa direzione CGARS, 12 aprile 2007, n. 353, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «[i]l premio di rinvenimento di beni archeologici non può essere assimilato in ogni modo ai premi del lotto e delle lotterie, né agli altri premi residuali contemplati dall'art. 30 d.p.r. 600/73 e non è quindi soggetto alla ritenuta del 25%. La sua ratio non è infatti quella di implementare le entrate dell'erario, ma di creare una convenienza reale (non simbolica) per i soggetti, che a vario titolo si trovino a contatto con beni archeologici, a non occultare i ritrovamenti e a non cedere alla tentazione del commercio illegale dei relativi reperti».

4. I beni culturali, il patrimonio immateriale ed i vincoli di destinazione d'uso (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 luglio 2023, n. 6752)

Sommario: 1. Il caso di specie. – **2.** La nozione di bene culturale. – **3.** Il vincolo di destinazione d'uso del bene culturale secondo l'Adunanza Plenaria n. 5 del 2023 ed il Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 luglio 2023, n. 6752. – **4.** Osservazioni conclusive.

1. Il caso di specie.

La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 luglio 2023, n. 6752, che si annota interviene nel dibattito, sempre di attualità, che si sviluppa intorno al concetto ed alla individuazione del bene culturale, ed in particolare del patrimonio immateriale[1] che può essere oggetto di tutela da parte dell'ordinamento.

Il problema, come si vedrà, concerne l'eventuale esistenza del potere del Ministero della Cultura di apporre un vincolo di destinazione d'uso ad un bene culturale per tutelare il patrimonio immateriale, in specie le attività culturali.

Partiamo, tuttavia, dall'inizio. La controversia attiene il ristorante il "Vero Alfredo", fondato nel 1908 in Roma, via della Scrofa, trasferitosi nel 1950 nella sede di Piazza Augusto Imperatore, in uno dei locali posti al piano terra del complesso immobiliare denominato Palazzo dell'Istituto Nazionale di Previdenza Sociale, dichiarato di interesse storico artistico nel 2006, ai sensi dell'art. 10, co. 1, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

Tale edificio, in origine di proprietà pubblica, è stato trasferito al Fondo Comune di Investimento Immobiliare di Tipo Chiuso (FIP) ai sensi del decreto legge n. 351/2001, convertito in L. n. 410/2001, per essere successivamente alienato a società private, nel rispetto delle disposizioni del Codice dei beni culturali.

Difatti, tenuto conto che l'immobile rientrava tra i beni vincolati *ex lege*, ai sensi degli artt. 10, co. 1 e 5, e 12, co. 1, del Codice (trattandosi di immobile di proprietà pubblica, opera di autore non più vivente e risalente ad oltre 50 anni), è stata chiesta l'autorizzazione del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo (oggi Ministero della cultura) ai fini dell'alienazione.

[1] Altresì definibile come patrimonio intangibile: v., al riguardo, l'ampio studio monografico di M. Timo, *L'intangibilità dei beni culturali*, Torino, 2022.

Il Ministero ha subordinato l'autorizzazione ad alcune prescrizioni, richiedendo, in particolare, la conservazione delle attuali destinazioni d'uso degli immobili e, comunque, vietando la destinazione ad usi, anche a carattere temporaneo, non compatibili con l'interesse culturale accertato o tali da creare pregiudizio alla conservazione e al pubblico godimento.

Il Ministero, inoltre, ha comunicato alla società proprietaria dell'immobile ed alla società che gestisce il locale ricettivo l'avvio del procedimento di dichiarazione di interesse culturale ai sensi dell'art. 14, d.lgs. n. 42 del 2004 avente ad oggetto il locale ristorante, le opere di Gino Mazzini e gli elementi di arredo conservati al suo interno, in quanto ritenuti di interesse particolarmente importante ai sensi dell'art. 10, co. 3, lett. d), Codice beni culturali, anche in considerazione dei principi enunciati dall'art. 7-*bis* del medesimo Codice in relazione alla tutela delle espressioni di identità culturale collettiva.

Nelle more, la società proprietaria ha agito *in executivis* per ottenere il rilascio dell'unità immobiliare, condotta *sine titulo* da "L'Originale Alfredo", nuova denominazione del "Vero Alfredo".

Ma il Ministero della Cultura non si è fermato qui perché, con il decreto ministeriale n. 50 del 13.7.2018, non si è limitato a dichiarare l'interesse particolarmente importante dell'immobile, ovvero il ristorante, con le opere e gli elementi di arredo *ivi* conservati, ma ha pure richiamato, quale parte integrante della dichiarazione di interesse culturale, la relazione storico-critica e il repertorio fotografico predisposti durante l'istruttoria; infatti, si è riconosciuto l'interesse culturale "*nella continuità ininterrotta dell'unione tra locale ristorante, arredi ed opere artistiche, tradizione enogastronomica e sociabilità che, dai primi anni cinquanta ad oggi, hanno reso il ristorante uno spazio fisico e simbolico di accoglienza e di incontro di "mondi" e individui dalla provenienza geografica e sociale estremamente diversificata; un teatro di frequentazioni e di eventi pubblici e privati significativi da parte di personaggi illustri italiani e stranieri e di gente comune*".

La conseguenza, per il Ministero, è che inevitabilmente il "Vero Alfredo" debba essere tutelato ai sensi degli articoli 7-*bis* e 10, co. 3, lett. d) del Codice dei beni culturali, quale "espressione di identità culturale collettiva", evidenziando come il patrimonio immateriale de "Il Vero Alfredo" sia costituito dall'insieme de "*le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale*".

Quest'ultimo decreto del Ministero della Cultura è stato impugnato dalla Società proprietaria dell'immobile dinnanzi al T.A.R. Lazio, sede di Roma, che, con sentenza n. 5864 del 19 maggio 2021, ha ritenuto fondati i motivi del ricorso e ha conseguentemente annullato l'atto impugnato.

Secondo il T.A.R. Lazio, difatti, non potrebbero essere vincolate le attività svolte nell'immobile in questione mediante l'assoggettamento dei locali ad un vincolo di destinazione d'uso, in quanto ciò che potrebbe essere vincolato sarebbe soltanto il bene immobile, in presenza delle condizioni, diverse ed ulteriori, prescritte dagli artt. 10 e 13 del Codice per dichiararlo "bene culturale", idonee a giustificare un vincolo a tutela della conservazione del bene, ma non anche dell'attività svolta al suo interno.

Di conseguenza, seguendo il ragionamento del giudice di primo grado, non sarebbe possibile, sulla base delle previsio-

ni codicistiche, vincolare il bene, al fine di consentire la prosecuzione dell'attività, impedendo qualunque uso alternativo della cosa stessa; una tale politica, a prescindere dall'arbitrarietà per mancanza di base giuridica, se non per il contrasto con l'intenzione del legislatore delegato, quanto meno per la totale estraneità allo spirito delle Convenzioni internazionali in materia, risulterebbe insostenibile in quanto intrinsecamente irragionevole e sproporzionata.

Avverso questa decisione è stato proposto appello al Consiglio di Stato, in via principale dalla Società che gestisce il locale ricettivo ed in via incidentale dal Ministero della Cultura.

Data l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in materia di ammissibilità di un vincolo culturale di destinazione d'uso, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha deferito, *ex* art. 99, co. 1, Cod. proc. amm., la questione all'Adunanza Plenaria che si è espressa in tema con la sentenza n. 5 del 13 febbraio 2023.

Per poter definire la questione attinente ai vincoli di destinazione d'uso è necessario primariamente, tuttavia, delineare la nozione di bene culturale e comprendere come vi rientri anche il patrimonio immateriale[2].

2. La nozione di bene culturale.

Al riguardo, si può iniziare da due definizioni particolarmente significative[3].

La prima, più specifica, di stampo gianniniano, definisce il bene culturale come quel bene immateriale di proprietà pubblica, ovvero rientrante nel dominio dell'Amministrazione, inerente a una o più cose e distinto dal bene patrimoniale privato di cui quelle stesse cose costituiscono il supporto materiale[4].

Più generale e meno tecnica, e forse anche per questo meno criptica, è la definizione fornita invece dalla Commissione Franceschini nel 1967, Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione delle cose d'interesse storico, archeologico, artistico e del paesaggio, allorquando affermò che "*appartengono al patrimonio culturale della nazione tutti i beni aventi riferimento alla storia della civiltà. Sono assoggettati alla legge i beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivistico e librario, ed ogni altro bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà*"[5].

Questa affermazione di principio, che doveva rientrare in una riforma organica della materia attinente la tutela e la valorizzazione dei beni culturali, rimase in realtà tale perché non si trasformò in alcun atto avente forza di legge, ma fu un primo passo importante, almeno a livello termino-

[2] Secondo A. Bartolini, *L'immaterialità dei beni culturali*, in *Aedon*, 2014, "*sembra possibile affermare che il valore immateriale consente di affermare l'esistenza di uno statuto giuridico minimo, comune, discendente dalla nozione di bene culturale. Questo statuto comune consente, innanzitutto, sotto un profilo metodologico di cercare i tratti comuni delle varie discipline di tutela e valorizzazione di questi beni, da apprezzare a prescindere dal loro supporto materiale. [...] sicché mi sembra che si debba superare la radicale contrapposizione tra beni culturali materiali ed immateriali, accettando una visione liminale che cerchi di trovare i tratti comuni, aperta a statuti pluralistici, fondata sulla sostenibile leggerezza del valore immateriale dei beni culturali (materiali e immateriali)*".

[3] In tema di beni culturali è da sempre presente una particolare esigenza definitoria: così G. Morbidelli, *L'azione regionale e locale per i beni culturali in Italia*, in *Le Regioni*, 1987, 942 ss.

[4] Così M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 13 ss.

[5] I lavori della Commissione Franceschini sono stati pubblicati con il titolo *Per la salvezza dei beni culturali*, 3 voll., Roma, 1967.

logico in quanto consentì di superare la nozione invalsa sino ad allora di "*cose d'arte*" propugnata da una certa visione elitaria e fortemente idealizzata dei beni da tutelare che si ritrova nelle due più importanti leggi dell'inizio del XX secolo dedicate agli strumenti di tutela della cultura, ovvero la legge Rosadi, legge 20 giugno 1909, n. 364, e la legge Bottai, legge 1° giugno 1939, n. 1089[6].

Sulla scorta dei lavori della Commissione Franceschini si giunge, poi, nell'ambito dei programmi di decentramento amministrativo, al d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, che, ripartendo le funzioni amministrative tra Stato ed enti territoriali in materia di tutela e valorizzazione dei beni culturali, definisce questi ultimi come "*quelli che compongono il patrimonio storico, artistico, monumentale, demoetnoantropologico, archeologico, archivistico e librario e gli altri che costituiscono testimonianza avente valore di civiltà così individuati in base alla legge*"[7].

Siamo dinnanzi ad una definizione più ampia, ove il *proprium* del bene culturale viene individuato nel carattere di testimonianza avente valore di civiltà[8], cioè espressione di una determinata cultura formatasi nel tempo. In linea generale, quindi, il riferimento alla civiltà deve essere inteso come "*insieme dei modi di pensare e di sentire e vivere dei gruppi sociali nel tempo e nello spazio*"[9].

Si supera, quindi, distintamente la nozione fortemente restrittiva di "*cosa d'arte*" del periodo fascista[10], che richiamava un bene la cui fruizione era limitata a pochi eletti, per una definizione maggiormente inclusiva, che trova un primo passaggio nel Testo Unico per i beni culturali ed ambientali, d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, e poi il suo approdo definitivo nel Codice dei beni culturali, adottato con d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, c.d. Codice Urbani.

Il Codice compie una scelta definitoria ben precisa ma particolare rispetto al passato: sceglie, difatti, di fornire prima, in via generale, una definizione di patrimonio culturale e poi di specificare in che cosa consistano i beni culturali[11].

Il legislatore del Codice, difatti, mediante un'operazione di sintesi del tutto innovativa nel nostro ordinamento, ha cercato di ricondurre ad una categoria unitaria il patrimonio culturale (non più solamente storico-artistico), i beni culturali ed i beni paesaggistici[12].

Non si tratta però di una nuova categoria giuridica, perché le due tipologie di beni rispondono a regole diverse, quanto piuttosto di un'efficace espressione verbale, con la quale si vuole evidenziare che i beni culturali e quelli paesaggistici confluiscono

[6] Su cui cfr. S. Cassese, *I beni culturali da Bottai a Spadolini (1975)*, in Id., *L'amministrazione dello Stato. Saggi*, Milano, 1976, 153 ss.

[7] In tema cfr. S. Cassese, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 673 ss.; G. Sciullo, *Beni culturali e principi della delega*, in *Aedon*, n. 1/1998; G. Pitruzzella, *Art. 148 e art. 149*, in G. Falcon (a cura di), *Lo Stato autonomista*, Bologna, 1998, 491 ss.

[8] Su questa nozione cfr. C.E. Gallo, S. Foà, *I beni culturali*, in P. Falcone, A. Pozzi (a cura di), *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza, I beni, i mezzi, la giustizia*, Torino, 1998, Vol. II, 67 ss.; B. Cavallo, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, Vol. II, 113 ss.; M. Cantucci, *Beni culturali e ambientali*, in *Noviss. Dig. It.*, Appendice A-Cod., Torino, 1980, 722 ss.

[9] Secondo l'autorevole insegnamento di M.S. Giannini, *I beni culturali*, cit., 9.

[10] Per un approfondimento v. M. Grisolia, *La tutela delle cose d'arte*, Roma, 1952.

[11] Sul punto cfr. S. Foà, *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio: la tutela dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 473 ss.

[12] Per una ricostruzione sul punto cfr. il volume di C.C. Amitrano, M. Ricciardo Calderaro, *La gestione del patrimonio culturale tra customer experience e tecnologie digitali*, Napoli, 2024, spec. 9 ss.

in una medesima funzione, che è quella di contribuire a tutelare e valorizzare l'identità culturale del Paese[13]. In altri termini, quest'espressione rappresenta l'intima connessione tra i beni culturali ed il paesaggio, per cui i primi non possono essere adeguatamente apprezzati senza il secondo[14].

La nozione richiama d'altronde similari espressioni utilizzate in fonti internazionali, con particolare riferimento alla Convenzione di Parigi del 1972 sulla protezione del patrimonio mondiale, culturale e naturale, e soprattutto con riguardo alla Convenzione di Faro approvata dal Consiglio d'Europa il 27 ottobre 2005 sul valore dell'eredità culturale per la società ove si parla espressamente di *cultural heritage*[15].

È ancora oggi questione dibattuta se la traslitterazione corretta di *cultural heritage* sia quella di patrimonio culturale[16] ma è indubbio che il richiamo deve correre ad una nozione certamente ampia in cui l'ambiente è parte indefettibile della cultura[17], tant'è che oggi vi è chi preferisce parlare di patrimonio culturale UNESCO[18] al cui interno sarebbe individuabile altresì un "patrimonio culturale urbanistico"[19], comprensivo tanto delle testimonianze di civiltà (beni culturali), quanto dei caratteri identitari del territorio (paesaggio culturale), sia nelle loro componenti materiali che immateriali, tutelati come patrimonio universale dell'umanità e che si servono delle limitazioni urbanistiche per conseguire un grado rafforzato di tutela[20].

Al di là delle teorie sulla correttezza ed utilità dell'espressione patrimonio culturale[21], che comunque ci fornisce un indizio non trascurabile sulla dimensione transgenerazionale ed in perenne divenire della cultura e dell'ambiente[22] e che è stata ancora di recente utilizzata dal legislatore nel Codice del terzo settore, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117[23], occorre tenere in considerazione

---

[13] V. in tema S. Amorosino, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Bari, 2010, 3 ss.; E. Boscolo, *La nozione giuridica di paesaggio identitario ed il paesaggio 'a strati'*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 61 ss.

[14] In questi termini A. Bartolini, *Beni culturali (diritto amministrativo)*, in *Encicl. dir.*, Milano, Annali VI, 2013, spec. 96 ss.; S. Settis, *Paesaggio, Costituzione e cemento*, Torino, 2010.

[15] In tema cfr. S. Foà, *Dalla Convenzione europea al Codice dei beni culturali e del paesaggio. Obiettivi di tutela e valorizzazione*, in R. Ferrara, M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, Vol. III, 431 ss.

[16] *Contra*, sulla traduzione di *cultural heritage* in patrimonio culturale cfr. G. Severini, P. Carpentieri, *La ratifica della Convenzione di Faro "sul valore del patrimonio culturale per la società": politically correct vs. Tutela dei beni culturali?*, in *Federalismi*, n. 8-2021, 224 ss.

[17] In tema cfr. L. Casini, *Patrimonio culturale e diritti di fruizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 657 ss.; M. Brocca, *Patrimonio culturale e sviluppo dei territori: la componente del paesaggio tra impostazione codicistica e nuove traiettorie normative*, in *Ist. del federalismo*, 2018, 857 ss.

[18] Cfr. C. Tubertini, *A 50 anni dalla Convenzione Unesco del 1972 sulla protezione del patrimonio culturale mondiale: riflessioni alla luce dell'esperienza italiana*, in *Aedon*, 2022, 147 ss.

[19] Sul punto v. M. Cammelli, *Politiche urbane e protezione del patrimonio culturale*, in *Aedon*, 2022, 66 ss.; A. Crosetti, *Governo del territorio e tutela del patrimonio culturale: un difficile percorso di integrazione*, *Riv. giur. edil.*, 2018, 81 ss.

[20] Così A. Bartolini, *Patrimoni culturali e limitazioni urbanistiche*, in *Dir. amm.*, 2022, 995 ss. Oppure, ancora, chi parla genericamente di patrimoni culturali come M. Cammelli, G. Piperata, *Patrimoni culturali: innovazioni da completare; tensioni da evitare*, in *Aedon*, fasc. n. 1-2022 e, da ultimo, D. Siclari, *Perché non possiamo non parlare di patrimoni culturali in Italia*, in *Dir. e proc. amm.*, 2023, 1 ss.

[21] Su cui si rinvia a P. Stella Richter, *La nozione di patrimonio culturale*, in *Foro Amm. CdS*, 2004, 1280 ss.; da ultimo cfr. C. Videtta, *La dimensione del patrimonio culturale tra frammentazione delle conoscenze e unità del sapere*, in *Nuove autonomie*, 2023, 199 ss.

[22] V. P. Chirulli, *Il governo multilivello del patrimonio culturale*, in *Dir. amm.*, 2019, 697 ss. La tematica ambientale è profondamente interconnessa con quella dei beni culturali, come nel caso della promozione delle energie rinnovabili: v., ad esempio, A. Persico, *Promozione dell'energia rinnovabile e tutela del patrimonio culturale: verso l'integrazione delle tutele (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167)*, in *Giustiziainsieme*, 1° dicembre 2022.

[23] Cfr. R. Spagnuolo Vigorita, *Il patrimonio culturale nelle disposizioni del codice dei contratti pubblici e nel codice del terzo settore*, in *Munus*, 2018, 405 ss.; sul punto v. anche C. Napolitano, *Il Tar Lazio e la tutela del patrimonio culturale*, in *Giustiziainsieme*, 3 luglio 2020.

che il quadro definitorio del Codice dei beni culturali si inserisce nei principi fissati dalla Costituzione che, all'art. 9, modificato peraltro da ultimo dalla legge costituzionale n. 1 del 2022[24], stabilisce che la Repubblica tutela il paesaggio ed il patrimonio storico e artistico della Nazione[25].

Sulla necessità di tutela del patrimonio culturale del Paese, in qualunque modo si preferisca intenderlo, non si possono aver dubbi[26].

I beni classificabili come culturali sono molteplici, tutte *res* materiali in cui "*il profilo ideale che è oggetto di protezione si è talmente immedesimato della materia in cui si esprime da restarne definitivamente prigioniero, così che esso si pone come oggetto di protezione giuridica inscindibile dalla cosa che lo racchiude*"[27].

Il patrimonio immateriale[28], come si vedrà anche in seguito, non rimane però del tutto privo di tutela[29] perché l'art. 7-*bis* del Codice[30] aggiunge, difatti, che "*le espressioni di identità culturale collettiva contemplate dalle Convenzioni UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali, adottate a Parigi, rispettivamente, il 3 novembre 2003 ed il 20 ottobre 2005, sono assoggettabili alle disposizioni del presente codice qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'articolo 10*".

Ciò che emerge dagli articoli 2 e 10 del Codice è che l'essere testimonianza di civiltà rappresenta il catalizzatore che determina l'inerenza dell'interesse pubblico cul-

[24] In letteratura, mentre alcuni hanno accolto con favore la novella degli artt. 9 e 41 Cost., come I.A. Nicotra, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *Federalismi*, 30 giugno 2021, altri hanno sollevato dubbi sui contenuti della legge di riforma costituzionale come G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa, modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *GiustiziaInsieme*, 22 settembre 2021 o C. Sartoretti, *La riforma costituzionale "dell'ambiente": un profilo critico*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, 119 ss., che evidenzia come "*tuttavia, se l'idea del nostro Parlamento di fare assurgere la tutela dell'ambiente al rango di principio costituzionale codificato è certamente apprezzabile sotto il profilo delle ragioni che lo hanno spinto a questa decisione, desta invece alcuni dubbi e certune perplessità con riguardo ai contenuti dei novellati artt. 9 e 41, e solleva soprattutto un interrogativo di fondo circa la reale necessità di una siffatta riforma costituzionale*". Su questa riforma v. ancora M. Bertolissi, *Amministratori, non proprietari dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi*, in *Federalismi*, n. 6-2023, 24 ss.; P. Lombardi, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *Federalismi*, n. 1-2023, 86 ss.; M. Poto, *La tutela costituzionale dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2022, 1057 ss.; G. Amendola, *L'inserimento dell'ambiente non è né inutile né pericoloso*, in *GiustiziaInsieme*, 25 febbraio 2022; R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria*, in *Federalismi*, n. 13-2022, 187 ss.; L. Cassetti, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiene?*, in *Federalismi*, n. 4-2022, 188 ss.; R. Fattibene, *Una lettura ecocentrica del novellato articolo 9 della Costituzione*, in *Nomos*, n. 3-2022. Cfr. altresì F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio "in negativo"*, in *Dir. econ.*, 2022, 15 ss.

[25] Si rinvia anzitutto a M.S. Giannini, *Sull'articolo 9 Cost. (la promozione culturale)*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991, 435 ss.

[26] Anzi, occorre implementarla: v. sul punto M. Timo, *Implementare la resilienza del patrimonio culturale*, in *Dir. econ.*, 2022, 409 ss.

[27] Così T. Alibrandi, P. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, 47.

[28] Su questo cfr. C.A. D'Alessandro, *Il patrimonio culturale immateriale. Il lungo cammino per la sua tutela giuridica e l'apporto culturale di Claude Lévi-Strauss*, in *Società e diritti*, fasc. 13-2022, 136 ss.; F. Ferrara, *Il patrimonio culturale immateriale. Considerazioni per un alternativo modello di tutela e valorizzazione*, in *Ambientediritto.it*, fasc. 3-2021, 96 ss.; G. Soricelli, *Beni culturali immateriali e diritto al bene culturale: prospettive per una ricerca*, in *Federalismi*, fasc. n. 15-2019, 2 ss.; A. Gualdani, *I beni culturali immateriali: una categoria in cerca di autonomia*, in *Aedon*, fasc. 1-2019, 83 ss. Si v. anche le riflessioni di A. Lalli, *L'immateriale dei beni culturali nell'era digitale: valori culturali ed economici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 671 ss.

[29] Come ricordato, da ultimo, da Cons. Stato, Sez. VI, 10 luglio 2023, n. 6752, in *Guida dir.*, 2023, 31 ss.

[30] Introdotto dall'art. 1, co. 1, lett. c), del d.lgs. 26 marzo 2008, n. 62.

turale non già alla cosa in quanto tale, ma al suo significato, sicché esso trascende la soddisfazione del singolo proprietario, per riguardare l'intera collettività, come interesse alla conservazione ed alla fruibilità del bene culturale attraverso la cosa oggetto di vincolo e tutela. Si parla, al riguardo, di nozione "aperta" di bene culturale, la quale nondimeno si specifica tecnicamente con il c.d. criterio reale e normativo, sicché non esistono testimonianze aventi valore di civiltà che non siano "cose", individuate come bene culturale dalla legge o in base alla legge[31].

La nozione di cultura nel corso degli ultimi anni, peraltro, ha subito un'importante evoluzione in senso ampliativo, tant'è che il Consiglio di Stato, di recente, ha affermato che, stante il carattere ampiamente discrezionale del potere conferito all'autorità preposta alla tutela, anche lo sport può essere ricondotto al concetto di cultura menzionato nell'art. 10, co. 3, lett. d), Codice dei beni culturali, ai fini dell'assoggettamento a tutela come bene culturale[32].

Occorre fare attenzione, tuttavia: il Codice dei beni culturali non assoggetta qualsiasi testimonianza avente valore di civiltà al proprio regime di tutela e valorizzazione, come avrebbe voluto in origine la Commissione Franceschini, ma solamente "*se è [...] considerabile sulla base di una qualificazione, ossia di una fissazione di fattispecie operata dal legislatore*"[33], rispondendo, così, ad uno stretto principio di tipicità ed alla conseguente tipizzazione dei beni considerabili come culturali da parte del Codice, che però, specialmente per quanto attiene al patrimonio immateriale, non è pienamente allineato alle fonti internazionali in un'ottica di integrazione tra gli ordinamenti amministrativi sovranazionali e quelli nazionali[34].

Ovviamente, come è noto, la disciplina giuridica di riferimento è differente se il bene culturale è di proprietà pubblica o privata[35].

È necessario, peraltro, ricordare che alcune categorie di beni di proprietà pubblica, ed in particolare gli immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico e artistico e le raccolte di musei, pinacoteche, gallerie, archivi e biblioteche, qualora appartengano allo Stato o ad un altro ente pubblico territoriale, rientrano nella categoria dei beni demaniali[36], nello specifico di quella del demanio accidentale[37], ed ai sensi degli articoli 822 e seguenti del Codice civile[38] sono di regola inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi[39], se non nei modi e nei limiti

[31] In termini T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 12 ottobre 2021, n. 2212, in *Foro amm.*, 2021, 1504 ss.

[32] Così Cons. Stato, Sez. VI, 10 marzo 2023, n. 2561, in *Foro it.*, 2023, 6, III, 287 ss.

[33] Cfr. C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciullo, *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, spec. 23 ss.

[34] In generale si consenta il rinvio a M. Ricciardo Calderaro, *L'integrazione amministrativa e la tutela dei diritti. Problemi e prospettive alla luce della crisi sistemica dell'Unione Europea*, Torino, 2020.

[35] Cfr., ad esempio, C. Videtta, *Riflessioni sulla verifica dell'interesse culturale alla luce delle esigenze di semplificazione delle procedure di dismissione del patrimonio immobiliare pubblico espresse dal decreto c.d. "Semplifica Italia"*, in *Dir. econ.*, 2014, 309 ss.; in giurisprudenza di recente v. Cass. civ., Sez. II, 28 giugno 2023, n. 18423, in *Guida dir.*, 2023, 29 ss.

[36] Si deve partire certamente da O. Ranelletti, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Capitolo III: Teoria*, in *Riv. it. sc. giur.*, XXV, 1898, 1-55; G. Salemi, *Natura giuridica dell'uso comune dei beni demaniali*, Sassari, 1923; P. Bodda, *In tema di proroga legale delle concessioni di beni demaniali*, in *Riv. dir. Comm.*, 1950; A. Barucchi, *Riflessioni in tema di beni demaniali e di alcuni loro usi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 329 ss.

[37] Cfr. le riflessioni di A. Romano, *Demanialità e patrimonialità: a proposito dei beni culturali*, in V. Caputi Jambrenghi (a cura di), *La cultura e i suoi beni giuridici*, Milano, 1999, 406 ss.

[38] In tema si v. anzitutto A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, in *Encicl. dir.*, Milano, 1959, vol. V, 277 ss.

[39] Cass. civ., Sez. II, 23 maggio 2023, n. 14105, in *Giust. civ. Mass.*,

stabiliti dalla legge. Al riguardo il Codice dei beni culturali del 2004 detta delle prescrizioni particolari, tanto che si potrebbe affermare che per i beni culturali vige una regola di inalienabilità relativa o limitata[40].

Tale classificazione del Codice civile[41] può risultare, almeno secondo taluni, in parte superata, specialmente con riferimento ai beni paesaggistici e culturali, per l'introduzione di una nuova categoria, quella dei beni comuni, avvenuta in particolare grazie all'opera ermeneutica della dottrina e della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Quest'ultime, in una pronunzia sulle valli da pesca venete, con un principio espresso in un *obiter dictum* hanno affermato che "*là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del dominium romanistico e della proprietà codicistica, "comune" vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini*"[42].

Si tratta, quindi, come era già stato affermato nel 2007 dalla Commissione Rodotà insediata per la riforma della disciplina dei beni pubblici[43], di cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali ovvero al libero sviluppo della persona[44], indipendentemente dalla classificazione operata dal legislatore, che sono comuni a tutta la collettività[45]. Tra questi beni comuni certamente vi possono rientrare i beni paesaggistici e culturali[46], i quali però, al di là di ogni dibattito definitorio in tema[47], devono ricevere un adeguato livello di tutela dall'ordinamento proprio per la loro caratteristica intrinseca di costituire testimonianza avente valore di civiltà.

Il problema sorge allorché questa testimonianza presenta carattere immateriale e non riguarda in via diretta un bene. Occorre comprendere se il Codice, data la sua rigida

2023, ricorda, in tema, come l'immobile di proprietà di un Comune che, sebbene non iscritto nell'elenco di cui all'art. 4, co. 1, della l. n. 1089 del 1939, sia riconosciuto di interesse storico, archeologico o artistico, è soggetto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 822 e 824 cod. civ., al regime del demanio pubblico, con la conseguenza che non può essere sottratto alla propria destinazione, né può essere oggetto di usucapione, indipendentemente dal momento in cui sia apposto il vincolo, atteso che quest'ultimo ha una mera efficacia dichiarativa, volta ad attestare in capo all'immobile una prerogativa già esistente.

[40] Così A. Crosetti, D. Vaiano, *Beni culturali e paesaggistici*, Torino, 2014, 81 ss.

[41] Su cui, in generale, cfr. V. Cerulli Irelli, *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, Vol. II, 275 ss.

[42] Cass. civ., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Giust. civ.*, 2011, 3, I, 595 ss. Al riguardo v. il commento di F. Cortese, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1170 ss.

[43] Da ultimo v. di S. Rodotà, *I beni comuni e l'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2022, 11 ss.

[44] Cfr. al riguardo S. Foà, *I beni pubblici*, in C.E. Gallo (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2023, spec. 367.

[45] V., in tema, V. Cerulli Irelli, *Proprietà, beni pubblici, beni comuni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 639 ss.; G. Arena, *Da beni pubblici a beni comuni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 647 ss.; M. Cafagno, *Beni comuni, norme, comportamenti*, in *Riv. quad. dir. ambiente*, 2022, 181 ss.; G. Fidone, *Dai beni comuni all'amministrazione condivisa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 435 ss.; U. Mattei, *L'innesto della giustizia ecologica nel codice civile. Eguaglianza e beni comuni fra legge e diritto*, in *Quest. Giust.*, 2020, 53 ss.; V. Molaschi, *Economia collaborativa e beni comuni: analogie, differenze e intersezioni nella prospettiva di uno sviluppo urbano sostenibile*, in *Dir. econ.*, 2020, 345 ss.; E. Boscolo, *I beni ambientali (demaniali e privati) come beni comuni*, in *Riv. giur. amb.*, 2017, 379 ss.

[46] Sul punto cfr. S. Marotta, *Per una lettura sociologica-giuridica dei beni culturali come beni comuni*, in *Munus*, 2016, 439 ss.; V. Caputi Jambrenghi, *Bene comune (obblighi e utilità comuni) e tutela del patrimonio culturale*, in *GiustAmm*, 2015.

[47] Per una critica della categoria cfr. G. Perlingieri, *Criticità della presunta categoria dei beni c.d. "comuni". Per una "funzione" e una "utilità sociale" prese sul serio*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 136 ss. Si v. anche S. Staiano, *"Beni comuni" categoria ideologicamente estenuata*, in *Dir. e soc.*, 2016, 415 ss.

impostazione sulle *res*, consenta una tutela del patrimonio immateriale, certamente voluta invece dalle Convenzioni internazionali; il Consiglio di Stato, a partire dall'Adunanza Plenaria, è quindi intervenuto in tema.

3. Il vincolo di destinazione d'uso del bene culturale secondo l'Adunanza Plenaria n. 5 del 2023 ed il Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 luglio 2023, n. 6752.

La questione sottoposta all'attenzione dell'Adunanza Plenaria, su cui è stata a chiamata a pronunziare il principio di diritto, difatti, attiene al rapporto tra poteri di tutela del Ministero della Cultura e patrimonio culturale immateriale.

La Sesta Sezione del Consiglio di Stato si è chiesta se, in presenza di beni culturali *ex* art. 10, co. 3, lett. d), Codice beni culturali, ovvero di "*cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose*", che rappresentino (altresì) una testimonianza di espressioni di identità culturale collettiva *ex* art. 7-*bis* dello stesso Codice, il potere ministeriale di tutela possa estrinsecarsi nell'imposizione di un vincolo di destinazione d'uso della *res* a garanzia non solo della sua conservazione, ma pure della continua ricreazione, condivisione e trasmissione della manifestazione culturale immateriale di cui la cosa costituisce testimonianza.

Ciò ricordando in generale che solo in casi eccezionali il legislatore ha attribuito al Ministero il potere di imporre misure volte a tutelare l'uso del bene rispetto all'ordinario regime vincolistico che è finalizzato alla mera conservazione in buono stato dei beni culturali con mero divieto di usi non compatibili, ovvero limitato ad indicare in negativo, non a prescrivere in positivo[48].

Il Codice dei beni culturali, difatti, prevede una specifica ipotesi al riguardo, allorquando all'art. 51 vieta di modificare la destinazione d'uso degli studi d'artista se, considerati nel loro insieme, siano dichiarati di interesse particolarmente importante per il loro valore storico[49].

Tale potere eccezionale[50], tuttavia, come chiarito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 185 del 2004, deve essere eser-

[48] L'orientamento della pronunzia in commento, come detto, è innovativo rispetto a quanto sostenuto anche dal Consiglio di Stato in passato. Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 2019, n. 1933, in *www.giustizia-amministrativa.it* aveva affermato, ad esempio, che per i beni culturali in senso proprio non è consentito, di regola, il vincolo di mera destinazione d'uso, salvo che per gli studi d'artista, in ragione della specifica previsione dell'art. 51, co. 1, Cod. beni culturali, con la conseguenza che deve ritenersi di dubbia legittimità anche il vincolo di destinazione merceologica per i negozi storici, dato che sotto il profilo della tutela costituiscono un *minus* rispetto ai beni culturali.

[49] Come chiarito da Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2017, n. 5737, in *Foro amm.*, 2017, 2401 ss., lo speciale vincolo previsto dall'art. 51, co. 1, Codice beni culturali, per gli studi d'artista, comporta sia il divieto di modificare la destinazione d'uso dello studio ove l'artista ha operato sia il divieto di rimuoverne il contenuto, costituito da opere, documenti, cimeli e simili, qualora esso, considerato nel suo insieme ed in relazione al contesto in cui è inserito, sia dichiarato di interesse particolarmente importante per il suo valore storico.

[50] Che sussiste, in attuazione dell'art. 9 Cost., per rendere immodificabili l'ambiente e i luoghi nei quali effettivamente operò l'artista, al fine di conservare intatta la testimonianza dei valori culturali in esso insiti, testimonianza che giustifica il valore storico del bene: così T.A.R. Abruzzo, Sez. L'Aquila, Sez. I, 14 febbraio 2013, n. 121, in *Foro amm. TAR*, 2013, 2, 573 ss.

citato nel rispetto dei limiti di ragionevolezza e proporzionalità, anche al fine di evitare i cd. "effetti perversi" derivanti dall'eccesso di attività vincolistica, che rischia di essere controproducente rispetto agli stessi obiettivi perseguiti[51].

Questo potere, quindi, pur con tutti i limiti segnalati anche dalla giurisprudenza costituzionale, esiste nel nostro ordinamento, occorre però comprendere se può trovare applicazione al di là dell'ipotesi particolare espressamente prevista per gli studi d'artista.

L'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 5 del 2023, in modo risoluto ha chiarito che il vincolo di destinazione d'uso del bene culturale può essere imposto allorquando il provvedimento risulti funzionale alla conservazione della integrità materiale della cosa o dei suoi caratteri storici o artistici, sulla base di una adeguata motivazione da cui emerga l'esigenza di prevenire situazioni di rischio per la conservazione dell'integrità materiale del bene culturale o del valore immateriale nello stesso incorporato[52].

Ciò a tutela di beni che sono espressione di identità culturale collettiva, non solo per disporne la conservazione sotto il profilo materiale, ma anche per consentire che perduri nel tempo la trasmissione della manifestazione culturale immateriale, di cui la cosa contribuisce a costituirne la testimonianza[53].

Il regime vincolistico, dunque, secondo l'Adunanza Plenaria, può concernere non solo il bene materiale ma, proprio attraverso il vincolo su quest'ultimo, indirettamente anche l'attività, testimonianza di un determinato costume o civiltà, che abbia una particolare rilevanza dal punto di vista storico-culturale.

Di conseguenza, rientrano nel potere conformativo attribuito all'Amministrazione anche i c.d. locali storici che, oltre a qualificare spesso in maniera determinante il tessuto urbano del centro storico (che può essere definita come l'anima di una città, alla continua ricerca del suo equilibrio, tra la conservazione del passato e l'elaborazione del nuovo), costituiscono un importante elemento di memoria storica e una testimonianza culturale, la cui tutela e valorizzazione concorre a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio[54].

Come già ricordato dal Consiglio di Stato nel 2019, difatti, se è vero che l'attività dei negozi storici di per sé non può essere oggetto di vincolo culturale, quest'ultimo ben può essere apposto nei confronti degli immobili nei quale i suddetti negozi sono ospitati, in quanto in tal caso il valore culturale dei beni è ravvisabile nel collegamento del loro uso e della loro utilizzazione pregressi con accadimenti della storia e della civiltà[55]. La tutela può dunque essere este-

[51] Corte cost., 24 giugno 2004, n. 185, in *Giur. cost.*, 2004, 5, 3278 ss.

[52] Pronunzia commentata da G. Botto, *Tutelare il valore culturale immateriale: il vincolo di destinazione d'uso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 517 ss., secondo cui quanto affermato dall'Adunanza Plenaria "*pone le basi per una notevole valorizzazione della disciplina vivente in chiave evolutiva, affermando la possibilità di implementare i principi maturati a livello internazionale e sovranazionale tramite un'interpretazione della disciplina nazionale alla loro luce*".

[53] Cons. Stato, Ad. Plen., 13 febbraio 2023, n. 5, in *Foro amm.*, 2023, 2, II, 162 ss.

[54] In tema v., ad esempio, G.P. Cirillo, *Il diritto al borgo come una delle declinazioni del diritto alla bellezza e come luogo "dell'altrove"*, in *Giustiziainsieme*, 30 marzo 2023; P. Carpentieri, *Valore culturale dei centri storici "vs." concorrenza e mercato*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 425 ss.; A. Sau, *La rivitalizzazione dei centri storici tra disciplina del paesaggio, tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Le Regioni*, 2016, 955 ss.; C. Videtta, *I "centri storici" nella riforma del Codice dei beni culturali*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 47 ss.

[55] Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 2019, n. 1933, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

sa dal bene alla sua destinazione quando la rilevanza storico, artistica e culturale del bene sia anche la conseguenza dello svolgimento di una determinata attività.

Si tratta di resupposti totalmente differenti dalla sentenza di primo grado del T.A.R. Lazio, secondo cui sarebbe impossibile, sulla base delle previsioni del Codice, vincolare il bene, al fine di consentire la prosecuzione dell'attività, impedendo qualunque uso alternativo della cosa stessa: una tale scelta risulterebbe insostenibile in quanto irragionevole e sproporzionata.

Ciò sulla base di un consolidato ma oramai risalente orientamento della giurisprudenza amministrativa, anche dello stesso Consiglio di Stato, secondo cui non sarebbero possibili, in ossequio alle norme previste nel nostro ordinamento, vincoli culturali di mera destinazione, specialmente per attività di natura commerciale o imprenditoriale[56].

La sentenza del Consiglio di Stato che si commenta, però, in conformità ai principi espressi dall'Adunanza Plenaria, è di tutt'altro avviso, superando un orientamento che, occorre ricordarlo, si era originariamente formato sulla legge Bottai del 1939 ove la nozione di bene culturale assunta come parametro di riferimento non teneva in considerazione l'ampliamento della stessa dovuta alle Convenzioni internazionali[57].

Difatti, secondo la Sesta Sezione del Consiglio di Stato, il giudice di prime cure ha errato nel ritenere che il provvedimento impugnato in primo grado, nell'imporre un vincolo di destinazione d'uso, fosse privo di base legale, atteso che quest'ultima è da rinvenire in una lettura sistematica del Codice dei beni culturali e, segnatamente, nel combinato disposto degli artt. 7-*bis* e 20, per cui le espressioni di identità culturale collettiva debbono essere tutelate e, più in generale, i beni culturali non possono essere adibiti ad usi incompatibili con il loro carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione[58].

Questo vincolo non si appunta sull'attività commerciale e imprenditoriale in sé considerata ma su come la stessa è esercitata in relazione ai beni che ne sono testimonianza materiale.

Ne discende che esso non si sostanzia nell'obbligo di esercizio o prosecuzione dell'attività né nell'attribuzione di una "riserva di attività" in favore di un determinato gestore (l'attuale, o diverso) ma vale, piuttosto, a precludere, in negativo, ogni uso incompatibile con la conservazione materiale della *res* (intesa nel suo complesso, come locali e arredi) nonché ad imporre, specularmente, in positivo, la continuità del suo uso attuale, cui la cosa è stata storicamente adibita (*id est*, nel caso di specie, lo svolgimento di un'attività di ristorazione aperta al pubblico con caratteristiche tradizionali della cucina italiana).

Un bene culturale non può essere adibito ad un uso piuttosto che all'altro indifferentemente: il vincolo di destinazione esiste nel senso che l'uso deve essere compatibile con la natura di testimonianza storica, arti-

[56] Ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 12 luglio 2011, n. 4198, in *Foro amm. CdS*, 2011, 2511 ss.; Cons. Stato, Sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2009, in *Foro amm. CdS*, 1515 ss.

[57] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 16 settembre 1998, n. 1266, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1346 ss.

[58] Anche Cass. pen., Sez. III, 29 settembre 2011, n. 42065, in *Dir. & Giust.*, 2011 ha ricordato che gli interventi che incidono sulla conservazione e l'integrità del bene storico sono possibili e, dunque, autorizzabili, esclusivamente qualora essi mirino a valorizzare o meglio utilizzare il bene protetto, anche mediante modifiche d'uso che ne salvaguardino, pur in una prospettiva di adeguamento al mutare delle esigenze, la natura e il valore.

stica di una determinata civiltà[59]. Qualsiasi attività incompatibile sarebbe contraria agli stessi dettami dell'art. 9 della Costituzione per cui la Repubblica tutela e "*promuove lo sviluppo della cultura*"[60].

In questo caso, l'espressione di identità culturale collettiva deve essere individuata nelle modalità con cui la cultura ed il costume italiano (e romano) di un certo periodo storico, coincidente con la c.d. "Dolce Vita", sono rappresentati a livello nazionale ed internazionale ed il "Vero Alfredo" ne è una delle rappresentazioni più significative.

Ciò giustifica l'apposizione su di esso, a differenza degli altri locali tradizionali del centro storico di Roma, in aggiunta a quelli esistenti sui singoli beni che lo compongono, di un vincolo di destinazione d'uso, proprio perché, anche ad esito di un'indagine tecnico-scientifica di carattere demo-etnoantropologico, esso è divenuto, al di là dell'intrinseco valore artistico e culturale della sua struttura e degli arredi e opere artistiche *ivi* contenute, a partire dagli anni '50 del secolo scorso, luogo di convivialità e incontro tra personalità di spicco italiane e straniere.

4. Osservazioni conclusive.

Principio fondante del nostro ordinamento, ribadito anche dal Codice, è quello per cui la Repubblica tutela e valorizza il patrimonio culturale.

Questo, primariamente, è costituito da tutti quei beni mobili ed immobili che "*presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà*".

Il legame con la *res*, nel senso proprio del termine, è imprescindibile.

Ma l'ordinamento, così come chiarito dall'art. 7-*bis* del Codice, tutela, e non potrebbe che essere così, anche le espressioni di identità culturale collettiva, testimonianze quindi di una determinata civiltà, contemplate dalle Convenzioni UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali, adottate a Parigi, rispettivamente, il 3 novembre 2003 ed il 20 ottobre 2005[61].

Questo, aggiunge la medesima norma del Codice, laddove le espressioni di identità culturale siano rappresentate, nell'ottica di corporalità del bene, da testimonianze materiali e sussista un interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico.

Ora, è noto, perché lo si evince dalla Relazione illustrativa al Codice, che nell'art. 7-*bis* la *ratio* della previsione che prescrive la condizione della "materialità" dell'oggetto da tutelare è quella "*di evitare interpretazioni fuorvianti sia degli obblighi assunti in via pattizia con altri Stati, sia, e per converso, dei confini fra la tradizionale tutela relativa alle "cose" di interesse storico ed artistico e la salvaguardia afferente a manifestazioni e valori della cultura immateriale*".

[59] In tema cfr. altresì P. Marzaro, *Vincolo culturale di destinazione d'uso: il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni della p.a. e il rischio dell'"effetto paradosso"*, in *Aedon*, 2023.

[60] Si rinvia anzitutto a M.S. Giannini, *Sull'articolo 9 Cost. (la promozione culturale)*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991, 435 ss.

[61] Su questa cfr. G. Poggeschi, *La "Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità e delle espressioni culturali" dell'Unesco entra a far parte del corpus legislativo italiano. Una novità nel panorama degli strumenti giuridici internazionali?*, in *Aedon*, n. 2/2007.

È evidente, di conseguenza, che le attività tradizionali, che costituiscono espressioni di identità culturale collettiva, possono essere tutelate come "beni" di interesse culturale a condizione che si traducano in un'entità materiale e che queste abbiano un valore sotto il profilo di quell'interesse storico, artistico, archeologico, etnologico o, per lo meno "testimoniale" contemplato dall'art. 10 del Codice[62].

Non è, dunque, l'attività a poter essere tutelata in via diretta.

Ma essa, quale testimonianza di uno specifico costume che si è formato e consolidato in una società nel corso degli anni, può essere soggetta ad un vincolo di destinazione d'uso qualora sia necessario preservare il bene cui inerisce e che ne rappresenta la testimonianza materiale.

Qui abbiamo la vera novità della pronunzia che si commenta e che costituisce la prima vera, significativa applicazione dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 5 del 2023.

Si supera l'orientamento invalso secondo cui sarebbe stato illegittimo il provvedimento di dichiarazione di interesse culturale di un immobile che, in assenza degli stringenti presupposti di legge e in violazione dei principi di proporzionalità[63] e ragionevolezza, avesse preteso di imporre il vincolo di destinazione d'uso all'attività svolta nel locale[64], data l'impossibile adattabilità di questo vincolo alla tutela funzionale di attività imprenditoriali in determinati immobili.

La pronunzia del Consiglio di Stato in commento, al di là delle peculiarità del caso di specie, merita di essere condivisa in quanto, pur rimanendo delineata l'alterità formale tra bene ed attività culturale, si orienta nel senso che quest'ultima, seppur in via indiretta, debba trovare una forma di tutela, sempreché dal raffronto tra l'interesse espresso dal vincolo e le esigenze di garantire nella realtà economica la sopravvivenza stessa dalla *res* cui l'attività è collegata emergano caratteristiche degne di conservazione e di tutela per l'ordinamento giuridico[65].

Certo, data l'impostazione formale del Codice e la sua non perfetta coincidenza con le Convenzioni internazionali in materia di patrimonio culturale immateriale, sarebbe auspicabile uno specifico intervento di riforma del legislatore[66], ricordando d'altronde che la sede per l'introduzione di questi strumenti normativi di tutela avrebbe già dovuto essere quella del Codice delle attività culturali, che, secondo il disegno

[62] L. Casini, *"Giochi senza frontiere?": giurisprudenza amministrativa e patrimonio culturale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 914 ss., sottolineando il ruolo di "custode" del giudice amministrativo in materia di beni culturali, osserva come questo "*ha spesso avallato e condiviso alcune scelte coraggiose dell'amministrazione, specialmente quando si è trattato di applicare in modo estensivo la disciplina di tutela anche ad attività o comunque a situazioni di confine: si pensi alle pronunce in materia di locali storici o sulla tutela del decoro*".

[63] Su questo principio si rinvia a L. Lamberti, F.G. Scoca, *Valutazioni tecniche, tutela del patrimonio culturale e principio di proporzionalità*, in *Federalismi*, fasc. n. 22-2023, 224 ss.

[64] Così, ad esempio, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 19 maggio 2021, n. 5864, in *Riv. giur. edil.*, 2021, 4, I, 1355 ss. *Contra*, però, in senso quasi anticipatorio Cons. Stato, Sez. VI, n. 4147/2005, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con riferimento al caso della Chincagliera La Coroncina, che ha ritenuto legittimo il provvedimento di vincolo impugnato in quanto con esso "*non si è provveduto a tutelare l'attività commerciale, determinandone l'inamovibilità, ma si è disposto l'assoggettamento alla disciplina di cui alla l. n. 1089 del 1939 dei locali in cui l'attività stessa è situata. Ciò non comporta l'immodificabilità dell'esercizio commerciale ma impone l'esercizio d'attività compatibili con le caratteristiche storiche ed architettoniche dell'immobile*".

[65] In questo senso si esprimeva già Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2015, n. 1003, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 3, I, 446 ss.

[66] Il problema era già stato evidenziato da A.L. Tarasco, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più solo) italiana*, in *Foro amm. CdS*, 2008, 2261 ss.

dell'originaria legge di delega del 2002, si sarebbe dovuto accompagnare alla codificazione della disciplina sui beni culturali.

Sono oramai trascorsi più di vent'anni e così non è ancora stato, ma l'intervento chiarificatore, che potremmo definire di interpretazione estensiva in conformità all'art. 9 della Costituzione, del Consiglio di Stato è un primo passo importante, da implementare seguendo però una nozione corretta di patrimonio culturale ove si possa accertare sempre una testimonianza avente valore di civiltà, anche sotto forma di una "espressione di identità culturale collettiva".

MICHELE RICCIARDO CALDERARO

V.
Ambiente

1. Riflessioni a proposito della valutazione ambientale strategica: autorità coinvolte e autonoma impugnabilità della determinazione di assoggettamento a V.A.S. (Nota a T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 12 gennaio 2024, n. 52)

Sommario: 1. Il caso di specie. – **2.** La complessità dell'istituto anche alla luce della normativa vigente. – **2.1.** La V.A.S. nelle intenzioni del legislatore eurounitario. – **2.2.** La frammentarietà della disciplina sul piano interno e ricadute sul piano pratico. – **3.** Autorità procedente e competente e problematicità legate ai diversi livelli di competenza. – **4.** L'aspetto problematico circa la natura stessa della V.A.S. – **5.** Impugnabilità della determinazione di assoggettamento a V.A.S. e ulteriori profili processuali. – **6.** Osservazioni conclusive.

1. Il caso di specie.

La pronuncia presa in esame concerne l'istituto della valutazione ambientale strategica e, nello specifico, l'aspetto di ordine processuale dell'autonoma impugnabilità della determinazione di assoggettamento a V.A.S. in relazione ad una variante al piano delle regole emessa, nella fattispecie concreta in questione, dalla Autorità Procedente, anziché da quella Competente.

La sentenza riguarda nello specifico una variante al PGT avviata nell'ambito di una procedura di SUAP finalizzata al cambio di destinazione d'uso di un'area, da residenziale ad artigianale, determinante la modifica al Piano delle Regole e, pertanto, sottoposta a screening di valutazione ambientale strategica.

In dettaglio, la società ricorrente, ditta operante nella attività di stampaggio metallico, proponeva al Comune resistente nel giudizio in questione una variante al P.G.T., ai sensi e per gli effetti dell'art. 8 del d.P.R. n. 160/2010 e dell'art. 97 della l.r. n. 12/2005, concernente l'ampliamento di un opificio produttivo esistente, mediante la costruzione di un fabbricato artigianale da adibirsi ad uso magazzino, su area sita a margine di una via del Comune interessato avente destinazione residenziale, contigua e limitrofa al predetto opificio esistente.

Con delibera di Giunta n. 42 del 14 marzo 2017, il Comune esprimeva il proprio atto d'indirizzo favorevole rispetto all'avvio del procedimento istruttorio relativo alla

variante allo strumento urbanistico e individuava nella fattispecie quale Autorità Procedente il Responsabile SUAP e quale Autorità Competente altro soggetto.

Mediante delibera n. 61 del 28 marzo 2017, di poco successiva, il Comune approvava l'avvio del procedimento di variante al Piano delle Regole attraverso la procedura di SUAP, nonché l'avvio del procedimento di assoggettabilità a V.A.S.

Ebbene, nel giugno 2017, l'Autorità Procedente adottava le determinazioni conclusive della conferenza indicando come si ritenesse doveroso sottoporre la proposta in oggetto alla procedura di V.A.S.; tale provvedimento veniva di seguito approvato, sempre dalla medesima Autorità Procedente, mediante specifica determina di assoggettabilità n. 292 del 27 luglio 2017.

Proprio avverso tale atto insorgeva pertanto la ricorrente, deducendone l'illegittimità per incompetenza, violazione della normativa di settore ed eccesso di potere sotto svariati profili. La società ricorrente impugnava l'atto predetto chiedendone l'annullamento, oltre alla condanna del Comune al risarcimento del danno, da liquidarsi in via equitativa.

L'ente locale, costituitosi in giudizio, eccepiva, in rito, l'inammissibilità della domanda di annullamento per carenza d'interesse, in particolare sulla base dell'argomentazione della natura endoprocedimentale della determina di assoggettabilità a V.A.S., rilevando altresì l'improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse, in particolare, in considerazione del nuovo quadro normativo in materia introdotto dalla l. n. 108 del 29 luglio 2021, oltre che dalla l. n. 233 del 29 dicembre 2021.

Tale ultimo profilo, nello specifico, è ritenuto infondato dal giudice adito, il quale considera non condivisibile l'eccepita sopravvenuta carenza d'interesse per mutamento del quadro normativo, in applicazione del noto principio *tempus regit actum*.

Del pari, ritiene il collegio giudicante infondata l'ulteriore eccezione d'inammissibilità per carenza d'interesse sollevata dal Comune, per come si avrà modo di esporre in maniera più dettagliata oltre (cfr. § 5).

Con specifico riguardo all'aspetto processuale della autonoma lesività e, dunque, conseguente possibile immediata impugnabilità degli atti conclusivi della stessa procedura di valutazione di impatto ambientale e di screening, in particolare, il giudice ritiene condivisibile e, pertanto, richiama sul punto, l'orientamento già espresso dal medesimo Consiglio di Stato in materia di assoggettabilità a V.I.A., giudicato applicabile, in ragione dell'*eadem ratio,* anche al caso concreto in esame concernente come esposto una fattispecie di assoggettabilità a V.A.S.[1]

2. La complessità dell'istituto anche alla luce della normativa vigente.

2.1. La VAS nelle intenzioni del legislatore eurounitario.

Come noto, la valutazione ambientale (V.A.S.) trova il suo fondamento nella Direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 giugno 2001 e ha la finalità di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente innestandone la tutela anche nell'ambito del procedimento

[1] Tra le pronunce più recenti sul tema si v., in partic., TAR Veneto, sez. II, 22 maggio 2023, n. 680.

di adozione e di approvazione di piani e programmi idonei ad impattare significativamente sullo stesso, con lo scopo della promozione di uno sviluppo sostenibile[2].

La V.A.S., peraltro, condivide con altri strumenti di valutazione, quale soprattutto la valutazione di impatto ambientale (V.I.A.) su singoli progetti, l'ispirazione al rispetto del principio di precauzione, in una prospettiva di sviluppo durevole e sostenibile dell'uso del suolo, in maniera tale da costituire un unico sistema che vuole l'intero ciclo della decisione teleologicamente orientato alle predette esigenze di tutela[3].

Peraltro, sebbene la locuzione di cui trattasi sia stata per la prima volta individuata proprio in ambito comunitario, si ravvisavano tuttavia, sia a livello internazionale, sia in taluni Stati, istituti simili già prima della introduzione della V.A.S. medesima[4].

In ambito eurounitario, la scelta del legislatore si è collocata inizialmente nel senso della individuazione di una disciplina unicamente rivolta alla valutazione dei "progetti", dunque con specifico riguardo alla V.I.A. e, solo in un secondo momento, con riferimento anche a "piani e programmi", con la conseguente previsione di una disciplina differenziata per la V.A.S. rispetto a quella già disposta per la V.I.A.

In tal senso, pare che la Commissione europea, al fine di giustificare tale scelta di ordine legislativo, abbia posto in evidenza come i progetti possano potenzialmente produrre un impatto distorsivo sulla concorrenza maggiore rispetto a quello determinato da piani e programmi.

A ciò si aggiunga che, neppure in sede di modifica della disciplina in materia, condotta per mezzo della direttiva n. 2011/92/UE, si sia optato a livello europeo per una scelta di accorpamento sul piano normativo delle due predette discipline.

Di conseguenza, a livello interno, la dottrina ha posto in evidenza in senso pressochè unanime il merito della specifica disciplina dettata sul piano nazionale in materia di valutazione ambientale strategica: la stessa cioè sarebbe stata in grado di sopperire alle carenze proprie della procedura di valutazione di impatto ambientale, integrando i medesimi interessi ambientali all'interno del procedimento pianificatorio sin dalla fase iniziale e, dunque, non a valle del procedimento, laddove le opzioni percorribili che residuano si riducono alla possibilità di dare assenso ovvero manifestare dissenso rispetto alla realizzazione di un progetto[5].

Mediante, l'esperimento della V.A.S., in altri termini, sarebbe possibile conoscere gli esiti della valutazione circa gli effetti di piani e programmi sul piano ambientale in una fase iniziale, considerando il procedimento pianificatorio in ottica complessiva, con conseguenti ricadute pratiche positive

[2] Sulla tematica si v. G.F. Ferrari, *Valutazione ambientale strategica e di impatto ambientale*, in S. Nespor, L. Ramacci (a cura di), *Codice dell'ambiente: profili generali e penali*, Milano, 2022, 2689 ss.; si v. altresì G. Delle Cave, *La Valutazione Ambientale Strategica: ratio, caratteristiche e peculiarità* (nota a Consiglio di Stato, Sez. II, 01 settembre 2021, n. 6152), in questa rivista; B. Giuliani, *Valutazione ambientale strategica, valutazione di impatto ambientale e autorizzazione integrata ambientale*, in M. Allena-A. Bartolini-P. Chirulli (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, vol. II, Torino, 2018, 1067 ss.; R. Greco, *VIA, VAS e AIA: queste sconosciute*, in *www.giustizia-amministrativa.it,* 2010.

[3] V. sull'argomento Cons. Stato, sez. II, 1° settembre 2021, n. 6152.

[4] Così, a titolo esemplificativo, in Inghilterra o in Olanda. Si v. peraltro in argomento M. D'Orsogna – L. De Gregoriis, *La valutazione ambientale strategica*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da P. Dell'Anno – E. Picozza, vol. II, *Discipline ambientali di settore*, Padova, 2013, 561 ss.

[5] Cfr. in particolare, E. Boscolo, *La valutazione degli effetti sull'ambiente di piani e programmi: dalla VIA alla VAS*, in *Urb. e app.*, 2002, 10, 1121 ss. e M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007.

per gli stessi operatori abilitati a consultare il piano regolatore di un Comune e a conoscere in una fase preliminare in quali aree potrebbe essere consentito collocare un impianto avente potenziali effetti dannosi per l'ambient[6].

2.2. La frammentarietà della disciplina sul piano interno e ricadute sul piano pratico.

Nell'ordinamento interno si è registrato anzitutto un notevole ritardo nel recepimento della menzionata direttiva in materia di valutazione ambientale di piani e programmi, in conseguenza del quale, come noto, si sono aperte due procedure di infrazione ad opera della Commissione europea nei confronti del nostro Paese.

Di seguito, la relativa disciplina è stata inserita nell'ambito del Codice dell'ambiente del 2006, con una successiva riscrittura della medesima per mezzo del d.lgs. n.4/2008 e, a seguire, del d.lgs. n. 128/2010. Da ultimo, si registra l'ulteriore modifica del Codice in questione ad opera del d.lgs. n. 104/2017, in attuazione della direttiva 2014/52/UE, dalla quale emerge un insieme di previsioni evidentemente complesso e articolato circa la valutazione in oggetto.

Ciò in ragione dei diversi livelli normativi che vengono in rilievo e, altresì, alla luce della presenza di diverse autorità coinvolte, con attribuzione di specifici compiti, secondo un riparto di competenze multiforme sul fronte prescrittivo: si contano in materia stratificate fonti, sovranazionali, nazionali e regionali, ma anche eterogenee fonti di rango primario e secondario, cui si affiancano in aggiunta strumenti di *soft law.*

A ciò si somma poi un ulteriore elemento di complessità, derivante dalla evidente difformità tra le singole discipline regionali sul tema, con discrepanze anche e soprattutto rispetto all'approccio nell'attribuzione delle competenze alle autorità coinvolte sul piano normativo, ma anche nel riscontro fattuale e sul piano della prassi.

Nell'ambito di tale frammentario quadro sul piano normativo interno, rispetto alle diverse legislazioni regionali si rinvengono punti comuni anche su aspetti qualificanti, bensì anche peculiarità significative della singola legislazione regionale: così talune Regioni hanno emanato normative organiche in tema di V.A.S.; altre, nell'ambito delle legislazioni di loro competenza, hanno puntualmente disciplinato le proprie competenze e quelle degli enti locali, così come i criteri al fine della individuazione degli enti locali territoriali interessati ed i soggetti competenti nella materia ambientale, ovvero ancora eventuali ulteriori modalità, rispetto a quelle indicate nel Codice, per l'individuazione di piani e programmi da sottoporre a V.A.S.

In particolare, come accennato, in talune realtà regionali si è in presenza di una normativa, di rango primario e secondario, oltre che di ulteriori numerosi provvedimenti quali delibere regionali sulla materia[7].

[6] Sull'argomento si v. tra gli altri, L. Ugolini, F. Vanetti, *La sottoposizione a Valutazione ambientale strategica (V.A.S.) degli strumenti di pianificazione urbanistica ed il coordinamento con la Valutazione di impatto ambientale (V.I.A.).* Nota a sentenza: CGUE, sez. II, 7 giugno 2018, causa C-671/16; CGUE, sez. II, 7 giugno 2018, causa C-160/17, in *RGA*, 3, 2018, 529-534; A. Cassatella, *Discrezionalità amministrativa e valutazione ambientale strategica*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1, 2016, 164-195; S. Amorosino, *La Valutazione Ambientale Strategica dei piani territoriali ed urbanistici e il silenzio assenso di cui al nuovo art. 17 bis L. n. 241/1990,* in *Urb e app.*, 12, 2015, 1245-1251.

[7] È il caso di Regione Lombardia ove, in relazione alla V.A.S., rilevano la l. r. 12/2005, bensì anche, tra le altre, le DGR

Il medesimo art. 7 del d.lgs. 152/2006, infatti, dispone che la V.A.S. risulta assoggettata alla normativa dettata in sede statale rispetto a piani e programmi la cui approvazione compete ad organi dello Stato, mentre deve conformarsi alle disposizioni delle leggi regionali nell'ipotesi di piani e programmi la cui approvazione sia di competenza delle Regioni (o delle Province autonome) o degli enti locali.

In questo senso, difatti, la tutela ambiente rientra, ai sensi dell'art. 117, comma 2 lett. s), nell'ambito delle competenze esclusive statali, sebbene residui un margine di intervento facente capo alle singole Regioni, abilitate ad intensificare la tutela apprestata dalla legge statale (e non evidentemente a ridimensionarla) pur nel rispetto della c.d. "teoria del punto di equilibrio", a condizione cioè che la disciplina locale più restrittiva non risulti lesiva di altri interessi ritenuti parimenti meritevoli di protezione.

In aggiunta, si consideri il disposto dell'art. 3-*quinquies*, comma 2, del d.lgs. 152/2006 il quale precisa che "*le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano possono adottare forme di tutela giuridica dell'ambiente più restrittive, qualora lo richiedano situazioni particolari del loro territorio, purché ciò non comporti un'arbitraria discriminazione, anche attraverso ingiustificati aggravi procedimentali*"[8].

3. Autorità procedente e competente e problematicità legate ai diversi livelli di competenza.

Ecco che, proprio rispetto a tale ultimo profilo, con riguardo alla fattispecie in esame i giudici ritengono nella sentenza in commento dirimente e, dunque, dotata di carattere assorbente, la specifica censura relativa alla incompetenza dell'autorità che nel caso di specie ha assunto la decisione e dunque, conseguentemente, ha emesso concretamente la determinazione di assoggettamento a VAS della variante al piano delle regole.

Proprio in ragione di tale difformità rispetto al dettato normativo sul punto i giudici ritengono nel caso in esame che la do-

n.6420/2007, n.761/2010; n. 3836/2012; n.6707/2017 e n. 2667/2019. Sul sistema lombardo cfr. in partic. P. Brambilla, *L'autorità procedente non è competente. Ma l'autorità competente lo è?*, in *RGA online*, 51, 2024, ove si chiarisce come le modalità organizzative della VAS nella Regione Lombardia siano rette da criteri e indirizzi di *soft law* e specialmente la DCR 351/2007 e la DGR 10971/2009, le quali dispongono che entrambe le Autorità, competente e procedente, siano collocate nella stessa amministrazione, con conseguente pretermissione della prerogativa della separazione. Ne consegue che nel modello lombardo è la stessa amministrazione che valuta e decide, sovente mediante figure appartenenti a uffici diversi, ma con il coinvolgimento diretto anche di sindaci o segretari comunali, specialmente ove siano interessati piccoli comuni, così come previsto nell'ambito della DGR 13071/2010.

[8] Lo stesso giudice costituzionale si è pronunciato in numerose ipotesi sul tema. Si v., tra le altre: Corte cost. 29 marzo 2013, n. 58, pronunciatasi a proposito della legge della Regione Veneto, secondo la quale "*è consentito alla legge regionale incrementare gli* standard *di tutela dell'ambiente, quando essa costituisce esercizio di una competenza legislativa della Regione e non compromette un punto di equilibrio tra esigenze contrapposte espressamente individuato dalla norma dello Stato*"; Corte cost. 1° dicembre 2006, n. 398, ove, nel dichiarare legittima una legge Regione Friuli Venezia Giulia, si è precisato che "*la valutazione ambientale strategica, disciplinata dalla direttiva 2001/42/CE, attiene alla materia 'tutela dell'ambiente'. Da tale constatazione non deriva tuttavia la conseguenza che ogni competenza regionale sia esclusa";* Corte cost. 17 giugno 2010, n. 221, sempre su una l. Regione Friuli Venezia Giulia, che invece ha ritenuto non lesiva della potestà legislativa statale esclusiva in materia di tutela dell'ambiente la previsione, nella legislazione regionale, di termini procedimentali ridotti.

manda di annullamento sia fondata e vada pertanto accolta[9].

In particolare, nel caso di specie tale decisione veniva assunta dall'Autorità procedente, anziché da quella competente, come previsto sul piano normativo e specialmente dall'art. 4, comma 3-*quater*, della l.r. n. 12/2005. Peraltro, si rileva nella pronuncia come tale circostanza emerga *ex actis* e non sia stata contestata.

Sul punto si esprimeva peraltro il Comune resistente deducendo come la suddetta determina, seppur adottata dall'Autorità procedente sarebbe stata tuttavia di seguito ratificata, *ex tunc,* ad opera dall'Autorità competente, in ragione del fatto che la stessa vi avrebbe dato seguito senza alcuna contestazione.

Il giudice amministrativo interpellato nel caso *de quo* rileva nondimeno in merito come l'atto amministrativo di ratifica implicante la sanatoria del vizio di incompetenza relativa postuli specifici presupposti individuati in sede normativa, dei quali tuttavia non si ravvisa traccia nell'ambito del provvedimento in questione.

Si tratterebbe, in particolare, dei seguenti elementi: la necessità di esternazione delle "ragioni di interesse pubblico" giustificatrici del potere di sostituzione, intesa a far percepire se, nell'emendare il vizio di incompetenza dell'organo privo di legittimazione, l'organo a legittimazione naturale all'adozione dell'atto l'abbia ratificato sotto la spinta di effettive esigenze a valenza pubblicistica; la menzione dell'atto da convalidare; l'indicazione del vizio che lo inficia; una chiara manifestazione della volontà di eliminare il vizio (c.d. *animus convalidandi*) e, da ultimo, la produzione degli stessi effetti che l'atto oggetto di convalida intendeva produrre.

Ebbene, la pronuncia in esame offre certamente spunti di riflessione a proposito di tale aspetto, ossia circa il riparto di competenze tra Autorità procedente e competente nell'ambito di una procedura di V.A.S., così come espresso nella normativa statale sull'istituto, oltre che più nel dettaglio nell'ambito della normativa regionale.

Peraltro, proprio a proposito di tale questione, nella presente sede, si impone necessariamente una attenta riflessione in chiave critica, la quale pare di maggiore interesse laddove si interseca con l'ulteriore profilo della natura stessa della V.A.S., così come emerge dal dato normativo, bensì anche come delineata nel tempo dalla prevalente dottrina e giurisprudenza[10].

Sul piano strettamente normativo occorre rilevare come l'art. 5 del d.lgs. 152/2006, recante Codice dell'Ambiente, operi un preciso riferimento all'Autorità procedente e all'Autorità competente, senza imporre, tuttavia, un principio di necessaria separazione tra le stesse.

Del resto, come posto in luce dallo stesso giudice amministrativo, la ricostruzione volta a sostenere a livello interpretativo il suddetto principio di separazione parrebbe basato sull'implicita convinzione che la V.A.S. rappresenti un momento di controllo sull'attività di pianificazione, posto che invece occorrerebbe intenderla come incentrata su di un rapporto di "collaborazione" tra le due autorità in vista del comune

[9] Sempre a proposito delle competenze nell'ambito della procedura "dinamica" di valutazione ambientale strategica si v. una recente pronuncia a proposito del caso del piano di gestione dei rifiuti di Roma: Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2024, n. 1349.

[10] V. sul tema E. Boscolo, *La valutazione ambientale strategica di piani e programmi*, in *RGE*, 1, 2008, 3-17.

obiettivo dell'elaborazione di un piano o programma attento ai valori della tutela e sostenibilità ambientale, seppur in un contesto dialettico, essendo le predette autorità in questione deputate alla tutela di interessi diversi[11].

Rispetto al riparto di competenze in caso di V.A.S. di rilievo locale, in particolare, si è approdati ad un complesso e articolato quadro sul piano normativo, il quale vede la coesistenza di una legislazione regionale, primaria e secondaria, caratterizzata da una pluralità di approcci, soprattutto con riferimento alle modalità procedimentali, tanto che risulta concretamente impraticabile una sintesi e comparazione tra le diverse discipline regionali.

In linea generale, tuttavia, emerge il dato comune e diffuso per cui le Regioni abbiano per lo più delegato sul punto gli altri Enti territoriali, sicché si assiste sovente ad una sovrapposizione tra l'Autorità proponente e l'Autorità competente quali articolazioni distinte della stessa Amministrazione.

In merito occorre ribadire come tale dato non si ponga però in contrasto con la disciplina eurounitaria, ai fini del rispetto della quale non rilevano i meccanismi concretamente impiegati dagli Stati membri, bensì unicamente "*che essi siano idonei ad assicurare il risultato voluto di garantire l'integrazione delle considerazioni ambientali nella fase di elaborazione, predisposizione e adozione di un piano o programma destinato a incidere sul territorio*. Sicché "*per nulla illegittima, e anzi quasi fisiologica, è l'evenienza che l'autorità competente alla V.A.S. sia identificata in un organo o ufficio interno alla stessa autorità procedente*"[12].

Sul piano europeo, in dettaglio, l'art. 6, 3 della direttiva 2001/42 non imporrebbe in altri termini che sia creata o designata un'altra Autorità consultiva in ragione di tale disposizione, "*purché, in seno all'autorità normalmente incaricata di procedere alla consultazione in materia ambientale e designata a tal fine, sia organizzata una separazione funzionale in modo tale che un'entità amministrativa, interna a tale autorità, disponga di un'autonomia reale, la quale implichi, segnatamente, che essa abbia a disposizione mezzi amministrativi e risorse umane propri, sia in tal modo in grado di svolgere i compiti attribuiti alle autorità consultive ai sensi di tale art. 6, n. 3, e, in particolare, di fornire in modo oggettivo il proprio parere sul piano o programma previsto dall'autorità dalla quale essa promana*"[13].

Tale specifico aspetto, tuttavia, parrebbe oggi recepito nell'ordinamento interno sul piano normativo unicamente con riferimento alla valutazione di impatto ambientale, ai sensi dell'art. 7-*bis*, comma 6 del Codice dell'ambiente.

In dettaglio, così come emerge dal Rapporto del 2017 redatto dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare sullo stato di attuazione dei procedimenti di V.A.S., le Regioni avrebbero perlopiù delegato le funzioni di "Autorità competente" a province, città metropolitane e comuni, in quanto preposti alle scelte urbanistiche

[11] Cfr. Cons. Stato, sez. II, 1° settembre 2021, n. 6152.

[12] Si v. in partic. in questo senso Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 133. Tra le pronunce più recenti a proposito della non indispensabile separazione tra le due autorità in oggetto si v. TAR Lombardia, Milano, sez. II, 14 gennaio 2016, n. 81 e Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2023, n. 7130.

[13] Così Cons. Stato, sez. IV, 1° settembre 2015, n. 4081, ove si richiama CGUE, 20 ottobre 2011, C-474/10, *Department of the Environment for Northern Ireland* c. *Seaport (NI) Ltd e al.*

nell'ambito del proprio territorio di riferimento.

Posto tuttavia che tale delega non può non risolversi – al pari del resto di quanto avviene con riferimento alla tutela del vincolo paesaggistico – nella concentrazione delle attività istruttorie e di quelle valutative nel medesimo contesto organizzativo, si imporrebbe poi in capo alle Regioni un ruolo di garanzia circa la reale separazione e autonomia di giudizio tra le articolazioni interne indicate come competenti in concreto.

Nel medesimo Rapporto ministeriale, si pone in evidenza del pari come la frammentazione dei procedimenti derivata da tali deleghe abbia prodotto concretamente un onere aggiuntivo per le Regioni, chiamate a monitorare i procedimenti attivati sul territorio, garantendo la necessaria unitarietà della *governance*[14].

Nel solco dell'orientamento giurisprudenziale predominante, il Consiglio di Stato, a proposito del riparto di competenze, pertanto, come anticipato, è giunto ad affermare che dalle definizioni oggi contenute nell'art. 5, d.lgs. n. 152 del 2006 di "Autorità competente" e "Autorità procedente" risulta chiaro solo che entrambe siano "*amministrazioni*", non che le stesse debbano essere diverse o separate (e che, pertanto, sia precluso individuare l'autorità competente in un diverso organo o articolazione della stessa amministrazione procedente)[15].

4. L'aspetto problematico circa la natura stessa della V.A.S.

Un'ulteriore questione connessa a quella appena trattata riferita al problematico riparto di competenze nell'ambito della procedura di V.A.S. riguarda pertanto la natura stessa della V.A.S. quale fase interna nell'ambito del procedimento pianificatorio ovvero, secondo altra interpretazione affermatasi, quale procedimento a sé stante e dotato di una sua autonomia, un sub-procedimento autonomo cioè rispetto alla più generale procedura di pianificazione.

Alla luce dello stesso dettato di cui all'art. 11 del Codice dell'Ambiente, parrebbe maggiormente sostenibile quell'opzione ermeneutica che concepisce la V.A.S. non quale procedimento o subprocedimento autonomo rispetto alla procedura di pianificazione, bensì come un passaggio endoprocedimentale di esso[16].

Tale ricostruzione ermeneutica, inoltre, fa capo a talune specifiche pronunce del Consiglio di Stato nell'ambito delle quali si è sostenuta la tesi della valenza meramente endoprocedimentale della V.A.S., la quale si concretizzerebbe in un passaggio interno al procedimento e finalizzato alla espressione di un parere di verifica circa la sostenibilità ambientale della medesima pianificazione[17].

Secondo tale orientamento, peraltro, si ravviserebbe un'argomentazione a sostegno della tesi *de qua* proprio nel dato della sostanziale identità funzionale tra Autorità

[14] V. Cons. Stato, sez. II, 1° settembre 2021, n. 6152.
[15] *Ibidem*.
[16] V. in argomento F. Vanetti – E. Serra, *Valutazione ambientale strategica e limiti del sindacato giurisdizionale*, in *RGA online*, n. 50, febbraio 2024.
[17] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 133; si v, inoltre, TAR Abruzzo, Pescara, 9 febbraio 2012, n. 51.

procedente e Autorità competente (così come espresso nel paragrafo precedente).

In altri termini, dal dettato normativo sull'argomento non emergerebbe che la valutazione ambientale strategica sia attribuita ad un'amministrazione diversa rispetto a quella competente rispetto all'adozione del piano.

Di contro, i sostenitori della tesi della autonomia della V.A.S. fondano invece tale assunto sull'argomentazione della distinzione tra Autorità procedente, chiamata all'elaborazione del piano o del programma e Autorità competente rispetto all'espletamento della V.A.S., anche in ragione della necessaria indipendenza e imparzialità che dovrebbe connotare l'Autorità competente al fine dello svolgimento della valutazione in oggetto[18].

5. Impugnabilità della determinazione di assoggettamento a V.A.S. e ulteriori profili processuali.

Rispetto alle questioni di ordine processuale che vengono in rilievo nel caso in esame, si pone in evidenza come il giudice nella pronuncia in questione ritenga infondata l'eccezione di inammissibilità della domanda di annullamento sollevata dal Comune per carenza d'interesse, sulla base della argomentazione della natura endoprocedimentale della determina di assoggettabilità a VAS.

In merito, a proposito della autonoma lesività e, dunque, conseguente possibile immediata impugnabilità degli atti conclusivi della stessa procedura di valutazione di impatto ambientale e di screening, nella sentenza si ritiene condivisibile l'orientamento già espresso dal Consiglio di Stato, a proposito della procedura di V.I.A., giudicato applicabile in ragione dell'*eadem ratio* anche al caso concreto in esame.

In tal senso, infatti, si esplicita testualmente come "*fin dal loro ingresso nell'ordinamento*[19]*, le procedure di VIA e di screening, pur inserendosi sempre all'interno del più ampio procedimento di realizzazione di un'opera o di un intervento, sono state considerate da dottrina e giurisprudenza prevalenti come dotate di autonomia, in quanto destinate a tutelare un interesse specifico (quello alla tutela dell'ambiente), e ad esprimere al riguardo, specie in ipotesi di esito negativo, una valutazione definitiva, già di per sé potenzialmente lesiva dei valori ambientali*[20]*. Questo è il motivo per il quale anche gli atti conclusivi della procedura di screening, seppure connotati dal rilevato grado di provvisorietà, nell'accezione meglio esplicitata, sono stati ritenuti immediatamente impugnabili dai soggetti interessati alla protezione di quei valori, ovvero dal privato che ritenga immotivato l'aggravio procedurale impostogli*"[21].

A proposito delle censure proponibili avverso le decisioni in materia di V.A.S., peraltro la giurisprudenza pare si sia assestata poi nel senso che le medesime siano ritenute ammissibili nella misura in cui la

[18] Cfr. tra le altre TAR Lombardia, Milano, sez. II, 17 maggio 2010, n. 1526.

[19] Si fa riferimento, in particolare, al d.P.R. 12 aprile 1996 in materia.

[20] Si richiama in particolare sul punto Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2009, n. 1213.

[21] Così la sentenza in commento, la quale opera un riferimento a Cons. Stato, sez. II, 7 settembre 2020, n. 5379.

parte istante indichi la concreta lesione alla sua proprietà derivata dall'inosservanza delle norme sul procedimento, laddove in aggiunta si dimostri che proprio le determinazioni raggiunte in sede di V.A.S. abbiano inciso in maniera determinante sulla decisione finale concernente la destinazione urbanistica del suolo[22]; sarebbe di contro inammissibile una doglianza meramente "strumentale", ritenuto che il generico interesse ad un rinnovato esercizio del potere pianificatorio ad opera dell'Amministrazione non sarebbe sufficiente a distinguere la posizione del ricorrente da quella del *quisque de populo*[23].

In altri termini, sotto il profilo dell'interesse ad agire, la procedura di V.A.S. non sarebbe impugnabile al fine di ottenere ad opera dell'amministrazione una riedizione del potere pianificatorio.

Tale rigida opzione ermeneutica si spiegherebbe, nondimeno, in ragione del fatto che proprio la V.A.S. va a collocarsi nell'ambito di un procedimento di pianificazione caratterizzato da ampia ed evidente discrezionalità delle scelte urbanistiche, per natura insindacabili eccettuati i casi di manifesta erroneità, illogicità, ovvero arbitrarietà delle scelte operate dall'amministrazione.

Le limitazioni alle censure proponibili avverso i provvedimenti adottati in sede di V.A.S. incontrano, in definitiva, i limiti propri del medesimo sindacato esperibile in materia di valutazioni ambientali e dunque anche di valutazione di impatto ambientale, connotate del pari da discrezionalità tecnica, con tutte le implicazioni del caso[24].

Ancora, occorre considerare che le censure proposte in tema di V.A.S. dovrebbero essere essenzialmente e, in ultima istanza, orientate all'ottenimento di una più marcata ed effettiva tutela dei valori ambientali.

La complessità dell'istituto della V.A.S. evidentemente dà luogo a problematiche anche di ordine più strettamente processuale così come nel caso di specie, ma si pensi ad ulteriori implicazioni quali quelle della possibilità autonoma impugnabilità del parere V.A.S., in relazione alla natura giuridica del medesimo; il connesso aspetto degli effetti della mancata acquisizione del parere V.A.S., ovvero della configurabilità di una V.A.S. "postuma", aspetto sul quale peraltro la giurisprudenza si è pronunciata con arresti di segno opposto.

In particolare, secondo un primo orientamento, la fase di valutazione della V.A.S. deve essere effettuata prima dell'approvazione del piano, o comunque durante la predisposizione del medesimo, in quanto gli impatti significativi sull'ambiente vanno necessariamente presi in considerazione *ex ante*.

In tal senso i sostenitori di tale tesi richiamano l'argomentazione per cui non esiste una disposizione per la V.A.S. corrispondente alla logica di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 152/2006 in materia di V.I.A.; l'art. 11 del Codice, infatti, stabilisce semplicemente l'annullabilità del piano o del programma non assoggettato preventivamente a V.A.S., con l'unica mitigazione, quindi, di stabiliz-

[22] Così, tra le più recenti, TAR Toscana, Firenze, sez. I, 23 giugno 2023, n. 641.

[23] In questo senso, tra le pronunce più recenti, si v. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 5 dicembre 2023, n. 2951; Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2023, n. 7130; TAR Lombardia, Milano, 4 aprile 2019 n. 451 e TAR Lombardia, Milano, sez. II, 7 luglio 2020, n. 1291.

[24] Cfr. sul punto, *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 30 maggio 2022, n. 4355 e Id., 28 marzo 2023, n. 3168.

zare gli effetti del provvedimento qualora non venga impugnato[25].

Di contro, secondo altro orientamento del giudice amministrativo, il diritto dell'Unione non osta a che la valutazione sia effettuata *ex post*, purché le norme nazionali che consentono la regolarizzazione non forniscano agli interessati l'occasione di eludere le norme di diritto comunitario[26].

6. Osservazioni conclusive.

Rispetto alla sentenza in commento la peculiare statuizione che si ritiene di maggior rilievo non è tanto quella relativa alla predicata incompetenza dell'autorità che, nel caso di specie, ha emesso la determinazione di assoggettamento a V.A.S., quanto certamente quella concernente la ritenuta autonoma lesività del provvedimento di assoggettamento alla valutazione ambientale strategica della variante oggetto di causa.

Tale affermazione, infatti, concretizzatasi nel rigetto dell'eccezione d'inammissibilità per carenza d'interesse sollevata dal Comune resistente, viene di fatto a discostarsi dall'orientamento dominante della giurisprudenza amministrativa, volto alla esclusione della possibilità di far valere in giudizio vizi relativi alla proceduta di V.A.S. ad opera di soggetti privati interessati alla edificazione.

Come esplicitato difatti dalla predetta giurisprudenza amministrativa sul punto, a tale conclusione si dovrebbe pervenire ritenuto che l'istituto in questione è finalizzato ad esigenze di tutela ambientale, in quanto tali pertanto antitetiche rispetto alla posizione giuridica del cittadino interessato alla edificazione[27].

Tuttavia, si ritiene che il caso di specie, se analizzato nel dettaglio, mostri come tale discostamento del giudice nel caso concreto rispetto alla consolidata giurisprudenza sul punto sia soltanto apparente. In altri termini, dalla pronuncia in questione non emergerebbe una negazione della natura meramente endoprocedimentale della V.A.S., così come esplicitato da ultimo dal

[25] Si v., in tal senso, TAR Puglia Bari, n. 1677/2020 ove si è precisato che "*è solo l'Amministrazione che può valutare funditus l'interesse pubblico ambientale e se vi siano profili nuovi non già considerati e quali essi siano e, per questo, è la stessa a dover, in prospettiva logico-giuridica, dar impulso, nel caso di specie, ad un nuovo procedimento di V.A.S., qualora lo ritenga in concreto indispensabile, alla luce del P.P.T.R.*".

[Cfr.] A. Forina, *Le sopravvenienze urbanistico-edilizie e l'ammissibilità di una valutazione ambientale strategica postuma* (commento a T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 22 dicembre 2020, n.1677), in *Riv. giur. urbanistica*, 3, 2021 655-685.

[26] Così, in particolare, TAR Lombardia, Milano, n. 1319/2018 che, applicando le coordinate date dalla CGUE 27 luglio 2017, C-196/16 e C-197/16 sulla eliminazione delle conseguenze illecite derivanti dall'omessa effettuazione di una valutazione di impatto ambientale (VIA), ha ritenuto che il diritto dell'Unione non osta a che la valutazione sia effettuata *ex post*, purché le norme nazionali che consentono la regolarizzazione non forniscano agli interessati l'occasione di eludere le norme di diritto comunitario. Sebbene tali principi siano stati enucleati in materia di V.I.A. il T.A.R. Milano ha ritenuto di estendere l'approccio della CGUE ad una procedura di V.A.S., in ragione del simile schema procedimentale e del comune carattere preventivo delle due valutazioni.

[27] In tal senso la stessa giurisprudenza ha rilevato sul punto come la valutazione ambientale (V.A.S.) trovi il suo fondamento nella Direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 giugno 2001 e abbia "*la finalità di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente innestandone la tutela anche nel procedimento di adozione e di approvazione di piani e programmi astrattamente idonei ad impattare significativamente sullo stesso. Essa condivide con altri strumenti di valutazione, come la valutazione di impatto ambientale (VIA) su singoli progetti e quella di incidenza, riferita ai siti di Natura 2000, l'ispirazione al rispetto del principio di precauzione, in una prospettiva di sviluppo durevole e sostenibile dell'uso del suolo, in modo da costituire un unico sistema che vuole l'intero ciclo della decisione teleologicamente orientato a ridette esigenze di tutela*". Così, in particolare, Cons. Stato, sez. II, 1° settembre 2021, n. 6152.

supremo consesso amministrativo nell'ambito della nota sentenza n. 6152/2021[28].

Tale ricostruzione sarebbe cioè confermata dal giudice amministrativo lombardo il quale, nel caso in esame, avrebbe piuttosto posto l'accento su altri aspetti dirimenti e, in particolare, sul fatto che nella fattispecie concreta non si discuterebbe dell'esito della pianificazione, bensì di una sezione procedurale iniziale dell'istituto della valutazione strategica interessata dal predetto vizio di incompetenza.

Ancora, nel caso di specie, il giudice giunge alla conclusione esplicitata sulla base dell'argomentazione determinante per cui la decisione di assoggettamento a V.A.S. rappresenterebbe senza dubbio un atto dotato di lesività, essenzialmente in quanto implicante un evidente aggravio procedimentale, in senso analogo rispetto agli effetti prodotti da uno screening negativo nell'ambito di una procedura di valutazione di impatto ambientale.

Detto altrimenti, la decisione di assoggettamento a V.A.S. in questione avrebbe vincolato il privato ad intraprendere tale fase endoprocedimentale, a cui il medesimo avrebbe potuto sottrarsi alla luce di una decisione spettante ad una Autorità diversa, ovvero quella competente[29].

Ilaria Genuessi

[28] *Ibidem*, laddove, in particolare, il Collegio nell'ambito della sentenza ha esplicitato di non condividere "*l'approccio ermeneutico di fondo della parte appellante, che desume la necessaria "separatezza" tra le due autorità dalla implicita convinzione che la VAS costituisca una sorta di momento di controllo sull'attività di pianificazione svolta dall'autorità proponente, con il corollario dell'impossibilità di una identità o immedesimazione tra controllore e controllato, appunto. Siffatta ricostruzione, invero, è smentita dall'intero impianto normativo in subiecta materia, il quale invece evidenzia che le due autorità, seppur poste in rapporto dialettico in quanto chiamate a tutelare interessi diversi, operano "in collaborazione" tra di loro in vista del risultato finale della formazione di un piano o programma attento ai valori della sostenibilità e compatibilità ambientale: ciò si ricava, testualmente, dall'art. 11, d.lgs. n. 152 del 2006, che secondo l'opinione preferibile costruisce la V.A.S. non già come un procedimento o subprocedimento autonomo rispetto alla procedura di pianificazione, ma come un passaggio endoprocedimentale di esso, concretantesi nell'espressione di un "parere" che riflette la verifica di sostenibilità ambientale della pianificazione medesima. Ciò trova conferma anche nelle più recenti modifiche normative, peraltro in materia di V.I.A., che declinano l'esigenza di segnalare ogni situazione di conflitto, anche potenziale, alle competenti autorità (art. 50, comma 1, lett. c), punto 3, d.l. n. 76 del 2020, che ha modificato sul punto l'art. 7 bis, comma 6, d.lgs. n. 152 del 2006); ma senza incidere sulla previgente previsione inforza della quale l'autorità competente può coincidere con l'autorità proponente di un progetto, purché ne vengano separate in maniera appropriata, nell'ambito della singola organizzazione, le funzioni potenzialmente confliggenti*".

[29] V. sul punto P. Brambilla, *L'autorità procedente non è competente. Ma l'autorità competente lo è?*, cit.

2. Verso la positivizzazione di un nuovo diritto umano al clima stabile e sicuro? Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte CEDU del 9 aprile 2024*

Sommario: 1. La prospettiva dei diritti umani nel contrasto al cambiamento: notazioni introduttive. – **2.** La vicenda all'origine della sentenza. – **3.** La rivoluzionaria decisione della Corte EDU: la protezione del clima è un diritto umano. – **4.** Qualche riflessione conclusiva.

1. La prospettiva dei diritti umani nel contrasto al cambiamento climatico: notazioni introduttive.

A partire dalla pubblicazione del *report* dell'Alto Commissariato per i diritti umani delle Nazioni Unite del 2009[1], la prospettiva dei diritti nel contrasto al cambiamento climatico ha acquisito una pregnanza tale da assurgere a principale e irrinunciabile ragione giustificativa di un processo *bottom-up*, promosso da numerose associazioni ambientaliste, Ong e comuni cittadini, di riconoscimento della "pretesa-diritto" ad un clima stabile e sicuro.

Si tratta, a ben vedere, di una richiesta ormai ampiamente radicata nella società civile, che, soprattutto nell'ultimo decennio, sembra aver acquisito – attraverso le tecniche ermeneutiche della giurisprudenza di molte Corti (per lo più domestiche) – un suo proprio crisma di legittimità, per via della riconosciuta rilevanza della ragione che la supporta, ovvero l'eliminazione di qualsiasi pericolosa interferenza delle attività antropogeniche sul sistema climatico, in quanto lesiva di diritti umani e/o fondamentali già convenzionalmente garantiti e riconosciuti sul piano etico-normativo.

V'è, tuttavia, da rimarcare che, nonostante un sempre più diffuso[2] "attivismo

* Il contributo è il frutto di riflessioni contenute in un più ampio lavoro monografico in corso di pubblicazione.

[1] OHCHR, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Relationship between Climate Change and Human Rights*, U.N. Doc. A/HRC/10/61, 15 gennaio 2009. Il nesso tra *climate change* e diritti umani è stato esplicitamente riconosciuto anche dal Comitato Onu per i diritti umani, nel *General Comment* n. 36/2018 (UNHRC, *General Comment n. 36 (2018) on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to life*, U.N. Doc. CCPR/C/GC/36, 30 October 2018, par. 62), laddove ammette che il cambiamento climatico e uno sviluppo non sostenibile costituiscono i principali pericoli per il godimento del diritto alla vita da parte delle generazioni presenti e future.

[2] Secondo il *Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*

climatico giudiziario"[3] basato su un *human rights approach*, nel *corpus juris* del diritto oggettivo climatico, l'argomento dei diritti non trova, ancor oggi, alcun esplicito ancoraggio, con l'unica eccezione rappresentata da un passaggio nel Preambolo introduttivo dell'Accordo di Parigi del 2015, il quale prevede che le Parti, al momento di intraprendere azioni volte a contrastare i cambiamenti climatici antropogenici, dovrebbero «promuovere e prendere in considerazione i loro obblighi rispettivi nei confronti dei diritti umani, del diritto alla salute, dei diritti delle popolazioni indigene, delle comunità locali dei migranti, dei minori, delle persone con disabilità e delle persone in situazioni di vulnerabilità, nonché del diritto allo sviluppo, dell'uguaglianza di genere, all'emancipazione delle donne e all'equità intergenerazionale».

Considerata la mancanza di una effettiva cogenza dell'Accordo, ad oggi, il riferimento alla tutela dei diritti umani viene interpretato come una sorta di debole impegno indiretto degli Stati firmatari per indurli a consolidare il rispetto di tali diritti nella concretizzazione dell'obiettivo principale di mantenere entro i 2°C (e possibilmente entro i 1,5°C) l'aumento medio della temperatura terrestre[4].

Nello scenario, solo abbozzato in questa sede, si colloca la sentenza annotata, con la quale la Corte europea per i diritti dell'uomo (d'ora in avanti, Corte EDU), nel confermare la sussistenza di una stretta correlazione tra diritti umani e diritto oggettivo climatico, inaugura un innovativo approccio all'azione climatica, che potrebbe riorientare le future politiche (se non globali, quantomeno europee) di contrasto ai cambiamenti climatici.

2. La vicenda all'origine della sentenza.

Il caso affrontato dalla Grande Camera della Corte EDU origina dall'azione promossa da quattro anziane donne e da un'associazione ambientalista no profit, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz*, diretta all'accertamento della condotta omissiva della Confederazione svizzera nell'adozione delle misure necessarie alla progressiva riduzione delle emissioni climalteranti di origine antropica, in difformità agli obblighi dalla medesima assunti sia con l'Accordo di Parigi del 2015 (confermato dal successivo *Glasgow Climate Pact* del 2021), sia con le corrispondenti statuizioni normative adottate dall'Unione europea.

I ricorrenti sostenevano, in particolare, che lo Stato elvetico non avesse recepito, nel diritto nazionale, le *Nationally Determi-*

dell'*United Nations Environment Programme* (UNEP), «the 2020 Litigation Report identified 1,550 cases brought in 39 jurisdictions, including international or regional courts, tribunals, quasi- judicial bodies or other adjudicatory bodies, such as special procedures of HRC, arbitration tribunals, international adjudicatory bodies and the European Union. As at 31 December 2022, the cumulative number of cases tracked in the Sabin Center's databases has increased, with 2,180 climate change cases filed in 65 jurisdictions».

[3] L'espressione è di P.L. Petrillo, *Il costituzionalismo climatico. Note introduttive*, in *DPCEonline*, 2023, 245.

[4] In argomento cfr. A. Boyle, *Climate Change, the Paris Agreement and Human Rights*, I *Int. and Comparative Law Quarterly*, 2018, 759 ss.; A. Savaresi, *Climate change and human rights: Fragmentation, interplay and institutional linkages*, in S. Duyck, S. Jodoin, A. Johl, *The Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance*, New York, 2018, 31 ss. *Contra*, J. Knox, *Special Rapporteur on the Environment and Human Rights*, UNHRC, *Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment: Climate Change Report*, UN Doc A/HRC/31/52 (2016).

ned Contributions (NDCs), né avesse mai effettuato un'analisi del proprio bilancio di carbonio, in spregio alla normativa internazionale ed europea ed ai principi costituzionali di sostenibilità (art. 73 Cost.) e di precauzione (art. 74, § 2, Cost.) e al diritto alla vita (art. 10 Cost.).

Argomentando sulla base della giurisprudenza della stessa Corte EDU in materia di danni all'ambiente e disastri naturali[5], applicata in via analogica ai rischi derivanti dai cambiamenti climatici, i ricorrenti invocavano, dunque, l'applicabilità degli artt. 2 e 8 CEDU, come parametro di giudizio per l'individuazione di uno specifico obbligo di tutela ("*duty of care*") dello Stato resistente dai pericoli connessi alla innaturale variabilità climatica.

3. La rivoluzionaria decisione della Corte EDU: la protezione del clima è un diritto umano.

Al fine di dirimere la controversia sottopostale, la Corte EDU richiama, preliminarmente, le previsioni contenute nella Convenzione Quadro sui Cambiamenti Climatici (UNFCCC) e nell'Accordo di Parigi, laddove dispongono che le Parti adottino – a livello domestico e su base volontaria – misure di contenimento e di mitigazione per «stabilizzare […] le concentrazioni di gas a effetto serra nell'atmosfera a un livello tale che sia esclusa qualsiasi pericolosa interferenza delle attività umane sul sistema climatico» (art. 2 UNFCCC), «raggiungere il picco mondiale di emissioni di gas a effetto serra al più presto possibile […] e intraprendere rapide riduzioni, in linea con le migliori conoscenze scientifiche a disposizione, così da raggiungere un equilibrio tra le fonti di emissione e gli assorbimenti antropogenici di gas a effetto serra nella seconda metà del corrente secolo» (art. 4, n. 1, Accordo di Parigi).

La necessità di adottare efficaci misure mitigative rappresenta, secondo i giudici di Strasburgo, il *quid unici* di un esplicito dovere giuridico di contrasto al cambiamento climatico che lo Stato resistente avrebbe sistematicamente violato, concependo le obbligazioni climatiche, assunte in seno alla comunità internazionale, come un mero obbligo di *due diligence* e non di risultato.

Pur riconoscendo che il sistema delineato dall'Accordo di Parigi privilegia un approccio c.d. *bottom-up*, nel quale ciascuno Stato è libero di individuare "*domestic mitigation measures*", da attuare secondo scadenze prefissate e in funzione del principio delle "*common but differentiated responsibilities*", la Corte rileva, infatti, che la Confederazione svizzera avrebbe, in più occasioni, ecceduto il proprio margine di apprezzamento, adottando azioni climatiche inadeguate al raggiungimento dei propri prefissati obiettivi di riduzione di gas climalteranti (peraltro sensibilmente difformi dalle indicazioni contenute nei numerosi *report* dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change*) e, soprattutto, omettendo di predisporre, sviluppare ed attuare – in tempo utile – un efficace quadro normativo nazionale di contrasto al cambiamento climatico.

[5] Cfr., ad es., *Guerra e al. c. Italia*, ric. n. 116/1996/735/932, sent. 19 febbraio 1998; *Öneryldiz c. Turchia*, ric. n. 48939/99, sent. 30 novembre 2004; *Taşar c. Romania*, ric. n. 67021/01, sent. 27 gennaio 2009; *Budayeva e al. c. Russia*, ricc. nn. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 e 15343/02, sent. 20 marzo 2008; *Kolyadenko e al. c. Russia*, ricc. nn. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 e 35673/05, sent. 28 febbraio 2012.

Accertata, dunque, l'esistenza di tali evidenti inadempimenti rispetto al dovere di lotta al cambiamento climatico, i giudici di Strasburgo dichiarano l'inerzia dello Stato svizzero nell'adozione delle misure necessarie a proteggere il diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti (**art. 8** CEDU), dal quale deducono il basilare diritto di ogni singolo individuo «a una protezione effettiva da parte delle autorità statali contro i gravi effetti negativi, causati dal cambiamento climatico, sulla loro vita, la salute, il benessere e la qualità della vita».

La CEDU, argomenta la Corte, impone agli Stati parti di proteggere i diritti e le libertà stabiliti nella Convenzione e di adottare misure adeguate per la vita e il benessere dei propri cittadini, qualora sussista un "*real and imminent threat*" di cui i medesimi abbiano (o avrebbero dovuto avere) conoscenza. Sebbene non possa comportare l'imposizione di oneri impossibili o sproporzionati, l'art. 8 CEDU obbliga, comunque, ciascuno Stato ad implementare misure effettivamente idonee a prevenire un aumento delle concentrazioni di gas serra nell'atmosfera terrestre e della temperatura media globale oltre livelli indicati nei *report* dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change*,sì da scongiurare eventuali effetti negativi irreversibili sui diritti umani.

4. Qualche riflessione conclusiva.

La rivoluzionaria decisione della Corte EDU inaugura un nuovo approccio globale all'azione climatica, consolidando l'idea (sposata anche da chi scrive) che, per affrontare efficacemente i problemi che hanno natura e struttura transgenerazionale, quali sono certamente le emergenze derivanti dalla questione climatica, la strategia più solida sul piano giuridico e più coerentemente percorribile sia quella dei diritti umani.

A fronte dell'insufficiente livello di vincolatività delle obbligazioni climatiche attualmente previste in ambito internazionale ed europeo e del conseguente approccio "lassista" adottato dagli Stati nella lotta al cambiamento climatico, che – secondo l'*Emissions Gap Report 2023: Broken Record – Temperatures hit new highs, yet world fails to cut emissions (again)* del Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEP) – avrebbe comportato un incremento delle emissioni globali di gas serra dell'1,2% dal 2021 al 2022, raggiungendo un nuovo primato di 57,4 gigatonnellate di anidride carbonica equivalente (GtCO**2**e), pare, infatti, che la prospettiva dei diritti possa fornire un valore aggiunto, consentendo di superare la logica della reciprocità che sottende al diritto internazionale dell'ambiente (e che invece, nel contesto della tutela dei diritti umani, risulta marginale, se non addirittura inesistente[6]), nonché lo scarso livello prescrittivo degli obblighi climatici.

L'aspetto più innovativo della decisione è, tuttavia, rappresentato dall'individuazione esplicita di una correlazione tra l'innaturale variabilità climatica e il diritto umano (desunto da un'interpretazione estensiva dell'art. 8 CEDU) a fruire di una protezione effettiva contro i gravi effetti negativi che il cambiamento climatico costituisce per il godimento dei diritti umani, quali la salute, il benessere, la qualità della vita e la vita stessa.

[6] E. Corcione, *Diritti umani, cambiamento climatico e definizione dello standard di condotta*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, 200.

In sintesi, secondo il percorso logico-argomentativo della Corte, obbligo primario di ogni Stato contraente è di adottare ed implementare norme efficaci e misure concrete in grado di mitigare gli attuali (e potenzialmente irreversibili) effetti del cambiamento climatico. Detto obbligo, derivante dalla relazione causale intercorrente tra il fenomeno del cambiamento climatico e il godimento dei diritti enunciati nella CEDU, impone che ogni Stato garantisca, in modo tempestivo ed efficace, «rights that are practical and effective, not theoretical and illusory».

Ricorrendo all'argomento dei diritti umani, i giudici di Strasburgo deducono, dunque, l'esistenza di un *duty of care* dello Stato elvetico, ravvisabile nella concreta adozione di provvedimenti idonei a mitigare gli effetti potenzialmente irreversibili del cambiamento climatico e interferenti negativamente con il godimento dei diritti umani, la cui protezione richiede che le disposizioni della CEDU (come pure, a parere di chi scrive, quelle contenute nel Preambolo dell'Accordo di Parigi) siano interpretate e applicate in modo da garantirne un concreto ed effettivo esercizio.

Considerato che le pronunce della Corte EDU hanno efficacia esecutiva indiretta per gli Stati europei, è probabile che la sentenza annotata influenzi le centinaia *climate litigations* attualmente pendenti in Europa.

Quel che, comunque, si auspica è che essa possa riorientare le future politiche di contrasto ai cambiamenti climatici, contribuendo all'ormai improcrastinabile positivizzazione di un autonomo diritto umano al clima stabile e sicuro, sì da rafforzare «il percorso già delineato dalla Convenzione Quadro sui Cambiamenti Climatici, dal Protocollo di Kyoto e, da ultimo, dall'Accordo di Parigi»[7] e consentire agli organi internazionali preposti alla tutela dei diritti umani e al decisore politico-giudiziario di appurare il rispetto da parte degli Stati dei rispettivi obblighi in materia di cambiamenti climatici e, conseguentemente, di censurare l'eventuale inadeguatezza delle misure di adattamento e di mitigazione adottate.

Antonietta Lupo

[7] A. Pisanò, *Il diritto al clima. Una prima concettualizzazione*, in *L'ircocervo*, 2021, 283.

3. Gli impianti "minimi" nel servizio di gestione integrata dei rifiuti. Tutela dell'ambiente e promozione della concorrenza tra potere di direttiva dello Stato, pianificazione regionale e regolazione di ARERA (nota a Cons. St., sez. II, 12 dicembre 2023, n. 10734)

Sommario: 1. Premessa. La classificazione degli impianti di trattamento secondo la regolazione ARERA. – **2.** Il principio di evidenza pubblica in rapporto ai principi di prossimità e libera circolazione dei rifiuti urbani. La illegittimità di regimi di privativa non giustificati. – **3.** La *governance* "multi-livello" del servizio di gestione integrata dei rifiuti. La ritenuta carenza di potere, anche implicito, di ARERA in tema di impianti "minimi". – **4.** Il meccanismo degli impianti "minimi" quale strumento di natura regolatoria al servizio della pianificazione regionale nel quadro delle direttive statali. La ricomposizione della *governance* "multi-livello".

1. Premessa. La classificazione degli impianti di trattamento secondo la regolazione ARERA.

La fattispecie che è stata oggetto della giurisprudenza che ci si accinge ad esaminare riguarda il meccanismo introdotto dall'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) nell'ambito del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani in tema di impianti "minimi".

In particolare, con la delibera del 3 agosto 2021 n. 363 di approvazione del Metodo Tariffario Rifiuti per il secondo periodo regolatorio 2022-2025 (MTR-2), l'Autorità, per quanto qui rileva, ha prospettato, "al fine di sostenere lo sviluppo di un adeguato sistema infrastrutturale", di adottare strumenti di regolazione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento, sulla base della classificazione, operata a livello di pianificazione regionale, degli impianti di chiusura del ciclo integrato dei rifiuti in "integrati", "minimi" e "aggiuntivi".

Tale classificazione viene ora effettuata sulla base di quanto previsto nel Programma Nazionale di Gestione dei Rifiuti (PNGR) di cui al decreto del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica n. 257 del 24

giugno 2022 per cui: gli impianti "integrati" sono quelli gestiti dall'operatore incaricato del servizio integrato di gestione dei rifiuti; gli impianti "minimi" sono quelli individuati come indispensabili nella misura in cui offrono capacità in un mercato con rigidità strutturali, caratterizzato da un forte e stabile eccesso di domanda e da un limitato numero di operatori; mentre, infine, quelli "aggiuntivi" sono individuati in via residuale.

Ebbene, sotto il profilo tariffario, gli impianti di chiusura del ciclo gestiti dall'operatore incaricato del servizio di gestione integrata dei rifiuti sono sottoposti ad una regolazione dei costi riconosciuti e delle tariffe di accesso secondo quanto previsto dal Metodo tariffario adottato dall'Autorità, integrata da un meccanismo di perequazione ambientale, il quale, prevede, da un lato, il riconoscimento di incentivi a favore di chi conferisce agli impianti di recupero della frazione organica dei rifiuti urbani e di incentivi (più limitati e comunque vincolati a prestazioni ambientali soddisfacenti raggiunte nei territori di provenienza) a favore di chi conferisce agli impianti di incenerimento con recupero di energia (a parziale compensazione dei corrispettivi dovuti per l'accesso a tali impianti) nonchè, dall'altro lato, l'applicazione di disincentivi per chi conferisce in discarica o in impianti di incenerimento senza recupero di energia (come maggiorazione dei corrispettivi dovuti per l'accesso a tali impianti).

Gli impianti classificati come "minimi", anche se facenti capo a gestori non integrati, sono parimenti sottoposti all'applicazione di una regolazione dei costi riconosciuti e delle tariffe integrata dal meccanismo di perequazione ambientale appena descritto.

Infine, gli impianti di chiusura del ciclo "aggiuntivi" non sono assoggettati a regolazione tariffaria, potendo offrire sul mercato la loro capacità, ma sono comunque tenuti all'obbligo di applicare condizioni di conferimento non discriminatorie, pubblicando, sul proprio sito *internet*, i criteri principali alla base della individuazione dei corrispettivi di accesso, nonché sono sottoposti a disincentivi ove si tratti di discariche o di impianti di incenerimento senza recupero di energia.

Nel descritto contesto, il metodo MTR-2 prevede, in particolare, che in sede di classificazione degli impianti di chiusura del ciclo siano esplicitati: a) i flussi che si prevede vengano trattati per impianto; b) la distinzione dei medesimi secondo il criterio di prossimità che si ritiene utile specificare; c) l'elenco dei soggetti che si prevede conferiscano ai medesimi impianti.

In sostanza, in sede di individuazione degli impianti "minimi", la pianificazione regionale giunge a determinare i flussi "di prossimità" dei rifiuti che obbligatoriamente devono essere convogliati a ciascun impianto ubicato sul territorio regionale stesso, a fronte del riconoscimento al gestore di una remunerazione determinata in via regolatoria.

Il meccanismo fin qui succintamente illustrato è stato oggetto di contestazione da parte degli operatori del settore, in particolare di quelli titolari di impianti collocati fuori dalla regione presa a riferimento, i quali hanno lamentato un effetto restrittivo della concorrenza nonché hanno dubitato della legittimazione di ARERA ad intervenire sul tema.

Così, la sentenza che ci si accinge ad illustrare ha esaminato e definito la latitudine applicativa della regola dell'evidenza pubblica nel campo del servizio di gestione integrata dei rifiuti, ciò rispetto agli (ulteriori) principi contenuti nel Codice dell'ambiente in tema di "prossimità" nonché di libera circolazione sul territorio nazionale

di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata. Inoltre, la giurisprudenza oggetto del presente commento si è interrogata circa la sussistenza in capo ad ARERA del potere di disciplinare in via regolatoria il meccanismo in questione, con le relative conseguenze che, asseritamente, produrrebbero una sorta di regime di "privativa" del segmento dello smaltimento[1].

2. Il principio di evidenza pubblica in rapporto ai principi di prossimità e libera circolazione dei rifiuti urbani. La illegittimità di regimi di privativa non giustificati.

Come è noto, il Codice dell'ambiente (di cui al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 s.m.i.) ha previsto, all'art. 200, che, in via "ordinaria", la gestione dei rifiuti urbani sia effettuata sulla base degli Ambiti Territoriali Ottimali delimitati dalle Regioni, in una prospettiva "integrata" volta al superamento della frammentazione gestionale e al conseguimento di adeguate dimensioni gestionali, nonché previa valutazione del sistema stradale e ferroviario di comunicazione e ricognizione degli impianti di gestione di rifiuti già realizzati e funzionanti nell'ambito territoriale di riferimento. Come è altrettanto noto, però, il comma 7 del predetto art. 200 consente alle Regioni di adottare modelli alternativi o in deroga al modello degli Ambiti Territoriali Ottimali; ciò sulla base di un piano regionale dei rifiuti che dimostri la propria adeguatezza rispetto agli obiettivi strategici previsti dalla normativa vigente, con particolare riferimento ai criteri generali e alle linee guida riservati, in materia, allo Stato.

Il successivo art. 202 del Codice dell'ambiente, in tema di modalità di affidamento del servizio in questione, fa riferimento, in particolare, alla "gara" pubblica, rinviando comunque alla disciplina vigente, anche di livello europeo, in materia di affidamento dei servizi pubblici locali. A tale ultimo proposito, rileva il disposto del vigente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, il quale, all'art. 7, in nome del principio di "auto-organizzazione amministrativa", effettua a sua volta un rinvio, per quanto riguarda i servizi di interesse economico generale di livello locale, a quanto previsto dal d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 recante "Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica".

Ebbene, l'art. 14 di quest'ultimo *corpus* normativo, in quanto a "modalità di gestione del servizio pubblico locale", fa riferimento sostanzialmente alle consuete tre possibilità: a) affidamento a terzi mediante procedura ad evidenza pubblica svolta in conformità al diritto dell'Unione europea; b) affidamento a società a capitale misto pubblico-privato tramite una gara avente come doppio oggetto la quota societaria e l'affidamento del servizio, in conformità al diritto dell'Unione europea; c) affidamento diretto c.d. "*in house*", nei limiti fissati dall'Unione europea.

Più specificamente, il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. nella l. 24 marzo 2012, n. 27, dettato in tema di "concorrenza, sviluppo delle infrastrutture e competitività" (decreto c.d. "Crescitalia"), ha ribadito, all'art. 25, volto alla "promozione della concorrenza nei servizi pubblici locali", comma 4, che la gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani sono

[1] Cons. St., sez. II, 12 dicembre 2023, n. 10734, in www.*giustizia-amministrativa.it*.

affidate ai sensi del predetto art. 202 del Codice dell'ambiente, nel rispetto della normativa europea e nazionale sull'evidenza pubblica; ciò con esplicito riferimento alle attività di raccolta, raccolta differenziata, commercializzazione e avvio a smaltimento e recupero.

Segue l'ulteriore precisazione per cui nel caso in cui gli impianti siano di titolarità di soggetti diversi dagli enti locali di riferimento, come spesso avviene, all'affidatario del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani devono essere garantiti l'accesso agli impianti a tariffe regolate e predeterminate e la disponibilità delle potenzialità e capacità necessarie a soddisfare le esigenze di conferimento indicate nel piano d'ambito.

D'altro canto, l'art. 181, comma 5, del Codice dell'ambiente specifica che per le frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata destinati al riciclaggio e recupero è sempre ammessa la libera circolazione sul territorio nazionale al fine di favorire il più possibile il loro recupero, privilegiando, anche con strumenti economici, il principio di prossimità agli impianti di recupero.

Quest'ultimo principio, peraltro, risulta valorizzato nel già citato Programma Nazionale per la Gestione dei Rifiuti (PNGR), ove, con particolare riferimento ai rifiuti organici, si afferma che essi devono essere gestiti "prioritariamente" all'interno del territorio regionale nel rispetto del principio di prossimità, al fine di limitarne il più possibile la movimentazione. In tale prospettiva, si indica alle Regioni la necessità di verificare la propria autonomia impiantistica e di pianificare eventuali impianti necessari alla copertura del fabbisogno, rimanendo comunque impregiudicata la libera circolazione di tale frazione nonché la possibilità di conseguire l'autonomia gestionale, anche su un territorio più ampio, da individuare come "macroarea", previo accordo tra le Regioni interessate[2].

Ebbene, la giurisprudenza oggetto del presente commento ha proceduto ad una disamina del rapporto sistematico che intercorre, da un lato, tra il principio generale dell'evidenza pubblica, quale modalità "principale" di affidamento del servizio di igiene urbana che, in quanto "integrato" comprende anche l'attività di recupero, e, dall'altro lato, il principio di "prossimità" degli impianti di recupero delle frazioni di rifiuto urbano oggetto di raccolta differenziata nel contesto della "sempre ammessa" circolazione di tale tipologia di rifiuti sul territorio nazionale[3].

Così individuato il quadro di riferimento, la giurisprudenza ora in esame è giunta a negare la sussistenza di una qualche forma di "privativa" rispetto, in particolare, alle attività di recupero dei rifiuti urbani e assimilati, da intendersi in senso lato fino a comprendere anche le attività di avvio al recupero, le quali attività devono pertanto ritenersi suscettibili di essere svolte anche dai privati muniti delle prescritte autorizzazioni ambientali[4].

A siffatte conclusioni, si è pervenuti partendo dal dato normativo di cui agli artt. 101-109 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea per cui un regime di

[2] In tema si v. anche F. Smerchinich, *Servizi rifiuti, impianti minimi, principio di prossimità e concorrenza: alcuni chiarimenti tra giurisprudenza e programma nazionale di gestione dei rifiuti (PNGR)*, in *Appalti & Contratti*, 2023, 39 ss.

[3] Sul punto cfr., oltre alla sentenza oggetto precipuo del presente commento, anche Cons. St., sez. IV, 31 luglio 2023, n. 7412, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[4] Sul punto cfr. Cons. St., sez. IV, 29 maggio 2023, n. 5257 nonché Cons. Giust. Amm. Sicilia, sez. giurisd., 30 marzo 2022, n. 410, entrambe in www.*giustizia-amministrativa.it*. Sul tema si v., in generale, A. Benedetti, *Organizzazione e regolazione dei servizi locali di interesse economico: il caso del ciclo dei rifiuti urbani*, in *www.federalismi.it*, 24 febbraio 2021.

privativa e dunque di "riserva di attività", per essere ammesso nel sistema, deve essere sia previsto da una esplicita norma di legge, senza che possa essere ricavato o esteso in via interpretativa, nonché deve essere giustificato alla luce del principio di concorrenza.

Ancora più specificamente, la giurisprudenza che si sta considerando ha osservato come la direttiva europea 2008/98/CE "*Rifiuti*", nel considerando 6, indichi come obiettivo principale in materia quello di "*ridurre al minimo le conseguenze negative della produzione e della gestione dei rifiuti per la salute umana e l'ambiente*", giungendo a prescrivere, all'art. 15, agli Stati membri di adottare "*le misure necessarie per garantire che ogni produttore iniziale o altro detentore di rifiuti provveda personalmente al loro trattamento oppure li consegni ad un commerciante o ad un ente o a un'impresa che effettua le operazioni di trattamento dei rifiuti o ad un soggetto addetto alla raccolta dei rifiuti pubblico o privato*", prefigurando, così, un "*sistema complesso nel quale agiscono vari soggetti, pubblici e privati*". Tali indicazioni si ritrovano nella normativa nazionale e, in particolare, nell'art. 177 del Codice dell'ambiente, secondo il quale i soggetti pubblici possono esercitare le loro competenze anche "*avvalendosi, ove opportuno, mediante accordi, contratti di programma o protocolli d'intesa anche sperimentali, di soggetti pubblici o privati*".

Sotto altro profilo, sempre nella medesima sede, si è rilevato che la direttiva predetta indica, all'art. 23, lo strumento a disposizione degli Stati membri per raggiungere gli obiettivi indicati, là dove prevede che essi "*impongono a qualsiasi ente o impresa che intende effettuare il trattamento dei rifiuti di ottenere l'autorizzazione dell'autorità competente*", introducendo così un regime autorizzatorio che peraltro non è universale, dato che, ai sensi del successivo art. 24, gli stessi Stati membri possono escludere la necessità dell'autorizzazione in due casi, uno dei quali è proprio l'attività di recupero. Per tale via, si è concluso che la scelta di un regime autorizzatorio, per di più derogabile, appare di per sé contraria alla previsione di una privativa in materia, sia di carattere generale, sia nel caso particolare dell'attività di recupero, che, in ipotesi, potrebbe svolgersi anche senza autorizzazione e ciò anche sulla base dei principi europei di proporzionalità e adeguatezza: ne consegue, in tale prospettazione, che l'attività predetta può esser svolta da più soggetti, purché nel rispetto degli interessi pubblici coinvolti, non essendovi spazio per ricavare l'esistenza di una privativa che non risulta espressamente prevista dalle norme sulla gestione integrata dei rifiuti urbani[5].

Dal contesto così come appena ricostruito, la sentenza oggetto precipuo del presente commento, ha tratto spunto per ribadire che la regola generale in tema di gestione integrata dei rifiuti urbani è quella improntata all'evidenza pubblica, ovvero in prima battuta alla gara. In siffatto ordine di idee, si è osservato come il principio di "prossimità", pur funzionale alla migliore tutela ambientale possibile, tuttavia non è in grado di comprimere in maniera assoluta il valore della concorrenza, costituendo, al più, un fattore di "mitigazione", attraverso il quale, pur sempre nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, si valorizzino ed incentivino, con l'attribuzione di un punteggio premiale, le offerte che, tra le altre, ga-

[5] In tema cfr. anche R. Raponi, *L'autorizzazione alla realizzazione di nuovi impianti nel settore della gestione dei rifiuti assoggettati al libero mercato. Quali limiti incontra la discrezionalità amministrativa e il principio di precauzione?*, in *www.giustamm.it*, 20 ottobre 2023.

rantiscano al meglio anche tale, ulteriore, principio[6].

Del resto, sempre secondo l'impostazione ora in rassegna, dallo stesso testo dell'art. 181, comma 5, del Codice dell'ambiente traspare come l'obiettivo principale del legislatore sia quello di "favorire il più possibile" il recupero delle frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata, mentre il criterio della "prossimità" viene individuato quale criterio preferenziale da incentivare "anche con strumenti economici", ma senza che tale obiettivo ulteriore sia in grado di trasformare la libera circolazione di tali frazioni di rifiuti da regola ad eccezione, legittimando regimi di privativa o affidamenti diretti tali da sovvertire le regole in materia di affidamento degli appalti pubblici.

Sulla scorta del descritto impianto argomentativo, in definitiva, la giurisprudenza in commento ha statuito la illegittimità dei meccanismi che finiscano per stabilire una sorta di privativa ingiustificata, in particolare per quanto attiene l'attività di recupero delle frazioni di rifiuto urbano oggetto di raccolta differenziata (nel caso concreto si trattava della frazione organica - FORSU), a favore degli impianti "minimi" collocati sul territorio regionale; ciò nel momento in cui, come è avvenuto nella fattispecie concreta decisa dalla giurisprudenza in commento, vengano individuati a livello di pianificazione regionale, con carattere ritenuto "precettivo", i bacini di riferimento di ciascun impianto, al quale gli enti locali interessati debbano, di fatto, conferire i rifiuti, così da sottrarre indebitamente tale attività alla dinamica concorrenziale del mercato del trattamento e smaltimento dei rifiuti, a discapito degli operatori collocati fuori del contesto regionale[7].

[6] In tal senso già Cons. St., sez. IV, 24 dicembre 2020, n. 8315, in *www.giustizia-amministrativa.it*., ha sottolineato che sebbene i principi di "libera circolazione" nel territorio nazionale e di "prossimità" agli impianti di recupero (o di autosufficienza) siano entrambi presenti nella legislazione nazionale, il primo costituisce il criterio cardine, mentre il secondo è individuato come l'opzione preferibile tra più scelte.

[7] In tema è intervenuta anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), con segnalazione del 22 dicembre 2022, pubblicata sul Bollettino dell'Autorità n. 2 del 9 gennaio 2023, ove è stato rimarcato che l'individuazione di impianti "minimi" per la chiusura del ciclo appare uno strumento condivisibile in una prospettiva concorrenziale quando la sua finalità sia quella di garantire, in situazioni di carenza di capacità di trattamento o di smaltimento dei rifiuti, il completo asservimento ai flussi regionali degli impianti esistenti in base a tariffe definite dal regolatore per evitare l'applicazione di prezzi eccessivi da parte dei pochi impianti esistenti (dotati di potere di mercato), ed anche nella prospettiva di stimolare nuovi investimenti (per coprire il *gap* impiantistico) e per il tempo necessario allo sviluppo di tale nuova capacità. Tuttavia, prosegue l'Autorità, in assenza di uno specifico *deficit* impiantistico o di rigidità strutturali a livello regionale tali da giustificare la predeterminazione dei flussi e degli impianti di destinazione, non è giustificabile l'individuazione di impianti "minimi", in quanto essa finisce per impedire la concorrenza tra gli impianti regionali e gli altri impianti limitrofi, collocati in regioni diverse, la quale, invece, è di per sé idonea a consentire di raggiungere un livello adeguato di qualità e prezzi competitivi. In tale prospettiva, sempre secondo l'Autorità, anche l'osservanza del principio di "prossimità" non può riferirsi rigidamente ai confini amministrativi regionali, ma deve eventualmente essere declinato in termini di effettiva distanza dal luogo di raccolta del rifiuto nonché deve tenere conto della tipologia e delle caratteristiche dei potenziali impianti di destinazione nonchè dei mezzi di trasporto impiegati. In dottrina, F. Leonardis, *Codice dell'ambiente e regolazione dei rifiuti nella nuova stagione dell'economia circolare*, *in Riv. quad. dir. amb*., 2022, 82-83, ha evidenziato la tendenza ad affidare insieme alle attività di raccolta, trasporto e avvio a smaltimento delle diverse frazioni della raccolta urbana, anche le attività di recupero e riciclo di essa che, invece, dovrebbero tipicamente essere svolte in regime di mercato, così che tale impropria attribuzione di titolarità esclusiva in capo al gestore delle suddette frazioni viene a configurare una sorta di monopolizzazione dei mercati concorrenziali "a valle". In tale ottica, si rileva anche la necessità di valutare le determinazioni di ARERA nel momento in cui consentono alle Regioni di "ripubblicizzare", attraverso lo schema degli impianti "minimi", la gestione degli impianti di riciclo organico senza tener conto del principio di concorrenza. Viene poi rilevata la necessità di indagare come possa conciliarsi l'apertura alla concorrenza dei cd. mercati "a valle" con il principio di prossimità nella gestione dei rifiuti. Sempre in tema si v. anche G. Marchianò, *L'economia circolare con particolare attenzione ai rifiuti urbani, ex d.l. n. 121 del 3 settembre 2020*, in *www.ambientediritto.it*, 2022.

La necessità di sottoporre il conferimento dei flussi presso gli impianti di trattamento alla predetta dinamica competitiva, evitando regimi di privativa non giustificati, emerge nella giurisprudenza anche dal punto di vista delle modalità di affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti. Si allude al fatto che, con l'abrogazione dell'art. 201 del Codice dell'ambiente, il quale attribuiva all'Autorità d'Ambito il compito di individuare un soggetto preposto alla realizzazione, gestione ed erogazione "dell'intero servizio", quest'ultimo non è più configurato come un tutto inscindibile, essendo ben possibile che entro i confini di un Ambito Territoriale Ottimale si affidi tutto il servizio ovvero singoli segmenti di esso separatamente[8].

Da quest'ultimo punto di vista, in giurisprudenza è apparsa censurabile la scelta di una stazione appaltante di affidare tramite procedura ad evidenza pubblica il servizio di gestione integrata dei rifiuti sulla base di un unico lotto, senza fornire un'adeguata motivazione, ai sensi e per gli effetti del disposto di cui all'art. 51 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (ora art. 58 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), che dia conto dei vantaggi economici e/o tecnico-organizzativi derivanti dall'opzione del lotto unico, piuttosto che della suddivisione in più lotti, e che espliciti le ragioni che giustifichino il sacrificio della concorrenza in un determinato settore del mercato, in relazione agli interessi, oltre che delle imprese, anche degli utenti[9]. In altri termini, il carattere "integrato" del servizio in questione non è considerato elemento valido e sufficiente, di per sé, a giustificarne l'affidamento "in blocco", senza una preventiva indagine dei differenti mercati aventi ad oggetto le singole attività per le differenti tipologie di rifiuto. Alla luce della giurisprudenza segnalata, pertanto, occorre considerare, ancora una volta, che, pur nell'ambito di una gestione "integrata" dei rifiuti, nulla osta, anzi è doveroso, considerare le specificità dei singoli settori della filiera; ciò, con particolare riferimento al segmento relativo al recupero dei rifiuti, il quale costituisce un'attività di mercato che, come tale, non può essere oggetto di una privativa ingiustificata[10].

[8] Così, Cons. St., sez. IV, 29 maggio 2023, n. 5257, cit.

[9] Così T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 24 aprile 2023, n. 1012, in www.*giustizia-amministrativa.it*. Nello stesso senso cfr. anche T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 2 gennaio 2024, n. 9; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 29 marzo 2024, n. 259, entrambe in www.*giustizia-amministrativa.it*.

[10] Sul punto, la sentenza oggetto precipuo del presente commento ha rilevato come, in particolare dopo l'introduzione del concetto di economia "circolare", l'approccio al servizio dei rifiuti, nella sua dimensione integrata, necessita di una "completa rivisitazione", al fine di valorizzare/valutare quelle attività che escono dal regime di privativa per inserirsi in un ambito di mercato. In tema, oltre alla giurisprudenza già citata in precedenza, cfr. T.A.R. Emilia-Romagna Bologna, sez. II, 16 gennaio 2023, n. 17, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 16 ottobre 2023, nn. 2331, 2332, 2334, *ivi*, in cui, pur confermando l'insussistenza di una privativa comunale, tuttavia non si esclude a priori la possibilità da parte di un ente locale di acquisire il servizio di recupero della FORSU alla mano pubblica ai sensi dell'art. 10, comma 3, del d.lgs. n. 201 del 2022, purchè siffatta scelta avvenga, come previsto dalla legge, all'esito di apposita istruttoria, svolta sulla base di un effettivo confronto tra le diverse soluzioni possibili, da cui risulti che la prestazione dei servizi da parte delle imprese liberamente operanti nel mercato sia inidonea a garantire il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali.

3. La *governance* "multi-livello" del servizio di gestione integrata dei rifiuti. La ritenuta carenza di potere, anche implicito, di ARERA in tema di impianti "minimi".

Un'ulteriore questione passata in rassegna dalla sentenza in commento, riguarda la riconducibilità, o meno, delle disposizioni in tema di impianti "minimi" al potere regolatorio attribuito dalla legge all'Autorità, nonché l'eventuale sovrapposizione di tale potere rispetto alle attribuzioni spettanti alle Regioni e, salendo al livello superiore, allo Stato.

L'impostazione che ci si accinge ad esaminare[11] prende le mosse dalla constatazione per cui la disciplina legislativa attributiva dei poteri alle Autorità indipendenti si connota spesso, vista l'oggettiva difficoltà di fare altrimenti, per l'utilizzo di clausole di ampio respiro, più orientate verso una prospettiva finalistica piuttosto che determinate in maniera tassativa nel loro contenuto: ciò ha portato la giurisprudenza all'elaborazione della nota teoria dei c.d. "poteri impliciti", con riferimento a quei poteri che non sono espressamente contemplati dalla legge ma che si desumono, all'esito di una interpretazione sistematica, dal complesso della disciplina della materia, perché strumentali all'esercizio di altri poteri, posto che nei settori di competenza delle Autorità indipendenti è oggettivamente complesso per il legislatore predeterminare quale possa essere il contenuto del provvedimento amministrativo, in presenza di poteri di regolazione con una valenza tecnica e che si esplicano in ambiti in costante evoluzione per dinamiche di mercato differenti; ciò con l'ulteriore precisazione per cui siffatto meccanismo, in quanto derogatorio del principio di legalità, va applicato in modo stringente nonché va "affiancato" da particolari garanzie di carattere procedimentale, per consentirne la compatibilità costituzionale[12].

Così individuata la cornice di riferimento, il ragionamento condotto dai giudici amministrativi, al fine di pervenire alla decisione in commento, prende le mosse dalla considerazione del disposto di cui all'art. 1, comma 527, della l. 27 dicembre 2017, n. 205, il quale, proprio nella citata dimensione "finalistica", conferisce ad ARERA una funzione di regolazione e controllo del servizio integrato dei rifiuti, al fine di garantire

[11] Siffatta impostazione si rinviene, oltre nella sentenza oggetto principale del presente commento, anche in Cons. St., sez. II, 6 dicembre 2023, n. 10548 e n. 10550, nonché in Id., 14 dicembre 2023, n. 10775, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[12] Così, di recente, T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 24 febbraio 2023, n. 486, in *Foro amm.*, 2023, II, 211. In tema, si v. anche Cons. St., sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972, in *Giur. comm.*, 2022, II, 152, in cui si è rilevato che nell'esercizio dei poteri desunti in via interpretativa occorre rafforzare la legalità procedimentale, la quale assume una valenza forte per "compensare" le mancanze della legalità sostanziale. Ancora prima cfr. Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, in *Foro amm.*, 2015, n. 760. In tema si v. in dottrina, tra gli altri, A. Marra, *I poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2023, 697 ss.; F.F. Guzzi, *I poteri amministrativi impliciti: un tema alla ricerca di soluzioni*, in *www.ambientediritto.it*, 2023; S. Spuntarelli, *Poteri impliciti* (*ad vocem*), in *Enc. dir.*, I Tematici, V, 2023, 934 ss.; M. Ramajoli, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in *Riv. reg. merc.*, 2022, 26 ss.; G. Manfredi, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 2021, 749 ss.; C. Acocella, *Poteri indipendenti e dimensioni della legalità. Le prospettive di sostenibilità dell'implicito nell'esperienza delle autorità amministrative indipendenti*, in Id. (a cura di), *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Napoli, 2022, 11 ss.; F.L Maggio, *Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *www.federalismi.it*, 2001; P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018; G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 703 ss.; N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001.

accessibilità, fruibilità e diffusione omogenee sull'intero territorio nazionale nonché adeguati livelli di qualità in condizioni di efficienza ed economicità della gestione, armonizzando gli obiettivi economico-finanziari con quelli generali di carattere sociale, ambientale e di impiego appropriato delle risorse, nonché di assicurare l'adeguamento infrastrutturale agli obiettivi imposti dalla normativa europea. In particolare, tra le funzioni così attribuite, quelle che interessano la tariffa del servizio riguardano la predisposizione ed aggiornamento del metodo tariffario per la determinazione dei corrispettivi del servizio integrato dei rifiuti e dei singoli servizi che costituiscono attività di gestione, a copertura dei costi di esercizio e di investimento, compresa la remunerazione dei capitali, sulla base della valutazione dei costi efficienti e del principio «chi inquina paga» (lett. f); la fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento (lett. g); l'approvazione delle tariffe definite, ai sensi della legislazione vigente, dall'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale per il servizio integrato e dai gestori degli impianti di trattamento (lett. h).

Ciò posto, secondo i giudici amministrativi l'attività di regolazione così attribuita all'Autorità "non può avere una portata illimitata", dovendo l'atipicità finalistica del relativo potere confrontarsi con la tipicità dei poteri di altre amministrazioni che con il primo in qualche modo interferiscono. In tale ottica, sempre in base all'orientamento ora in considerazione, le norme del Codice dell'ambiente che ripartiscono le competenze in tema di gestione dei rifiuti, "non possono che costituire un limite all'espansione finalistica del potere di ARERA, arginandolo alla radice".

Ebbene, le predette norme che vengono in considerazione riguardano l'aspetto di indirizzo, di competenza dello Stato, nonché quello di pianificazione, attribuito alle Regioni, del servizio di gestione integrata dei rifiuti.

Dal primo punto di vista, la giurisprudenza in commento ha richiamato l'impostazione, ormai consolidata, per cui la disciplina dei rifiuti rientra nella materia inerente la "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema", di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, lett. s), della Costituzione: in tale prospettiva, si è precisato che la legislazione statale, anche in attuazione degli obblighi europei, rappresenta un livello di tutela uniforme trasversale che si impone sull'intero territorio nazionale come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza, per evitare che esse deroghino al livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato, ovvero lo peggiorino[13].

Ciò posto, il carattere trasversale di detta competenza statale andrebbe ad interessare non solo le disposizioni di carattere sostanziale in tema di rifiuti, ma anche la dimensione organizzativa, entro la quale lo Stato alloca le funzioni amministrative in materia di tutela dell'ambiente, individuando più livelli e soggetti, i cui rispettivi ruoli devono essere coordinati nella prospettiva di una maggiore adeguatezza ed efficienza degli interventi di attuazione delle politiche ambientali.

Partendo da tale presupposto, la sentenza oggetto precipuo del presente commen-

[13] Così, tre le tante, si v. Corte cost., 7 ottobre 2021, n. 189, in *Foro amm.*, 2022, II, 358; Corte cost., 23 luglio 2015, n. 180, in *Giur. cost.*, 2015, 1355; Corte Cost., 14 luglio 2015, n. 149, *ivi*, 1282; Corte Cost., 10 aprile 2015, n. 58, *ivi*, 519. Sul punto cfr. anche Cons. St., sez. IV, 17 maggio 2022, n. 3870, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. IV, 27 giugno 2017, n. 3146, in *Riv. giur. ed.*, 2017, I, 940; Cons. St., sez. IV, 16 dicembre 2016, n. 5340, in *Foro amm.*, 2016, 2932.

to, passa in rassegna le norme del Codice dell'ambiente le quali, anche innovando rispetto all'assetto precedente, "disegnano" un meccanismo pianificatorio "a cascata" che coinvolge Stato e Regioni, secondo un approccio multilivello.

In primo luogo, sul fronte statale, l'art. 195 del Codice ha attribuito al livello centrale, in un'ottica di integrazione e coerenza delle pianificazioni regionali, la funzione volta ad individuare criteri generali, differenziati per i rifiuti urbani e per i rifiuti speciali, ai fini dell'elaborazione dei piani regionali. In siffatta ottica, l'introduzione dell'art. 198-*bis* del Codice in tema di "Programma nazionale per la gestione dei rifiuti" confermerebbe la scelta di avocare al livello centrale le scelte di principio, affidando a tale atto il compito di definire i criteri e le linee strategiche cui le Regioni e le Provincie autonome devono attenersi nell'elaborazione dei piani regionali.

In secondo luogo, e di conseguenza, viene in considerazione, ai sensi dell'art. 196, la predisposizione del "Piano regionale di gestione dei rifiuti", il quale comprende, secondo quanto specificato dal successivo art. 199, l'analisi delle modalità di gestione dei rifiuti adottate nell'ambito geografico interessato, le misure da assumere per migliorare l'efficacia ambientale delle diverse operazioni di gestione dei rifiuti, nonché una valutazione del modo in cui i piani contribuiscono all'attuazione degli obiettivi e delle disposizioni nazionali di cui al Codice dell'ambiente stesso. In particolare, per ciò che attiene al tema oggetto del presente in commento, i piani regionali suddetti, sempre in forza del predetto art. 199, comma 3, del Codice, individuano: tipo, quantità e fonte dei rifiuti prodotti all'interno del territorio, suddivisi per ambito territoriale ottimale per quanto riguarda i rifiuti urbani, rifiuti che saranno prevedibilmente spediti da o verso il territorio nazionale e valutazione dell'evoluzione futura dei flussi di rifiuti, nonché la fissazione degli obiettivi di raccolta differenziata da raggiungere a livello regionale (lett. a); i sistemi di raccolta dei rifiuti e impianti di smaltimento e recupero esistenti (lett. b); una valutazione della necessità di nuovi sistemi di raccolta, della chiusura degli impianti esistenti per i rifiuti, di ulteriori infrastrutture per gli impianti per i rifiuti in conformità del principio di autosufficienza e prossimità e se necessario degli investimenti correlati (lett. c). Si tratta, in sostanza, di svolgere un'analisi della domanda e dell'offerta, al fine di stabilire: le politiche generali di gestione dei rifiuti, incluse tecnologie e metodi di gestione pianificata dei rifiuti, o altre politiche per i rifiuti che pongono problemi particolari di gestione (lett. e); il complesso delle attività e dei fabbisogni degli impianti necessari a garantire la gestione dei rifiuti urbani secondo criteri di trasparenza, efficacia, efficienza, economicità e autosufficienza della gestione dei rifiuti urbani non pericolosi all'interno di ciascuno degli ambiti territoriali ottimali, nonché ad assicurare lo smaltimento e il recupero dei rifiuti speciali in luoghi prossimi a quelli di produzione al fine di favorire la riduzione della movimentazione di rifiuti (lett. h).

L'assetto di competenze fin qui descritto, in definitiva, esprime la necessità, sempre secondo la giurisprudenza in commento, che la "regìa" in tema di gestione dei rifiuti resti unitaria, in modo da assumere una visione d'insieme delle criticità, così da individuare soluzioni che possono anche travalicare i confini territoriali. In altri termini, sussisterebbe la necessità di salvaguardare un sistema che preveda un coordinamento statale nella individuazione delle scelte necessarie a chiudere in maniera efficiente il ciclo dei rifiuti. In particolare sotto il profi-

lo della dotazione impiantistica, il bilanciamento tra tutela dell'ambiente, da un lato, e promozione della concorrenza, dall'altro lato, non potrebbe essere rimessa alla singola Regione in assenza di indicazioni da parte dello Stato soprattutto in situazioni di deficit infrastrutturale, rispetto al quale occorrerebbe una valutazione prospettica ed equidistante al fine di valutare necessità e priorità.

Nel quadro così ricostruito, si è giunti a ritenere che ARERA, nel fornire i criteri per individuare gli impianti "minimi" quale fattore essenziale per la chiusura del ciclo integrato dei rifiuti, abbia finito per indirizzare il potere pianificatorio delle Regioni, avocando, di fatto, un potere di direttiva il quale, come si è visto, spetta allo Stato, potere che quest'ultimo non ha inteso delegare all'Autorità, così che quest'ultima ha finito per individuare una soluzione di carattere normativo alle criticità impiantistiche consistente nella sostanziale acquisizione al sistema pubblicistico di impianti operanti in regime di libera concorrenza.

4. Il meccanismo degli impianti "minimi" quale strumento di natura regolatoria al servizio della pianificazione regionale nel quadro delle direttive statali. La ricomposizione della *governance* "multi-livello".

Così ricostruito l'*iter* argomentativo seguito dalla giurisprudenza in commento al fine di escludere un potere, anche implicito, di ARERA in tema di individuazione di impianti "minimi", occorre svolgere alcune considerazioni sulle conclusioni cui sono approdati i giudici amministrativi.

Sul punto si potrebbe anche dubitare che l'Autorità abbia effettivamente sconfinato nell'ambito coperto da attribuzioni statali e regionali in materia di gestione integrata dei rifiuti, soprattutto tenendo conto che il suo intervento era da considerarsi limitato alle situazioni di conclamato deficit impiantistico, con riferimento alle quali l'intento dell'Autorità è stato quello di arginare, tramite la sottoposizione ad una regolazione tariffaria, un eccessivo potere di mercato in capo ai pochi impianti esistenti, nonché i conseguenti riflessi in tema di incremento dei costi di gestione dei rifiuti urbani e dunque di una maggiore spesa per gli utenti.

Tale, limitato, campo di applicazione del meccanismo degli "impianti minimi" non parrebbe rientrare nel potere di "direttiva" attribuito allo Stato dall'art. 198-*bis* del Codice dell'ambiente, in quanto consistente nella definizione dei "criteri e linee strategiche" delle pianificazioni regionali. Analogamente, al livello territoriale viene demandato, come già illustrato, il compito, tra gli altri, di svolgere un'analisi della domanda e dell'offerta, al fine di stabilire le politiche generali di gestione dei rifiuti, entro cui si colloca l'individuazione della eventuale necessità di realizzare nuovi impianti, in modo da garantire la gestione dei rifiuti urbani secondo criteri di efficacia, efficienza, economicità ma anche autosufficienza e prossimità. Così, in fondo, l'individuazione degli impianti "minimi" costituisce solo un possibile strumento di carattere regolatorio al servizio delle "politiche generali" predette, del quale le singole Regioni, a seguito delle necessarie analisi della situazione di riferimento, possono decidere di avvalersi, o meno, fermi restando i poteri di programmazione e pianificazione in capo a Stato e

Regioni sulla realizzazione di nuovi impianti[14].

Per contro, tra le competenze legislativamente conferite all'Autorità rientra, come già sottolineato, oltre alla predisposizione ed aggiornamento del metodo tariffario del servizio integrato dei rifiuti e dei singoli servizi che costituiscono attività di gestione, ivi comprese quelle che si inseriscono in un contesto di mercato, anche la fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento. Peraltro, le attribuzioni delle Autorità in materia di regolazione economico-tariffaria sono state ulteriormente confermate e ribadite, in linea generale, dal disposto di cui al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, recante "Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica" (art. 6, comma 1, e art. 26, comma 1).

Nel descritto scenario, si sarebbe potuto anche riconoscere ad ARERA quantomeno un potere di natura implicita desumibile in via interpretativa volto ad impedire eccessivi poteri di mercato in capo a pochi operatori in certi e specifici contesti, proprio allo scopo di "di garantire accessibilità, fruibilità e diffusione omogenee sull'intero territorio nazionale nonchè adeguati livelli di qualità in condizioni di efficienza ed economicità della gestione", così come prescritto in una prospettiva "finalistica" dal già segnalato art. 1, comma 527, della l. 27 dicembre 2017, n. 205.

Del resto, lo stesso Ministero competente, nell'approvare il PNGR attraverso il già citato d.m. 24 giugno 2022 n. 257, ha mostrato di non ravvisare alcuna "invasione" di competenza da parte di ARERA nel momento in cui essa ha disciplinato il meccanismo degli impianti "minimi" nell'ambito del Metodo Tariffario Rifiuti per il secondo periodo regolatorio 2022-2025 (MTR-2), così come ammesso anche dai giudici amministrativi nella giurisprudenza in commento[15]. Infatti, il citato Programma ministeriale, al par. 5.2., ha dato atto dell'adozione da parte di ARERA, con un intervento evidentemente ritenuto legittimo, di una sua "propria distintiva tassonomia degli impianti di trattamento dei rifiuti urbani"assoggettabili a regolazione tariffaria, cui lo stesso Ministero rinvia, riconoscendo, pertanto, il potere dell'Autorità in tema. In particolare, sempre secondo il Ministero, la definizione del meccanismo in questione si colloca nell'ambito degli obiettivi che hanno guidato da subito l'azione di ARERA: da un lato, la promozione della capacità del sistema locale (regionale o di macroarea) di gestire integralmente i rifiuti, con una forte attenzione al profilo infrastrutturale del settore, per ricomporre i divari territoriali e le carenze impiantistiche rilevate, favorendo così anche il pieno esplicarsi degli stimoli concorrenziali al raggiungimento dell'efficienza allocativa; dall'altro lato, lo sfruttamento ottimale delle potenzialità di valorizzazione economica insite nelle diverse filiere dei rifiuti, incentivando lo sviluppo di soluzioni tecnologiche innovative ed ambientalmente sostenibili, penalizzando oltremodo lo smaltimento in discarica, in coerenza con gli obiettivi di ca-

[14] Sul punto cfr. anche P. La Selva, *Alcune riflessioni su ambiente e concorrenza nella regolazione del mercato dei rifiuti*, in *Dir. ec.*, 2023, 89 ss, il quale sottolinea come in tema di classificazione degli impianti "minimi" non risulti una riserva di regolamentazione statale evincibile dal quadro normativo.

[15] In particolare, al punto 53 della sentenza del Consiglio di Stato n. 10550 del 2023, cit., si ammette proprio che "il Ministero mostra in verità di condividere le opzioni dell'Autorità, evidentemente non ravvisando nella relativa estrinsecazione alcuna invasione delle proprie competenze".

rattere ambientale dettati dal quadro eurounitario e nazionale.

In tale "riconoscimento" operato dal Ministero si potrebbe scorgere una conferma della possibilità, in realtà, di riconoscere all'Autorità un potere anche solo in via implicita nel campo in considerazione, proprio nell'ottica del perseguimento e della realizzazione degli obiettivi che la legge le ha affidato.

Ancora, sempre nella medesima sede, si è dato atto che il perimetro di azione di ARERA è da ritenersi circoscritto, quantomeno prioritariamente, agli impianti di trattamento finale dei rifiuti urbani volti all'effettiva chiusura del ciclo mediante operazioni di smaltimento o di recupero (impianti di trattamento della frazione organica, inceneritori e discariche), con esclusione degli impianti riconducibili alle filiere del riciclaggio, destinati al recupero di materia, gestiti da Consorzi di filiera, o da altri soggetti, con i quali i Comuni possono sottoscrivere specifiche convenzioni per la copertura degli oneri sostenuti per le raccolte differenziate dei rifiuti, nonché degli impianti riconducibili ad altre filiere di riciclaggio destinati al recupero di materia diversi dagli impianti di trattamento biologico della frazione organica.

Al successivo par. 9, si precisa ulteriormente che le scelte in ordine alla qualificazione degli impianti di chiusura del ciclo come "minimi" devono trovare adeguata giustificazione e sviluppo nei pertinenti atti di programmazione regionale, a seguito dell'analisi dei flussi nonché di una ricognizione degli impianti di trattamento presenti sul proprio territorio: in tale ordine di idee, la classificazione in questione può essere attribuita agli impianti che "risultino operare, offrendo la propria capacità di trattamento, in un mercato caratterizzato da rigidità strutturali, nella misura di un ampio e stabile eccesso di domanda a fronte di un limitato numero di operatori presenti, avendo eventualmente capacità di trattamento già impegnata da flussi garantiti dagli strumenti di programmazione, o da altri atti amministrativi, o, comunque, essendo individuati come tali in sede di programmazione".

Infine, per quanto qui rileva, viene anche ribadito dal PNGR che l'individuazione degli impianti di chiusura del ciclo "minimi" richiede da parte delle Regioni e Province autonome la contestuale indicazione: a) dei flussi che si prevede vengano trattati per impianto, anche ove ancora non risultassero negli strumenti di programmazione vigenti; b) dell'eventuale distinzione dei medesimi secondo il criterio di prossimità che la Regione o Provincia autonoma ritengano utile specificare; c) dell'elenco dei soggetti che si prevede conferiscano ai medesimi impianti (quali per esempio i gestori della raccolta e del trasporto dei rifiuti urbani o i gestori di impianti di trattamento intermedio).

Tutto ciò considerato, pare confermato l'assunto in precedenza proposto per cui l'individuazione degli impianti "minimi" costituisce un possibile strumento di carattere regolatorio al servizio delle "politiche generali" che comunque sono decise a livello regionale, sulla base delle direttive impartite dallo Stato nell'ottica di garantire livelli uniformi di tutela ambientale.

Ad ogni buon conto, a ricomporre il quadro in qualche misura "spezzato" dalla giurisprudenza commentata è intervenuta nuovamente la stessa ARERA con la deliberazione del 23 gennaio 2024 n. 7, la quale, in dichiarata ottemperanza alle sentenze amministrative esaminate, pur confermando sostanzialmente l'impostazione già assunta, ha dato espressamente conto della necessità che la determinazione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento avvenga tramite la modulazione degli

strumenti di regolazione, distinguendo gli impianti di chiusura del ciclo in "integrati", "minimi" e "aggiuntivi", di cui al MTR-2, "in coerenza con i criteri indicati nel Programma nazionale per la gestione dei rifiuti (PNGR) approvato con il decreto del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica 24 giugno 2022, n. 257".

In definitiva, l'Autorità, con la recente delibera indicata, ha preso atto dell'emanazione del PNGR, ancora non esistente all'epoca della delibera del 3 agosto 2021 n. 363 di approvazione del MTR-2, il quale comunque, come si è illustrato, si è espresso in senso conforme a quanto già stabilito in precedenza dall'Autorità stessa[16]. Quest'ultima, nell'ottemperare alle statuizioni del giudice amministrativo, ha comunque rivendicato il fatto che attraverso la definizione del meccanismo degli impianti "minimi" essa non ha mai "inteso intervenire sulle competenze pianificatorie di altri soggetti competenti alla concreta individuazione di tale tipologia di impianti, né sulle competenze in materia di assegnazione dei servizi che possono essere svolti attraverso i medesimi impianti". L'intervento in tale ambito, sempre secondo l'Autorità, non ha certo voluto provocare la creazione di una privativa nei termini che i giudici amministrativi hanno ritenuto di cogliere, bensì, al contrario, è stata animata da una "finalità di tipo pro-concorrenziale" volta a ridurre il potere di mercato detenuto in certi contesti in maniera eccessiva dai gestori degli impianti di trattamento, con i conseguenti effetti negativi in termini di costo del servizio per i cittadini.

In definitiva, una volta ricostruite le dinamiche di *governance* "multi-livello" del servizio in questione, si può affermare, conclusivamente, come il dibattito sviluppatosi sul tema degli impianti "minimi" testimoni un processo, avviato ma ancora in corso, di armonizzazione ed equilibrio tra valori tradizionalmente ritenuti, perlomeno in qualche misura, antitetici, ossia la tutela dell'ambiente, attraverso i principi di autosufficienza e prossimità, da un lato, e la promozione della concorrenza, dall'altro lato, in coerenza con la gerarchia dei valori affermati a proposito delle modalità di affidamento di contratti pubblici.

La sfida, come si diceva tuttora in atto, è quella di individuare un punto di equilibrio tra i suddetti valori, nella consapevolezza che lo stimolo della concorrenza può risultare funzionale anche ad una migliore tutela dell'ambiente, nel contesto di un'economia sostenibile e circolare; ciò a beneficio della società e della qualità dell'ambiente.

Tuttavia il corretto dispiegarsi di una sana e virtuosa logica di mercato necessita ancora di interventi "correttivi"[17], soprattutto sul fronte impiantistico, come quello posto in essere dall'Autorità, e poi di fatto recepito anche in sede ministeriale, anche se probabilmente si sarebbe dovuto verificare il contrario. In tale quadro, appare chiarissima la situazione di squilibrio infra-

[16] Per la verità, ARERA, già nel documento di consultazione n. 196 del 2021, recante "Primi orientamenti per la definizione del Metodo Tariffario Rifiuti per il secondo periodo regolatorio", aveva espresso l'opportunità di un intervento governativo con il quale individuare (e aggiornare con frequenza periodica, ad esempio biennale) gli impianti di chiusura del ciclo "minimi" da assoggettare a regolazione al fine di promuoverne l'efficienza in un quadro di progressivo dinamismo concorrenziale. Senonché, come si è ampiamento rappresentato, tale intervento governativo è pervenuto solo con il d.m. 24 giugno 2022, n. 257, il quale ha comunque sostanzialmente confermato l'impostazione adottata in precedenza dall'Autorità con la delibera del 3 agosto 2021 n. 363 di approvazione del MTR-2.

[17] Sul tema degli interventi correttivi di situazioni di "fallimento del mercato" cfr., tra gli altri, P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, 355.

strutturale che caratterizza il nostro Paese: come rilevato nel PNGR, infatti, la distribuzione geografica degli impianti risulta fortemente disomogenea tra le Regioni italiane in termini di numerosità, capacità autorizzata e scelte tecnologiche, in quanto circa il 65% della complessiva capacità di trattamento autorizzata per gli impianti di recupero della frazione organica biodegradabile è operativa al Nord; per converso, quote considerevoli di rifiuti prodotte nelle aree del Centro e nel Mezzogiorno vengono trattate in impianti localizzati in altre aree, soprattutto nell'Italia Settentrionale, quindi non coerentemente con i principi di auto contenimento territoriale o prossimità dettati dagli indirizzi normativi e delle buone pratiche.

In tale contesto, dunque, un ruolo importante ai fini del reperimento del punto di equilibrio poc'anzi evocato è svolto senz'altro dall'attività di regolazione di ARERA, in coerenza ai poteri che la legge le ha attribuito, da ultimo anche rispetto al servizio di gestione integrata dei rifiuti. In tale ottica, come da sempre rivendicato dall'Autorità stessa, l'intervento in tema di impianti "minimi", che di fatto ha solo anticipato quello statale nei contenuti, appare necessario al fine di contenere un fenomeno che ancora diffusamente sussiste, ovvero quello per cui i (troppo) pochi operatori esistenti in molti contesti territoriali detengono un potere di mercato eccessivamente ampio, tanto da costituire una sorta di oligopolio che appare il contrario del libero mercato (solo) astrattamente propugnato dai giudici amministrativi, a tutto discapito dei costi riversati sui cittadini.

Dunque, ove la situazione di deficit impiantistico lo richieda (e ciò purtroppo si verifica ancora in parecchi contesti territoriali, costituendo più che l'eccezione la regola), l'intervento di ARERA appare, come da sempre dichiarato dall'Autorità stessa, come volto a correggere una sorta di fallimento del mercato, nell'ottica di garantire condizioni eque di gestione del servizio e, in prospettiva, di sviluppare un'effettiva concorrenza laddove ancora non vi siano le condizioni (ciò anche stimolando nuovi, quanto cospicui, investimenti infrastrutturali), piuttosto che, come invece ritenuto dai giudici amministrativi, a creare dei regimi di privativa ingiustificati. Così, una volta ricostruite correttamente le dinamiche della *governance* "multilivello" del servizio di gestione integrata dei rifiuti, con il ripristino del potere di indirizzo statale, appare condivisibile la sostanziale conferma, nei termini illustrati, del meccanismo degli impianti "minimi", quale (possibile) strumento delle politiche generali di gestione dei rifiuti individuate dalle Regioni.

Saul Monzani

4. Il cigno verde e la separazione dei poteri (nota a sentenza Tribunale civile di Roma del , sez. II, causa n. 39415 del 2021)

Sommario: 1. La vicenda contenziosa. – **2.** Alcuni antecedenti giurisprudenziali e talune premesse culturali. – **3.** Quale situazione giuridica è agita nel contenzioso climatico? – **4.** Spunti conclusivi sul giudice.

1. La vicenda contenziosa.

Deve prevalere un concetto di verità "forte", in quanto "naturale", ossia composta delle sue cinque classiche qualità epistemiche (corrispondenza, rivelazione, conformità, coerenza e utilità) scopribili attraverso protocolli scientifici, oppure una verità "debole", perché soltanto "istituzionale", ossia frutto dell'ermeneutica giuridica che inquadra tutti i fatti come interpretazioni e reputa insindacabile l'interpretazione fornita dal potere, quando questo è legittimato democraticamente?[1] Il giudice è custode dei "principi", nonostante le "leggi di natura" e la scienza, o delle "garanzie", grazie anche alle "leggi di natura" e alle scoperte scientifiche sulla sopravvivenza umana?[2] E ancora: le leggi di natura possono condizionare, come parametro di validità, le previsioni normative, interponendosi la predizione scientifica come parametro di legalità cui il giudice soggiace secondo una logica di legalità di risultato e di *anticipatory regulation*?[3]

Tali capitali domande, sottese alla sentenza del Tribunale civile di Roma qui in commento, dimostrano quanto essa fosse attesa, non solo fra gli addetti ai lavori, e quanti fronti di interesse essa sottende, in tutte le scienze sociali[4]. Già la denominazione enfatica del caso, "Giudizio universale", la dice lunga sul carattere storico della pronuncia.

I numerosi ricorrenti sono costituiti da alcune organizzazioni non-governative, da un ampio numero di individui maggiorenni, da alcuni minori rappresentati in giudizio dai propri genitori. L'obiettivo generale dell'azione giudiziaria è accertare l'inadempimento da parte dello Stato italiano degli obblighi internazionali, europei e domestici

[1] Sulla concezione tarskiana della verità cfr. N. Abbagnano, *Storia della filosofia*, vol. 12, Novara-Roma, 2006.

[2] Su questo dilemma, si pensi ad alcune note contrapposizioni: in ambito giuridico fra Robert Alexy e Luigi Ferrajoli, e, in quello filosofico-sociale, fra Niklas Luhmann e Jürgen Habermas.

[3] G. Campeggio, *La causa "Giudizio Universale" e il problema della verità*, in *www.dirittocomparati.it*, 21 settembre 2022.

[4] Per un'ampia e recente ricognizione v. Aa.Vv., *Handbook of the Philosophy of Climate Change*, ed. G. Pellegrino-M. Di Paola, Cham, 2023.

in tema di contrasto al cambiamento climatico di origine antropica. Il contenzioso non mira ad ottenere uno specifico strumento legislativo né un risarcimento dei danni.

Quello che si domanda al Tribunale è di ordinare al Governo italiano di ridurre le proprie emissioni di gas a effetto serra del 92% entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990 e di adottare un piano comunicativo efficace in relazione ai rischi connessi al cambiamento climatico e alle politiche di prevenzione e adattamento a tali rischi da questo intraprese.

Il caso, che rappresenta la prima causa climatica in Italia, si colloca sulla scia di importanti sentenze già rese in altri paesi europei.

Basti pensare alla sentenza resa il 20 dicembre 2020 dalla Corte Suprema olandese nel caso *Urgenda*, in cui la Corte ordina al governo olandese di ridurre urgentemente e significativamente le emissioni in linea con i propri obblighi in materia di diritti umani.

Oppure alla sentenza resa dal Tribunale amministrativo di Parigi del 3 febbraio 2021, con la quale si riconosce una diretta responsabilità omissiva dello Stato francese in relazione agli obiettivi e agli impegni dell'Unione Europea e nazionali in materia di riduzione dei gas a effetto serra.

Vi sono delle differenze di fondo tra questi due precedenti. Mentre infatti con la decisione *Urgenda* i giudici hanno deciso non alla luce del dato positivo, ma del dato scientifico[5], nella vicenda *Affaire du siècle*, invece, il giudice amministrativo francese ha deciso sulla base del dato positivo, a cominciare dall'Accordo di Parigi del 2015 e dalla sua attuazione interna[6]. L'approccio *human rights based* che ha caratterizzato il caso *Urgenda* non ha avuto quindi la stessa rilevanza nel caso *Affaire du siècle*. Qui non è stato necessario mettere in luce la contrarietà della condotta dello Stato rispetto agli obblighi di protezione di diritti fondamentali quali la vita[7] e la salute delle persone, in quanto i ricorrenti avevano lamentato che la condotta dello Stato francese fosse in contrasto, prima ancora che con tali previsioni, con la stessa normativa nazionale in materia di lotta al cambiamento climatico, la cui legittimità non era in discussione[8].

Infine, si consideri la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 29 aprile 2021(*Neubauer* et al. c. Germania), la quale ha ritenuto la legge sul cambiamento climatico (c.d. *Klimaschutzgesetz*, "KSG" o "Legge sul Clima") adottata dal governo tedesco nell'ottobre del 2019 come inadeguata a raggiungere gli obiettivi posti dagli obblighi internazionali sulla riduzione di emissioni di gas serra assunti da quest'ultimo.

Insomma, vi erano una serie di precedenti che facevano ritenere in molti che il Tribunale di Roma avrebbe accolto l'istanza di parte attrice[9].

[5] M. Morvillo, Climate change litigation *e separazione dei poteri: riflessioni a partire dal caso Urgenda*, in *www.forumcostituzionale.it*, 28 maggio 2019.

[6] P. Patrito, *Cambiamento climatico e responsabilità dei pubblici poteri: aspetti (più o meno) problematici di un recente fenomeno*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 1934 ss.

[7] Sulla centralità del diritto alla vita in materia ambientale v. ora M. Monteduro, *La tutela della vita come matrice ordinamentale della tutela dell'ambiente (in senso lato e in senso stretto)*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2022, 423 ss.

[8] L. Del Corona, *Brevi considerazioni in tema di contenzioso climatico alla luce della recente sentenza del Tribunal Administratif de Paris sull'"Affaire du siècle"*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 2021, 333.

[9] Per una ragionata rassegna v. M. Delsignore, *Il contenzioso climatico dal 2015 ad oggi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 265 ss.; Aa.Vv., *Environmental Law Before the Courts. A US-EU Narrative*, ed. G. Antonelli, M. Gerrard, S. Colangelo, G. Montedoro, M. Santise, L. Lavrysen, M.V. Ferroni, Cham, 2023. Sull'importanza dei casi giurisprudenziali avvenuti nel Global

Così non è stato, e in questo senso la posizione restrittiva del Tribunale italiano sembra maggiormente avvicinarsi, con le debite differenze del caso, alla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha ritenuto lo Stato francese non responsabile per la non piena attuazione delle direttive sulla qualità dell'aria, in quanto le direttive perseguono gli obiettivi della tutela della salute e dell'ambiente e, pertanto, non sono in grado di far sorgere diritti differenziati in capo ai cittadini europei[10].

Il giudice ha osservato, infatti, che la domanda risarcitoria ricollegata alla titolarità di un diritto soggettivo (e come tale considerata scrutinabile dal giudice ordinario), per come formulata, è diretta in concreto a chiedere, quale *petitum* sostanziale, un sindacato sulle modalità di esercizio delle potestà statali previste dalla Costituzione. Sennonché, l'interesse di cui si invoca la tutela risarcitoria *ex* art. 2043 e 2051 c.c. non rientra nel novero degli interessi soggettivi giuridicamente tutelati, in quanto le decisioni relative alle modalità e ai tempi di gestione del fenomeno del cambiamento climatico antropogenico – che comportano valutazioni discrezionali di ordine socio-economico e in termini di costi-benefici nei più vari settori della vita della collettività umana – rientrano nella sfera di attribuzione degli organi politici e non sono sanzionabili nel giudizio.

La responsabilità dello Stato sarebbe originata dalle condotte omissive, commissive e provvedimentali del Governo e del Parlamento che non consentirebbero il raggiungimento di obiettivi più ambiziosi rispetto a quelli cui lo Stato si è vincolato. Quelli posti in essere dal Governo e dal Parlamento sono tuttavia atti, provvedimenti e comportamenti manifestamente espressivi della funzione di indirizzo politico, consistente nella determinazione delle linee fondamentali di sviluppo dell'ordinamento e della politica dello Stato nella delicata e complessa questione del cambiamento climatico antropogenico. Le censure mosse si appuntano sull'azione di indirizzo politico realizzata dai titolari della sovranità statuale in ordine alle concrete modalità con cui stanno contrastando il cambiamento climatico per il raggiungimento degli obiettivi individuati nell'ambito dell'ordinamento eurounitario e internazionale.

Da qui il giudice trae il proprio difetto assoluto di giurisdizione, pur ricordando che la domanda proposta in via subordi-

South v. M. Schirripa,*Climate Change Litigation and the Need for 'Radical Change'*, in www.federalismi.it. Si consideri che mentre il presente contributo era in corso di pubblicazione è sopraggiunta la sentenza della Corte Edu, del 9 aprile 2024, con la quale i giudici di Strasburgo hanno dato ragione alle ricorrenti dell'associazione svizzera «Klimaseniorinnen», ovvero «le nonne svizzere» data l'età media over 70, che hanno accusato il governo elvetico di aver violato i loro diritti umani non impegnandosi abbastanza rapidamente per affrontare la «febbre» della Terra. In particolare, la Corte Edu ha stabilito la violazione dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, riguardante «il rispetto della vita privata e familiare», ma ha escluso la violazione dell'articolo 2, ovvero «il diritto alla vita». Nella stessa data la Corte Edu è stata chiamata a esprimersi anche sul caso «Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Other States», una causa promossa da un gruppo di giovani portoghesi nei confronti di 32 Stati membri dell'Unione Europea (Italia compresa), accusati di non fare abbastanza per ridurre le emissioni. Il loro ricorso è stato dichiarato inammissibile dai giudici di Strasburgo, secondo cui i ricorrenti avrebbero dovuto rivolgersi ai tribunali portoghesi prima di fare ricorso alla Cedu. La stessa sorte è toccata anche al terzo e ultimo contenzioso climatico finito sul tavolo della Corte europea dei diritti dell'uomo. A presentare ricorso in questo caso è stato Damien Carême, ex sindaco di Grande-Synthe, che ha fatto causa alla Francia per non aver agito con abbastanza convinzione ed efficacia per limitare gli effetti dei cambiamenti climatici. La Corte di Strasburgo ha fatto notare però che Carême non vive più in Francia e di conseguenza non può dichiararsi vittima dell'inazione del governo francese.

[10] Corte di Giustizia UE, Grande sezione, 22 dicembre 2022, Causa C-61/21 - J.P. c. Ministre de la Transition écologique e Premier ministre, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, con nota di M. Delsignore, *Il giudice europeo e il risarcimento del danno per inquinamento dell'aria*, la quale, pur criticando la pronuncia, mette in luce la preferibilità di strumenti di *public enforcement* piuttosto che di *private enforcement*.

nata, volta ad ottenere una modifica del Piano Nazionale Integrato Energia e Clima (PNIEC), attenendo alla legittimità dell'atto amministrativo e, comunque, a comportamenti e omissioni riconducibili all'esercizio di poteri pubblici in materia di contrasto al cambiamento climatico antropogenico, è afferente alla giurisdizione amministrativa generale di legittimità.

2. Alcuni antecedenti giurisprudenziali e talune premesse culturali.

Riassumendo: il Tribunale di Roma respinge con tali secche argomentazioni tre punti essenziali di attacco su cui si fondava la strategia degli attori.

Da un lato l'azione rappresenta un tipico esempio di lite strategica, sulla falsariga del già menzionato caso *Urgenda*. Vi è poi l'aspetto ambientale, basato per lo più sulla violazione del diritto internazionale del clima e delle norme che ne hanno dato attuazione sia sul piano comunitario che sul piano interno. Infine, vi è l'aspetto puramente civilistico, per cui si reclama la responsabilità extracontrattuale dello Stato italiano (*ex* art. 2043 c.c.) per non aver rispettato obblighi di prevenzione di danni in situazioni di 'minaccia urgente'; minaccia, secondo i ricorrenti, comprovata ampiamente dalla scienza.

Un altro aspetto interessante riguarda proprio il rapporto fra scienza e autonomia della politica. I ricorrenti, in linea con questo tipo di contenzioso, rimarcano come la politica debba agire secondo quelle che sono le più autorevoli indicazioni scientifiche in materia di cambiamento climatico (a livello internazionale si considerino i rapporti dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change*), da cui discende anche un obbligo di informare correttamente i cittadini circa l'attuazione dei piani nazionali (cd. 'riserva di scienza'), obbligo recepito dal diritto internazionale ambientale nonché dalla giurisprudenza della Corte EDU e della Corte costituzionale italiana[11].

Invero, la strategia dei ricorrenti, non si fondava solo su importanti precedenti in altri Stati, anche di *civil law*.

Essa ha come base una importante corrente dottrinale[12] fondata su alcuni snodi essenziali. La premessa è che viviamo un'emergenza sia ecosistemica che climatica, aggravata dall'urgenza del necessario abbandono di qualsiasi opzione di transizione energetica ancora fossile, perché ormai «minacciosa» essa stessa.

In tale contesto, i contenuti dell'obbligazione climatica, tracciati primariamente a livello internazionale dal Preambolo e dai primi quattro articoli dell'UNFCCC[13], sono *self-executing* e integrabili con fattispecie tipiche già disciplinate dai singoli ordinamenti (come, per es., l'art. 2051 c.c. sulla «custodia di cose», non a caso richiamato dalle parti attrici della causa "Giudizio Universale").

Quindi la tipizzazione resta tutta di matrice internazionale, integrandosi, in ragione della relazione di specialità dell'UNFCCC con le fonti degli Stati, con gli istituti interni compatibili con quella *ratio*. Si spiega in questo modo il ricorso, nelle c.d. *climate change litigation*, alle categorie del *tort* e dell'illecito extracontrattuale. Esse rivendi-

[11] V. ad esempio le sentenze della Corte costituzionale n. 169/2017, n. 338/2003, n. 282/2002.

[12] M. Carducci, *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. 2021, 51 ss.

[13] La Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (United Nations Framework Convention on Climate Change, da cui l'acronimo UNFCCC o FCCC), nota anche come Accordi di Rio.

cano il principio del *neminem laedere* come norma generale interna/esterna, espressiva di un principio di diritto internazionale umanitario, e in secondo luogo ricorrono ancora a esso come regola di responsabilità, non derogabile da nessun genere di disposizione interna[14].

In questo approccio il principio di riserva di scienza ha delle ricadute inevitabili sul piano dei poteri del giudice e dei rapporti di quest'ultimo con l'amministrazione[15], la legislazione e la stessa scienza. In buona sostanza, la discrezionalità politica viene ritenuta pienamente sindacabile nel modo in cui utilizza le conoscenze scientifiche istituzionalizzate dall'UNFCCC[16]; quanto alla cognizione del giudice, il principio ha delle evidenti ricadute con riguardo all'individuazione dei fatti notori (art. 115 c.p.c.) e di quelli non contestabili[17].

La sentenza del Tribunale di Roma si distacca da questo paradigma teorico, non solo nella misura in cui invoca il rispetto della discrezionalità politica e del principio di separazione dei poteri, ma anche ove lamenta la mancanza delle informazioni necessarie per l'accertamento della correttezza delle complesse decisioni prese dal Parlamento e dal Governo.

3. Quale situazione giuridica è agita nel contenzioso climatico?

È accettabile questo *self restaint* giudiziale? O, al contrario, lo Stato di eccezione permanente che viviamo, col picco del Covid-2019, autorizza severe deroghe ai principi cardine dello Stato di diritto, su tutti quello di separazione dei poteri[18], mercé la riserva di scienza?

Forse si dovrebbe tornare a riflettere sui fondamenti, e in particolare sul rapporto fra giurisdizione e teorica delle situazioni soggettive. Una suggestione in tal senso ci viene proprio dalla sentenza del Tribunale di Roma, che per un verso in maniera condivisibile si dichiara sfornito di giurisdizione di fronte alle immani questioni poste dal "cigno verde" (sono state individuate ben ventiquattro co-emergenze fra loro interdipendenti, fra le quali la «sesta estinzione di massa» e il possibile collasso degli ecosistemi nel 2030[19]), per altro verso individua un margine di intervento – più modesto ma forse più efficace – in capo al giudice amministrativo, rispetto a un atto di pianificazione generale quale il Piano Nazionale Integrato Energia e Clima.

Quando parlo di teorica delle situazioni soggettive lo faccio all'interno di un discor-

[14] Cfr. Corte cost. n. 16/1992.

[15] M.F. Cavalcanti, *Fonti del diritto e cambiamento climatico: il ruolo dei dati tecnico-scientifici nella giustizia climatica in Europa*, in *DPCE online*, 2/2023. Per una tassonomia dei diversi ruoli svolti e assunti dai giudici rispetto alla scienza (ricostruzione "soggettiva" del giudice, assunzione del parere consolidato all'interno della comunità scientifica, determinazione in concreto del contenuto scientifico di una disposizione legislativa scientificamente indeterminata, utilizzo di una tecnica innovativa a livello medico-scientifico, interpretazione conforme a Costituzione che risulta condizionata dal dato scientifico, *self-restraint* rispetto alla discrezionalità politica del legislatore, *self-restraint* a favore di istanze medico-scientifiche), rilevandosi un'inevitabile pluralità di approcci, cfr. S. Penasa, *Giudice "Ercole" o giudice "Sisifo"? Gli effetti del dato scientifico sull'esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in *www.forumcostituzionale.it*, 17 dicembre 2015.

[16] S. Jasanoff, *A World of Experts: Science and Global Environmental Constitutionalism*, in *B.C. Envtl. Aff. L. Rev.*, 2, 2013, 439-452.

[17] L. Bergkamp, *Adjudicating Scientific Disputes in Climate Science*, in *Envtl Liability*, 2015, 80-102.

[18] M. Ramajoli, *Il cambiamento climatico tra Green Deal e Climate Change Litigation*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2021, 53 ss.

[19] M. Carducci, *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, cit., 62.

so che non vuole toccare il tema, altrettanto spinoso, delle condizioni legittimanti e dell'interesse all'azione. Sul punto nella nostra dottrina è in corso un fecondo dibattito, con diverse opinioni, più o meno favorevoli a un'estensione della legittimazione per via del recupero della teorica astratta dell'azione o di una valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale in chiave di *standing* processuale[20].

Mi limito ad osservare come il tema è spesso filtrato, o forse inquinato, dal profilo dell'insindacabilità delle scelte politiche di Governo e Parlamento sul punto, a sua volta collegato (e confuso) col tema del controllo giudiziale sull'atto politico. Non è un caso che il Tribunale di Roma preferisca atterrare sul tema del difetto assoluto di giurisdizione, piuttosto che soffermarsi su possibili dichiarazioni di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione o per sussistenza dell'atto politico.

Anche a mio avviso queste ultime due questioni sono dei falsi problemi[21], perché comunque rifrazioni del nucleo duro costituito dalla riserva di scienza e dal suo rapporto potenzialmente destabilizzante e dirompente rispetto all'acciaccato principio di separazione dei poteri. A meno di non prenderne in prestito aspetti euristici utili e interessanti, come quello che guarda alla teoria dell'atto politico come modalità – scettica e storicista, come in un filone delle origini francesi della teoria – di indagine sui rapporti mobili tra giudice, politica e amministrazione[22].

Il Tribunale di Roma, in ogni caso, evidenzia la sommatoria di due lacune connesse: la mancanza nel caso di specie di interessi soggettivi giuridicamente tutelati, in quanto le decisioni relative alle modalità e ai tempi di gestione del fenomeno del cambiamento climatico rientrano nella sfera di attribuzione degli organi politici e non sono sanzionabili nel giudizio. Insomma: l'eccesso di potere giurisdizionale ai danni del legislatore e dell'amministrazione si coniuga qui al il difetto assoluto di giurisdizione per radicale assenza di una posizione giuridica soggettiva meritevole di tutela da parte di qualsiasi giudice[23]. Nonostante la sentenza parli di difetto assoluto di giurisdizione, in realtà essa si riferisce più propriamente all'eccesso di potere giurisdizionale, categoria di più rara frequenza statistica ma meno soggetta a rilievi critici rispetto al difetto assoluto di giurisdizione[24].

Il punto è, quindi, se muoverci in una tradizionale ottica individualista o assumere una diversa prospettiva rispetto al problema.

Anche le più avanzate e coraggiose tesi sulla tutela climatica talora restano intrappolate nella prima, più rassicurante, logica.

[20] Mi permetto di rinviare a G. Tropea, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 462 ss.

[21] L. Magi, *Giustizia climatica e teoria dell'atto politico: tanto rumore per nulla*, in *www.osservatoriosulle fonti.it*, 2021, 1030 ss. Di contro, tra i primi critici della sentenza del Tribunale di Roma, v'è chi richiama la sentenza n. 81/2012 della Corte costituzionale sull'atto politico. Cfr. L. Cardelli, *La sentenza "Giudizio Universale": una decisione retriva*, in *www.lacostituzione.info*, 11 marzo 2024.

[22] Ribadisco tale idea, da ultimo, in G. Tropea, *Teoria e ideologia del controllo giurisdizionale sull'amministrazione*, Relazione al Convegno annuale Aipda *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere,* Napoli, 29-30 settembre 2023, in corso di stampa sull'*Annuario Aipda 2023*.

[23] Riprendo qui la terminologia dell'attento studio di A. Cassatella, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 625 ss.

[24] Cfr. M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1677 ss.

Sul punto esistono molte impostazioni sul campo[25]: il diritto alla natura, il diritto della natura, il diritto al clima, la natura come patrimonio comune, la *public trust doctrine*. Non è questa la sede per approfondirle tutte, ma posso dire di essere dell'idea che anche le più raffinate elaborazioni soggettivistiche, come quella del diritto al clima[26], scontano la crisi della tirannia del diritto[27] e perpetuano una visione antropocentrica del problema.

Contro questa impostazione si è osservato che la diversa narrazione del clima come "bene comune" o "Global Common", ha portato ad affrontare la classica "tragedia" dell'utilizzo comune senza danni reciproci. Non ci sarebbe più spazio per nessuna inerzia: l'unica tragedia all'orizzonte sarebbe quella «dell'orizzonte temporale», e semmai si dovrebbe aprire ad orizzonti deliberativi e di gestione "comune" in tema di energia e beni vitali da cui la stabilità climatica dipende[28].

Il giudice della sentenza qui in commento non ha evidentemente seguito questa linea, sia pure nel ristretto rigore delle aule e delle "carte" processuali, che solo fino a un certo punto possono riecheggiare le altezze della speculazione teorica. Ma c'è una certa saggezza in questa autolimitazione giudiziale, da non leggere solo in una difesa conservativa e di retroguardia della separazione dei poteri[29].

Forse, dunque, c'è qualcosa d'altro.

È stato osservato[30] che l'idea dell'ambiente come patrimonio collettivo comune, terreno di incontro tra diritto alla natura e diritto della natura, mette al centro la teoria dei doveri, che a sua volta rafforza la dimensione pubblicistica della problematica ambientale[31]. In questo senso, la criticità non sta solo nel profilo dello spostamento delle competenze dalla politica alla giurisdizione[32], ma anche nel senso di collocare le decisioni fondamentali sui complessi rapporti tra ambiente, economia e società fuori dalla mediazione politica ed entro un campo essenzialmente sofocratico, giudice o scienziato che sia[33].

---

[25] Si v. l'attento studio di S. Valaguzza, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 293 ss.

[26] A. Pisanò, *Il diritto al clima. Una prima concettualizzazione*, in *L'ircocervo*, 2021, 261 ss.

[27] R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

[28] M. Carducci, *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, cit., 72.

[29] È la garbata critica che (sia pure in una condivisione dei valori e dei temi di fondo, e nella consapevolezza del modo in cui la separazione dei poteri viene declinata, bilanciata, attuata ed accettata in tutte le sue conseguenze) viene avanzata all'importante ultimo libro di M. Luciani da A. Cassatella, *Separazione dei poteri, ruolo della scienza giuridica, significato del diritto amministrativo e del suo giudice. Osservazioni a margine di "Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri" di Massimo Luciani*, in corso di pubblicazione.

[30] S. Valaguzza, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, cit.

[31] F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?,* in *www.dirittodelleconomia.it*, n. 3/2019, 575 ss.; P. Pantalone, *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri*, Napoli, 2023.

[32] Così D. Porena, *Giustizia climatica e responsabilità intergenerazionale*, in *www.rivistaaic*, 2023, 186 ss.

[33] Aggiungo che questa centralità del giudice, in un contesto eminentemente di *soft law* quale il diritto internazionale della crisi ecologica, è tipica della de-politicizzazione derivante dal contesto neoliberale che pervade i nostri ordinamenti. In esso a spiccare è il concetto di resilienza, tipico lemma che può facilmente divenire vettore di assestamenti neoliberali, come dimostrano le pionieristiche ricerche sul tema di Crawford Holling. Si v., se si vuole, G. Tropea, *Considerazioni sulla rimeditazione delle relazioni giuridiche di diritto amministrativo dopo la pandemia. Il libro di Pasquale Pantalone sulla "Crisi pandemica del punto di vista dei doveri"*, in corso di pubblicazione.

4. Spunti conclusivi sul giudice.

Questa sentenza non è evidentemente un punto di arrivo, ma di partenza.

Guarda al passato, ma talora può esser sano un approccio di questo genere, anche se non può portarci a dimenticare la prospettiva disastrosa del "cigno verde", per riprendere l'immagine suggestiva utilizzata dalla Banca dei regolamenti internazionali per indicare i rischi provenienti dal *climate change* in relazione alla stabilità finanziaria mondiale[34].

In questo senso, il richiamo finale nella sentenza al giudice amministrativo e alla sua sfera di cognizione sul potere mi pare interessante.

Mi rendo ben conto che la "microfisica" del giudice speciale e del suo processo è tuttora sottoposta ad attacchi, anche salaci e in più punti condivisibili[35].

Ma qui interessa l'opzione teorica di fondo che sembra sottesa al passaggio finale della sentenza del Tribunale civile di Roma.

L'idea mi pare evocare l'applicazione della tecnica del bilanciamento[36], ormai intrinseca alla logica del diritto fondamentale, come sappiamo sin dalla sentenza sull'Ilva di Taranto del 2013 della Consulta, sentenza non a caso definita schmittiana[37], confermata poi dalla giurisprudenza del tempo pandemico. In buona sostanza, emergenze e criticità talmente gravi da mettere in pericolo un assetto sociale impongono di disporre in una scala discendente di interessi; esse, inoltre, implicano unità e prontezza di decisione e valorizzazione di doveri e responsabilità. Insomma, si pongono nuovamente al centro della scena i doveri inderogabili di cui parla l'art. 2 Cost. Il nostro giudice amministrativo ha riflesso in più occasioni tale posizione, ritenendo che l'interesse privato vada contemperato con quello della collettività a prevenire il diffondersi del virus.

Tutto ciò, peraltro, a fonte della ritenuta inadeguatezza del diritto soggettivo a dar conto di determinate dimensioni di doverosità e responsabilità, sull'onda lunga della categoria, di sempre maggiore dignità teorica, dell'interesse legittimo fondamentale, e della centralità del giudice amministrativo non solo al fine di rendere giustizia al privato, ma sempre più anche come arbitro del dialogo e del confronto tra le amministrazioni e del conflitto di attribuzioni fra enti[38].

In campi come il biodiritto e l'immigrazione, ad esempio, le resistenze del legislatore hanno se possibile accresciuto gli interstizi della normazione secondaria e terziaria, sovente tecnica, e spesso in contrazione di "nuovi" diritti o meglio libertà, con nuovamente accresciuto ruolo del giudice, sempre più mediatore di conflitti cui la politica non vuole o non può accedere. In questi casi il giudice al centro della scena, oltre a quello amministrativo, è anche quello costituzionale, il quale spesso stigmatizza l'inerzia legislativa per lo più nei settori eticamente sensibili, e nel farlo col-

[34] Sui rapporti tra crisi ecologica e attività economica di produzione di beni e di servizi per fini ambientali v. ora F. de Leonardis, *Lo Stato ecologico, Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, 2023.

[35] F. Volpe, *Un marziano a spasso per il processo amministrativo (divertissement sul non processo)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 13 marzo 2024.

[36] Sulla teoria del bilanciamento nella crisi ecologica in atto v. M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2018.

[37] M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 58.

[38] G. Tropea, *Teoria e ideologia del controllo giurisdizionale sull'amministrazione*, cit.

ma la lacuna dettando – sia pure in forma embrionale – la disciplina del procedimento da seguire per erogare le prestazioni costituzionalmente dovute.

Probabilmente anche i *climate change litigation* attecchiranno presso il giudice amministrativo, specie dopo la sentenza in commento, e magari con più fortuna.

La parabola, quindi, sembra essere tornata alle origini: *più* amministrazione, *meno* giudice; mi riferisco evidentemente al giudice civile, non a quello amministrativo e costituzionale, che, come detto, si collocano progressivamente al centro della scena, talora peraltro con una ripartizione dei reciproci confini non sempre agevole (si pensi, ancora, alla giurisprudenza pandemica).

Questo non toglie, comunque, che i limiti tra giudice e legislatore dovrebbero essere fatti salvi anche in questo caso, pena la frantumazione sociale e l'esposizione della stessa giurisprudenza a tentativi di delegittimazione da parte della politica.

Peraltro, proprio il carattere embrionale di queste discipline svela i limiti di effettività della tutela solo giurisdizionale proprio in settori come quello delle crisi ambientali, settori che richiedono il coinvolgimento di altri decisori e chiamano ampiamente in causa il sapere tecnico. Anche le liti strategiche come le *climate change litigation*, quindi, da un lato segnalano i difetti e le insufficienze delle politiche ambientali, dall'altro non possono consentire che il giudice supplisca a inadeguati contemperamenti di interessi del legislatore e dell'amministrazione[39].

Poteri, questi, che a loro volta devono rispettare il – pur discusso – principio di "riserva di scienza", in base al quale le evidenze scientifiche giocano ormai un ruolo rilevante nel sottrarre spazi di discrezionalità al decisore.

Sulle modalità con cui ciò deve accadere il dibattito è aperto presso i costituzionalisti, che guardano con interesse alla nostra teoria del procedimento amministrativo per rimediare alle annose criticità di quello legislativo[40].

Ma il tema immane della crisi della politica, e dei suoi meccanismi di funzionamento, non può certo essere oggetto di queste brevi note.

Giuseppe Tropea

[39] Cfr. C. Tripodina, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. Cavino, C. Tripodina (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Milano, 2012, 78, la quale, pur riconoscendo la «primazia della decisione legislativa» su quella giurisdizionale, ritiene che «il "buon legislatore" è quello che non si sottrae al dovere di dettare una disciplina sui "casi difficili", ma sa farlo rimanendo in equilibrio lungo il sottile crinale che gli è imposto dal rispetto di costituzione, scienza, coscienza e corpo».

[40] Cfr., da ultimo, L. Del Corona, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, Torino, 2022. Sulla produzione di norme attuative del principio di precauzione come archetipo del rapporto tra scienza e tecnica da un lato e fra politica e diritto dall'altro, e come principio procedurale che non oscura la dimensione politico-valutativa del rapporto fra scienza e diritto, v. L. Buffoni, A. Cardone, *Il procedimento normativo precauzionale come caso paradigmatico del ravvicinamento "formale-procedurale" delle "fonti" del diritto*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2012.

VI.
Ordinamento giudiziario

1. La partecipazione dei magistrati addetti alla Segreteria del CSM alle procedure di nomina per il conferimento di uffici direttivi e il paradosso del divieto rovesciato (nota a Tar Lazio, 18 marzo 2024, n. 5355)

Sommario: 1. La sentenza Tar Lazio n. 5355/2024 e il paradosso del divieto rovesciato. – **2.** L'interpretazione "evolutiva" delle norme sull'ordinamento giudiziario e l'esasperazione del sindacato di legittimità e il problema mai sopito dell'indipendenza della magistratura ordinaria. – **3.** Il problema del sindacato giurisdizionale (amministrativo) sugli atti di autogoverno della magistratura ordinaria. – **4.** Anomalie del sistema. – **5.** Osservazioni conclusive.

1. La sentenza Tar Lazio n. 5355/2024 e il paradosso del divieto rovesciato.

La sentenza che si annota esclude che il magistrato che abbia ricoperto l'incarico di Segretario generale del Consiglio Superiore della Magistratura possa concorrere al conferimento dell'ufficio di Procuratore Generale Aggiunto della Corte di Cassazione, ritenendo che ciò sia espressamente vietato dalle vigenti *Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della Magistratura* recate dalla l. 24 marzo 1958 n. 195. Precisamente dall'art. 41 il quale, con specifico riferimento alla "*posizione dei giuridica dei segretari*", dispone che "*I magistrati addetti alla segreteria del Consiglio superiore non possono partecipare ai concorsi o agli scrutini, salvo che abbiano cessato di far parte della segreteria almeno un anno prima della scadenza del termine stabilito per presentare la domanda di partecipazione al concorso o allo scrutinio, ovvero che il Consiglio, della cui segreteria facevano parte, sia cessato prima della scadenza anzidetta*".

La univoca e consolidata prassi interpretativa del Consiglio Superiore della Magistratura ha invece pacificamente considerato non più esistente tale divieto, ritenendo tale norma abrogata per effetto della radicale riforma del sistema di progressione delle carriere dei magistrati successivamente intervenuta. In origine, il RD 30 gennaio 1941 n. 12 sull'ordinamento giudiziario prevedeva infatti ruoli distinti per i magistrati di tribunale, di appello e di cassazione e che il passaggio da un ruolo all'altro avvenisse "*mediante concorso*" o "*mediante scrutinio a turno di anzianità*"(cfr. artt. 131, 145, 176 e 184); e la citata l. 195/1958 statuiva, tanto per i magistrati componenti il Consiglio Su-

periore, quanto per quelli addetti alla segreteria, il divieto di partecipazione ai concorsi e agli scrutini (artt. 34 e 41). Per i soli magistrati componenti stabiliva anche il divieto di conferimento di uffici direttivi (art. 35), divieto che non veniva invece riproposto per i magistrati addetti alla segreteria. Tra la seconda metà degli anni sessanta e la prima metà degli anni settanta del secolo scorso, il sistema dei concorsi interni viene abolito, tanto per la progressione a magistrato di corte d'appello, quanto per quella a magistrato di cassazione (l. 570/1966 e 831/1973) e sostituito da un diverso sistema, secondo il quale le relative qualifiche si acquisiscono al maturare di una determinata anzianità di servizio e all'esito della positiva valutazione da parte del Consiglio Superiore della Magistratura dell'attività svolta. La progressione di carriera non viene quindi più a dipendere dall'espletamento dei concorsi e scrutini originariamente previsti dai sopra citati articoli 131 e seguenti della legge sull'ordinamento giudiziario[1].

Orbene, secondo la pronuncia che si commenta, la perdurante vigenza del divieto di cui all'art. 41 l. 195/1958 non precluderebbe più, ai magistrati che ricoprano la posizione di segretario generale, la progressione di carriera attraverso le valutazioni di professionalità (che consistono, si badi, pur sempre "*in un giudizio espresso ai sensi dell'art. 10 l 24 marzo 1958 n. 195 dal Consiglio superiore della Magistratura*"; art. 11 d.lgs. 5 aprile 2006 n. 160 *Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati*), ma ne precluderebbe invece la partecipazione alle procedure concorsuali per il conferimento delle funzioni degli uffici giudiziari. Nonostante l'art. 12 del citato d.lgs. 160/2006 preveda che ad esse possano partecipare "*tutti i magistrati che abbiano conseguito almeno la valutazione di professionalità richiesta*" e nonostante nessuna norma abbia mai vietato ai magistrati addetti alla segreteria di concorrere per il conferimento degli uffici, come invece previsto per i magistrati componenti il Consiglio. Il divieto di cui all'art. 41 viene dunque considerato ancora vigente, ma applicato alla diversa fattispecie del conferimento dell'ufficio (e non della progressione di carriera); producendo così un risultato paradossale, perché ciò che era in origine precluso (la progressione di carriera) viene ritenuto possibile e ciò che era possibile (il conferimento di ufficio) viene invece ritenuto vietato.

La decisione non pare ineccepibile sotto il profilo esegetico. Nemmeno appare condivisibile nella sua *ratio* di fondo, dal momento che esclude che la posizione rivestita nella Segreteria possa esser di per sé tale da condizionare la decisione del Consiglio nella valutazione necessaria per la progressione di carriera, salvo assumere poi che tale posizione sarebbe tale da poter condizionare la decisione del Consiglio sul conferimento dell'ufficio. Delle due l'una: o la posizione è tale da far ritenere che la vicinanza della Segreteria al Consiglio comprometta la serenità e l'imparzialità del giudizio di quest'ultimo; o non lo è. Ma è paradossale che, come già sottolineato, l'interpretazione evolutiva della norma porti a vietare ciò che prima non lo era e a permettere ciò che prima era vietato.

Ciò che più colpisce della pronuncia è però il fatto che il giudice amministrativo, attraverso una interpretazione "evolutiva" del termine concorso, finisce con il ridisegnare

[1] Per una compiuta ricostruzione dell'evoluzione del sistema v. P. Filippi, *La valutazione di professionalità*, in E. Albamonte e P. Filippi (a cura di), *Ordinamento giudiziario. Leggi , regolamenti e procedimenti*, Torino, 2009, 351 ss.

in parte qua le regole per il conferimento degli uffici giudiziari, in netto contrasto con la prassi applicativa e interpretativa finora univocamente e pacificamente seguita dall'organo di autogoverno della magistratura ordinaria[2]. Prassi della quale viene peraltro negata l'esistenza, che è invece fatto notorio e di comune esperienza nell'ambito della comunità giudiziaria.

2. L'interpretazione "evolutiva" delle norme sull'ordinamento giudiziario e l'esasperazione del sindacato di legittimità e il problema mai sopito dell'indipendenza della magistratura ordinaria.

La sentenza che si commenta non è certamente l'unico caso in cui si manifesta una marcata tendenza del giudice amministrativo a sindacare gli atti dell'organo di autogoverno della magistratura ordinaria in maniera talmente penetrante da sollevare dubbi sull'effettivo rispetto dei limiti del sindacato di legittimità e da riproporre sotto diverso e nuovo profilo il mai sopito problema dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura ordinaria.

Oltre al caso in esame, l'esperienza mostra infatti come il giudice amministrativo, chiamato sempre più spesso a decidere delle nomine agli uffici anche apicali e di vertice della magistratura ordinaria, esercita un sindacato difficilmente riconducibile nei ragionevoli limiti della ragionevolezza e sostanzialmente basato sul carattere più o meno persuasivo della motivazione, valutazione che evoca opinabilità e soggettività dell'apprezzamento e che riduce ad una mera clausola di stile l'affermazione del riconoscimento al Consiglio Superiore della Magistratura della "*esclusiva attribuzione del merito delle valutazioni, su cui non è ammesso alcun sindacato giurisdizionale*".

I casi sono innumerevoli. Tra i più recenti e significativi, basti ricordare quelli riguardanti la nomina del Presidente e del Presidente aggiunto della Corte di Cassazione, decisi dal Consiglio di Stato con le sentenze 14 gennaio 2022 nn. 267 e 268. Le sentenze ritengono pacifico che si sia in presenza di candidati tutti eccellenti e che vi sia stata effettiva comparazione dei rispettivi curricula ai fini della nomina; così come danno pacificamente atto che non vi sarebbero state violazioni dei criteri di nomina così come predefiniti dalla legge (in ptcl dall'art. 21 del T.U. che stabilisce che " «*Costituiscono specifici indicatori di attitudine direttiva* […]*: a) l'adeguato periodo di permanenza nelle funzioni di legittimità almeno protratto per sei anni complessivi anche se non continuativi; b) la partecipazione alle Sezioni Unite; c) l'esperienza maturata all'ufficio spoglio; d) l'esperienze e le competenze organizzative maturate nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, anche con riferimento alla presidenza dei collegi*»). È pacifico dunque che il Consiglio

[2] Per quanto si discuta se l'espressione organo di "autogoverno" sia propriamente utilizzata a proposito del Consiglio Superiore della Magistratura (per tutti v. A. Pizzorusso, *Problemi definitori e prospettive di riforma del C.S.M.*, in *Quad. Cost.*, 1989, 471 ss.), è fuor di dubbio che esso sia concepito come "*organo di garanzia costituzionale operante al fine primario di assicurare l'attuazione dei valori posti per l'ordine giudiziario dall'art. 104 Cost.*" (così F. Bonifacio, G. Giacobbe, *Commento all'art. 105 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della costituzione. La magistratura. Art 104-107*, II, Bologna Roma, 1986, 118). Su tali profili v. di recente V. Campigli, *L'autodichia degli organi costituzionali. Dal privilegio dell'organo alla tutela amministrativa dell'individuo*, Napoli, 2023, 199 e ivi ulteriori riferimenti.

Superiore della Magistratura abbia operato una effettiva comparazione e deciso applicando i criteri predeterminati per legge. Nel caso della nomina del Presidente, si ritengono tuttavia insufficientemente motivati i giudizi di prevalenza in quanto privi di "*spiegazione concreta e circostanziata*" laddove hanno ritenuto sostanzialmente equivalenti esperienze consistentemente diverse (funzioni di legittimità); ovvero privi di ragionevole e compiuta spiegazione dell'esito valutativo perché "*l'oggettiva consistenza dei dati curriculari nei termini suindicati avrebbe richiesto una (ben diversa e) più adeguata motivazione in ordine alle conclusioni raggiunte dal Csm: seppure il dato quantitativo-temporale sul possesso degli indicatori specifici non ha infatti valore assorbente e insuperabile, né implica di per sé alcun automatismo sull'esito valutativo, occorre nondimeno una motivazione ragionevole e adeguata per poter giustificare una conclusione difforme dalle (univoche) emergenze dei dati oggettivi*" (partecipazione alle Sezioni Unite); o ancora formulati "*al di là della opinabilità, e cioè del fisiologico esercizio della discrezionalità spettante all'amministrazione nel quadro degli indicatori previsti dal Testo unico*" nel momento in cui si è ritenuto che una determinata sezione (la Sesta Civile) rivestisse un ruolo essenziale e strategico quale Sezione filtro perché tale valutazione sarebbe avvenuta "*in assenza di criteri (predeterminati) in tal senso nell'ambito del Testo unico*" e conduce evidentemente "*ben oltre la discrezionalità valutativa nell'apprezzamento dell'uno o dell'altro profilo curriculare*" (ufficio spoglio). Nel caso della nomina del Presidente aggiunto, si ritiene del pari che "*l'oggettiva consistenza dei dati curriculari nei termini suindicati avrebbe richiesto una (ben diversa e) più adeguata motivazione in ordine alla conclusione di ritenuta equivalenza dei profili dei candidati, conclusione che non risulta invece allo stato esplicabile né ragionevolmente intellegibile alla luce dello scarno passaggio motivazionale speso dal Csm al riguardo Tanto in più in un caso, quale quello in esame, in cui l'importanza del posto a concorso, gli eccellenti profili dei candidati in competizione e la indiscutibile rilevanza dei loro curricula impongono – oltre all'attenta, accurata e completa ricognizione di tutti gli aspetti della rispettiva carriera, anche attraverso la opportuna comparazione – un particolare obbligo di motivazione, puntuale ed analitico, tale da far emergere in modo quanto più preciso ed esauriente le ragioni della prevalenza di un candidato sull'altro*"[3].

Motivazioni eccessivamente invasive della discrezionalità che dovrebbe esser propria di atti di alta amministrazione, quali comunemente sono ritenuti quelli di autogoverno del Consiglio superiore della Magistratura[4], e interpretazioni evolutive delle norme sull'ordinamento giudiziario, che creano divieti al conferimento degli uffici giudiziari non esistenti in passato, fanno sorgere il dubbio che un sindacato così

[3] Cfr. *Il Consiglio di Stato (e la) nomina (del) Presidente e (del) Presidente aggiunto della Corte di Cassazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 14 01 2022 nn. 267 e 268)*, in *GiustiziaInsieme*, 15 gennaio 2022. Sempre in questa Rivista, in tema v. anche G. Tropea, *Conferimento di incarichi direttivi e giudice amministrativo: il lungo addio all'ineffettività della tutela (nota a Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2020 n. 4584)*, in *GiustiziaInsieme*, 24 luglio 2020; M.R. Spasiano, *Nomina dei compeonenti togati del Comitato direttivo della Scuola Superiore della magistratura: è l'autovincolo a imporre il procedimento selettivo a carattere comparativo*, in *GiustiziaInsieme*, 2 febbraio 2021; F. Francario, *Autogoverno della magistratura e tutela giurisdizionale. Brevi cenni sui profili problematici della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi dei magistrati*, in *GiustiziaInsieme*, 2018; C. Riviezzo, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti di autogoverno*, in *GiustiziaInsieme*, 2/2010.

[4] Per tutti v. G. Tropea, *Conferimento di incarichi direttivi e giudice amministrativo*, cit.

penetrante sugli atti espressione dell'autogoverno della magistratura ordinaria possa comprometterne la garanzia dell'indipendenza. Tanto più se operato da un giudice, "speciale" secondo la Costituzione, le garanzie d'indipendenza del quale sono attenuate rispetto a quelle proprie della magistratura ordinaria[5].

3. Il problema del sindacato giurisdizionale (amministrativo) sugli atti di autogoverno della magistratura ordinaria.

Rebus sic stantibus, il problema del sindacato del giudice amministrativo sugli atti del Consiglio superiore della Magistratura non si pone in materia di provvedimenti disciplinari, in quanto l'attività del Consiglio in tal caso viene qualificata come giurisdizionale e le decisioni vengono impugnate con ricorso alle Sezioni unite della Corte di cassazione.

Il problema riguarda essenzialmente le decisioni, diverse da quelle disciplinari, incidenti sullo *status* di magistrato e trova adesso esplicita definizione nell'art 17 della legge sull'ordinamento giudiziario. Dopo aver previsto che "*tutti provvedimenti riguardanti i magistrati sono adottati, in conformità delle deliberazioni del Consiglio superiore, con decreto del Presidente della repubblica controfirmato dal Ministro; ovvero, nei casi stabiliti dalla legge, con decreto del Ministro per grazia e giustizia"* e dato per scontato che "*la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo*", l'art. 17 della l. 195/1958 e smi, nel testo attualmente vigente, dispone come segue: "*Per la tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti concernenti il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi si segue, per quanto applicabile, il rito abbreviato disciplinato dall'articolo 119 del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. Nel caso di azione di ottemperanza, il giudice amministrativo, qualora sia accolto il ricorso, ordina l'ottemperanza ed assegna al Consiglio superiore un termine per provvedere. Non si applicano le lettere a) e c) del comma 4 dell'articolo 114 del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo n. 104 del 2010"*. La giurisdizione amministrativa è data dunque per pacifica, anche se residuano incertezze sui poteri decisori concretamente spendibili dal giudice amministrativo. L'esperibilità del giudizio di ottemperanza in quanto tale, e con essa la possibilità di sostituzione dell'organo di autogoverno nel conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi del giudice amministrativo, viene pacificamente dichiarata, anche se i limiti in ordine al contenuto or-

[5] Nel testo si fa ovviamente riferimento alla necessità di porre al riparo dalle sollecitazioni dell'ambito politico o comunque esterne non già la persona del giudice in quanto tale (per questo profilo si rinvia per tutti ai contributi raccolti nel recente fascicolo monotematico della rivista *Questione Giustizia*, 1/2024, *Magistrati: essere ed apparire imparziali*), ma l'istituzione di appartenenza, l'indipendenza della quale deve essere pur sempre anch'essa valutata, secondo principi pacificamente enunciati ed applicati dalle Corti europee (*ex multis* cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea - grande sezione, 5 novembre 2019, causa C-192/18, Commissione c. Repubblica di Polonia; Id., 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Prima Sezione, 20 agosto 2021, causa BEG spa vs Italia; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sezione seconda, sentenza 21 febbraio 2023, Catană contro Moldavia; per ulteriori riferimenti per tutti v. L. Montanari, *La garanzia europea dell'indipendenza dei giudici nazionali*, in *DPCE on line,* 1/2020, 957 ss.), secondo la teoria cd dell'apparenza e non dell'effettiva sussistenza. Sull'attenuazione delle garanzie nel caso del Consiglio di Stato, organo di vertice della magistratura amministrativa, v. *infra, sub* § 4 e in ptcl dottrina citata *sub* nota 11.

dinatorio e alla possibilità di determinare le modalità esecutive in presenza di sentenze non ancora passate in giudicato lasciano quantomeno il dubbio che possa realizzarsi una piena sostituzione [6].

Oggi come oggi non desta quindi certamente scandalo il fatto che il giudice amministrativo intervenga nei processi decisionali del Consiglio Superiore della Magistratura condizionando inevitabilmente le scelte dell'organo di autogoverno, essendo ormai pacifica e codificata l'impugnabilità delle sue decisioni. Rimane però il fatto che si è pur sempre di fronte a un tema delicato e complesso, che appare meritevole di particolare attenzione e cautela non già *ratione personae*, come una sorta di privilegio di casta riservato a persone particolarmente in alto nella scala sociale, ma perché l'autogoverno della magistratura è previsto nella Costituzione a garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura. Questo è il senso della riserva operata dall'art. 105 Cost. allorquando statuisce che "*Spettano al Consiglio superiore della magistratura, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati*"[7]. La norma costituzionale non ha natura puramente organizzativa, come se fosse volta semplicemente a regolare la distribuzione delle competenze amministrative per il personale di magistratura, ma, attraverso il riconoscimento dell'autogoverno, è volta a rendere concreta la garanzia di autonomia e indipendenza della magistratura rispetto al potere esecutivo ("*ad ogni altro potere*"), esplicitamente affermata nell'art. 104 Cost. e rinforzata dall'affermazione della soggezione del giudice "*soltanto alla legge*", recata dall'art. 101 Cost.. Il problema rimane a tutt'oggi ancora aperto, come testimonia la soluzione di compromesso codificata nella stesura sopra ricordata dell'art. 17 della l. 195/1958[8].

[6] L'ammissibilità del giudizio di ottemperanza nel contenzioso sugli uffici direttivi e semidirettivi è stata esplicitamente affermata dalla Corte cost. nelle sentenze 8 settembre 1995 n. 419 e 15 settembre 1995 n. 435, rese su conflitto di attribuzione sollevato dal CSM nei confronti del Consiglio di Stato e decise sulla base del richiamo del principio di effettività della tutela giurisdizionale e della circostanza che si trattasse di porre in essere attività vincolate o meramente esecutive della pronuncia, prive pertanto di discrezionalità. Che il problema sia rimasto aperto è testimoniato dalla tormentata riscrittura dell'art. 17 della l. 195/1958 riportato nel testo, che approda alla versione attualmente vigente che esprime un evidente tentativo di raggiungere un compromesso tra contrapposte esigenze. Sul tema specifico dell'ammissibilità del giudizio di ottemperanza e dei suoi limiti per tutti v. A. Storto, *I provvedimenti del Consiglio Superiore della Magistratura e il giudizio di ottemperanza: storia di un conflitto di attribuzione che vuole rimanere tale*, in B. Capponi, B. Sassani, A. Storto, R. Tiscini (a cura di), *Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella*, Torino, 2014, 1365 ss. Sul tema in generale del sindacato sugli atti del CSM e dei suoi limiti, *ex multis* v. V. Spagna Musso, *Sulla sindacabilità degli atti del C.S.M. da parte del Consiglio di Stato*, in *Giur cost.*, 1962, 1609 ss.; A.M. Sandulli, *Atti del Consiglio superiore della magistratura e sindacato giurisdizionale*, in *Giust. civ.*, 1963, II, 3 ss.; U. De Siervo, *A proposito della ricorribilità in Consiglio di Stato delle deliberazioni del Consiglio superiore della Magistratura,* in *Giur. Cost.*, 1968, 690 ss.; E. Cannada, Bartoli, *Tutela dei magistrati eletti al Consiglio superiore, giurisdizione del Consiglio di Stato e forma degli atti,* in *Foro amm.*, 1972, 109 ss.; F.G. Scoca, *Atti del CSM e loro sindacato giurisdizionale,* in *Dir. Proc. Amm.*, 1/1987, 5 ss.; G. Ferrari, *Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Enc. Giur. Treccani,* VIII, Roma, 1988; G. Cugurra, *Atti del Consiglio Superiore della Magistraura e sindacato giurisdizionale,* in *Dir. Proc. Amm.*, 3/1984, 310 ss.; F. Patroni Griffi, *Atti del CSM e sindacato giurisdizionale nel DL 24 giugno 2014 n. 90* in *www.giustizia-amministrativa.it*, 4 agosto 2014; R. De Nictolis, *Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del CSM,* in *www.giustizia-amministrativa.it*, 9 novembre 2019; E. Zampetti, *Il controverso requisito della permanenza in servizio per il consigliere CSM, la decisione spetta al giudice ordinario*, in *GiustiziaInsieme*, 19 novembre 2020; Id., Postilla a *Il controverso requisito della permanenza in servizio per il consigliere CSM, la decisione spetta al giudice ordinario (nota a Cons. Stato, Sez. V, 7 gennaio 2021 n. 215),* in *GiustiziaInsieme*, 23 febbraio 2021.

[7] V. *ante, sub* nota 2.

[8] V. *sub* nota 6.

La necessità di garantire anche al personale di magistratura il diritto alla tutela giurisdizionale, riconosciuto dall'art. 24 della Costituzione come diritto fondamentale dell'individuo, deve dunque svolgersi in modo da non compromettere quell'autonomia e quell'indipendenza che la Costituzione vuole venga garantita alla magistratura ordinaria e deve essere quindi tenuto nella debita considerazione il fatto che, oggi come oggi, la concentrazione della tutela giurisdizionale in capo al giudice amministrativo finisce con il presentare più di una anomalia. Specie se in un periodo come questo attuale si discute molto *de jure condendo* di nuove forme dell'autogoverno delle magistrature[9].

4. Anomalie del sistema.

L'anomalia si evidenzia sotto due distinti ma connessi profili; ovvero, può considerarsi duplice.

Sotto un primo profilo, deriva dalla impossibilità di negare il *deficit* di apparenza d'indipendenza del Consiglio di Stato, organo di vertice della magistratura amministrativa, rispetto al Governo.

Quello dell'apparenza d'indipendenza della magistratura amministrativa è un problema antico, ma sempre attuale. È vero, infatti, che l'ordinamento delle magistrature speciali si è progressivamente avvicinato al modello di autogoverno della magistratura ordinaria, evidenziando un crescente distacco dal potere esecutivo nelle cui articolazioni erano precedentemente assorbite[10]. È innegabile, però, che le garanzie d'indipendenza dei giudici speciali sono attenuate e non sono le medesime previste per la magistratura ordinaria. Per i giudici speciali, l'art. 108, comma secondo, Cost. rinvia alla legge ordinaria ("*La legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso presso di esse e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia*") e la disciplina concretamente dettata dal legislatore ordinario non ha certamente assicurato l'indipendenza assoluta del Consiglio di Stato rispetto al Governo. Che, a differenza del giudice ordinario, vi sia quindi un *deficit* d'indipendenza del giudice amministrativo rispetto al potere esecutivo è un dato oggettivo, che viene generalmente e storicamente sottolineato dalla dottrina. Nonostante la questione di costituzionalità sia stata più volte dichiarata infondata dalla Corte costituzionale, nei suoi termini di fondo la questione torna ad essere ciclicamente rimediata dalla dottrina[11]. Se-

[9] Per tutti v. T.F. Giupponi, *Il Consiglio superiore della magistratura e le prospettive di riforma,* in *Quaderni costituzionali,* n. 1/2021; 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 a cura di P. Filippi e R. Conti 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 *Giustiziainsieme,*28 marzo 2022; R. Greco, *L'indipendenza del giudice amministrativo tra falsi problemi e criticità reali, in GiustiziaInsieme, 27 settembre 2023.*

[10] Il Consiglio superiore della magistratura viene istituito con l. 24 marzo 1958 n. 195; il Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa con l. 27 aprile 1982 n. 186; il Consiglio di presidenza della corte dei conti con l. 13 aprile 1988 n. 117; il Consiglio della magistratura militare con l. 30 dicembre 1988 n. 561. Per il quadro d'insieme *ex multis* v. G. Verde, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente,* in *Dir. proc. Amm.,* 2003, 363 ss.; R. Garofoli**,** *Unicità della giurisdizione e indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema costituzionale,* in *Dir. proc. Amm.,* 1998, 144 ss.; A**.** D'Aloia, *L'autogoverno delle magistrature "non ordinarie" nel sistema costituzionale della giurisdizione*, Napoli, 1995; S. Senese, *Giudice (nozione e diritto costituzionale),* in *Dig. Disc. Pubbl.,* VII, Torino, 1991, 218 ss.*;* R. Pinardi, *Sulla composizione degli organi di garanzia delle magistrature speciali, in Consulta online.*

[11] *Ex multis*: A.M. Sandulli, *Giudici amministrativi, concorsi,*

gno evidente che le motivazioni addotte dalla Corte, soprattutto nella pronuncia n. 177 del 19 dicembre 1973, resa con specifico riferimento al tema della nomina governativa dei Consiglieri di Stato e fatte proprie anche dalle successive sentenze, sono apparse poco convincenti nel momento in cui sostanzialmente si riassumono nella considerazione che "*gli eventuali rapporti tra il prescelto e la pubblica amministrazione che abbiano preceduto la nomina o che, intervenuta questa potrebbero in ipotesi suscitare vincoli di sorta, si dissolvono nelle persone che siano idonee a ricoprire l'ufficio e all'atto in cui acquistano uno status*".

È evidente infatti che risolvere la garanzia d'indipendenza nel "*potere trasfigurante*"[12] dello *status* di magistrato lascia aperto il problema di fondo derivante dal fatto che le garanzie d'indipendenza riguardano innanzi tutto l'ufficio, prima ancora che le persone che siano ad esso preposte. È cioè evidente il limite di fondo di non distinguere tra indipendenza funzionale e istituzionale[13]. Per quanto sia stato quindi intrapreso un percorso di avvicinamento del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa al modello costituzionale dell'autogoverno tipizzato nel Consiglio Superiore della Magistratura, la mancata definitiva rescissione del cordone ombelicale del Consiglio di Stato con il Governo lascia al fondo irrisolti sempre gli stessi problemi, derivanti dalla nomina governativa dei Consiglieri di Stato, dal cumulo tra funzioni giurisdizionali e consultive, dagli incarichi extra giudiziali, della nomina del Presidente del Consiglio di Stato su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri previa delibera del Consiglio dei Ministri sentito il parere del Consiglio di Presidenza, dal conferimento dell'incarico di Segretario Generale con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio di Stato, sentito il Consiglio di presidenza.

Dal momento che l'indipendenza non può dunque ridursi ad una qualità ideale che il giudice acquista per la semplice acquisizione delle guarentigie inerenti alla sua funzione, il *deficit* che si sconta sotto il profilo della apparenza d'indipendenza istituzionale non esclude che la concentrazione della giurisdizione sullo *status* e sul rapporto di servizio dei magistrati ordinari in

indipendenza, in *Giur. It.,* 1973, III, 1, 129 ss.; F. Sorrentino, *I consiglieri di Stato e la Corte*, in *Dir. Soc.,* 1974, 162 ss.; G. Silvestri, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana,* in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, 707 ss.; G. Scarselli, *La terzietà e l'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, in *Foro It.*, 2001, III, 269 ss.; S. Raimondi, *L'ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia, Privilegio e condanna*, Milano, 2009; A. Orsi Battaglini,*Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005; 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, 2012, 95 ss.; M. Ramajoli, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 119 ss.; E. Follieri, *Le garanzie d'indipendenza del Consiglio di Stato, in Dir. proc. Amm.,* 4/2016, 1234 ss.; A. Proto Pisani, G. Scarselli, *La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2018, V, 62 ss.; P. Tanda, *Profili istituzionali,processuali e comparatistici dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice amministrativo*, in *Giur. Cost.,* 2020, 3, 697 ss.; G. Montedoro, E Scoditti, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione Giustizia*, 1/2021, 15 ss.; F. Volpe**,** *Un marziano a spasso per il processo amministrativo (divertissement sul non-processo), in GiustiziaInsieme*, 13 marzo 2024; L. Ferrara, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2024, 51 ss.; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2024, 94 ss.

[12] Così efficacemente G.P. Cirillo, *I principi generali del processo amministrativo*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo, Trattato di diritto amministrativo diretto da G. Santaniello*, Padova, 2014, 28.

[13] S. Bartole, *Indipendenza del giudice (teoria generale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, 1; R. Romboli – S. Panizza, *Ordinamento giudiziario*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X Torino, 1995, 380 ss.; U. Pototschnig, *Il giudice interessato non è indipendente*, in *Giur. Cost.*, 1965, 1291 ss.

capo al giudice amministrativo possa esser in astratto tale da compromettere la garanzia dell'indipendenza di cui all'art. 104 Cost.

Sotto un secondo profilo, l'anomalia è data dal fatto che la concentrazione della giurisdizione in capo al giudice amministrativo risulta priva dell'adeguato bilanciamento che potrebbe essere dato dalla competenza della magistratura ordinaria sulle controversie riguardanti il personale della magistratura amministrativa. Allorquando si è discusso dell'impugnabilità innanzi al giudice amministrativo dei provvedimenti incidenti sullo *status* dei magistrati ordinari, la questione si è infatti posta non solo con riferimento al tema della intrinseca impugnabilità degli atti del Consiglio Superiore della Magistratura, ma anche sulla scelta di radicare la giurisdizione nel giudice amministrativo. Entrambi i profili sono stati presi in considerazione dalla Corte Costituzionale nella pronuncia n. 44 del 14 maggio 1968[14], la motivazione della quale sotto questo profilo offre importanti indicazioni. La pronuncia, com'è noto, risolve innanzi tutto il problema del conflitto tra l'esigenza di assicurare a tutti i cittadini, compresi quelli appartenenti alla categoria dei magistrati, la tutela giurisdizionale dei propri diritti ed interessi legittimi e l'esigenza di evitare qualsiasi interferenza da parte non solo dei potere esecutivo, ma anche dello stesso potere giurisdizionale, a favore del primo. Affermando la prevalenza dell'esigenza di tutela giurisdizionale su quella d'indipendenza del Consiglio superiore della Magistratura, si è poi aperto l'ulteriore distinto problema della individuazione del giudice competente, la soluzione del quale a favore del giudice amministrativo, nella decisione, appare tutt'altro che scontata. Nella decisione, la individuazione del giudice amministrativo non deriva infatti automaticamente dal fatto che le difficoltà derivanti dalla non riducibilità del Consiglio Superiore ad una semplice pubblica amministrazione vengono superate valorizzando il carattere sostanzialmente amministrativo dell'attività svolta (in tal senso del resto v. già Corte Cost. 168/1963[15]), ma è frutto di una specifica autonoma valutazione di opportunità. La preferenza per il giudice amministrativo è frutto di una scelta che viene giustificata dalla necessità di evitare "*la confluenza che verrebbe a verificarsi negli appartenenti allo stesso ordine di destinatari dei provvedimenti del Consiglio Superiore della Magistratura e di giudici della regolarità dei medesimi*". Se la *ratio decidendi* è dunque quella di evitare la "*confluenza*" nel medesimo ordine giurisdizionale sulle decisioni dell'organo di autogoverno, va da sé che il medesimo principio dovrebbe impedire al giudice amministrativo di conoscere dei provvedimenti adottati dal proprio organo di autogoverno, il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa. Dovrebbe cioè impedire che il giudice amministrativo conosca delle decisioni sui giudici amministrativi creando una giurisdizione domestica[16].

[14] Corte cost. 14.5.1968, n.44, in *Foro it.*, 1968, I, 1396 ss.

[15] Pacificamente ammessa nei confronti del decreto presidenziale o ministeriale di recepimento, l'impugnativa è stata dunque ben presto estesa alla delibera del Consiglio Superiore della Magistratura in quanto atto preparatorio del procedimento concluso dal decreto presidenziale o ministeriale (Cons Stato, Sez. IV, 14 marzo 1962 n. 248; Id., 22 novembre 1962 n. 752) e, successivamente, alla deliberazione in quanto tale, indipendentemente dalla circostanza che si traduca in un decreto presidenziale o ministeriale (Tar Lazio, Sez. I, 8 giugno 1983 n. 491).

[16] Cfr. Cass. SU 29 settembre 2000 n. 1049.

5. Osservazioni conclusive.

La criticità rappresentata dalle anomalie sopra descritte diventa ancor più evidente alla luce dell'orientamento della Corte Costituzionale volto a tutelare l'assetto pluralistico dell'ordinamento giurisdizionale. Mi riferisco alle note pronunce 6 luglio 2004 n. 204 e 18 gennaio 2018 n. 6, rese dalla Corte costituzionale per precisare i limiti del sindacato della Corte di cassazione sulla giurisdizione del giudice amministrativo, che è stato circoscritto e limitato negando l'esistenza di una unità organica della giurisdizione e ritenendo ravvisabile un'unità solo funzionale delle giurisdizioni[17]. Riprendendo le parole pronunciate da Costantino Mortati nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947 dell'Assemblea costituente, la Corte ha affermato che l'assetto pluralistico "*non esclude anzi implica una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé*". Diventa infatti chiaro a questo punto che l'equiparazione dei diversi ordinamenti di magistratura in punto di autonomia e indipendenza non può non valere secondo un principio di reciprocità e non può valere a vantaggio esclusivamente della magistratura amministrativa. Che è invece proprio quel che si verifica nel momento in cui la magistratura amministrativa ha un suo proprio organo di autogoverno ed è giudice dei provvedimenti che questo adotta; laddove quella ordinaria, l'unica magistratura ad avere l'organo di autogoverno coperto dalla garanzia costituzionale, vede gli atti del suo organo di autogoverno soggetti al sindacato del giudice amministrativo, l'apparenza di assoluta indipendenza istituzionale del quale dal Governo continua ancor oggi a sollevare più di un dubbio in dottrina. Si è in presenza di una duplice anomalia, alla quale primo o poi occorrerà porre rimedio.

Fabio Francario

[17] La letteratura sul tema è molto ampia. Mi limito pertanto a rinviare, anche per gli uteriori riferimenti, a F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione),* in *GiustiziaInsieme*, 11 novembre 2020; Id., *Quel pasticciacio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi,* in *Federalismi*, 34/2020; Id., *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia spa*, in *Federalismi*, 9 febbraio 2022.

VII.
Contratti pubblici

1. Il potere del RUP di determinare l'esclusione dalle procedure di gara nel vecchio Codice 2016 e la nuova impostazione del D.Lgs. n. 36/2023 (Nota a Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2024, n. 353)

Sommario: 1. Fatti di causa e oggetto di indagine. – **2.** La figura del Responsabile Unico del Procedimento come disciplinata dal D.Lgs. n. 50/2016, linee guida ANAC e Regolamento Unico. – **2.1.** (*segue*) competenza del RUP in materia di esclusione delle offerte. Rapporto con la commissione giudicatrice. – **2.2.** (*segue*) cumulo dei ruoli di responsabile unico del procedimento e componente della commissione. – **3.** Il punto del Consiglio di Stato sui motivi legati alla figura del RUP. – **4.** Il nuovo Responsabile Unico di progetto del D.Lgs. n. 36/2023. Cenni.

1. Fatti di causa e oggetto di indagine.

La pronuncia in commento offre lo spunto per svolgere una serie di riflessioni sul ruolo del Responsabile Unico del Procedimento (di seguito RUP) nelle procedure di appalto ed in particolare sulla sua competenza a determinare l'esclusione dalla gara di un operatore economico, nonché sulla compatibilità di siffatto ruolo con quello di componente della commissione giudicatrice.

Il tutto secondo l'impostazione del vecchio Codice Appalti del 2016, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato.

I fatti sottesi alla pronuncia ruotano intorno ad un appalto finalizzato alla sistemazione ed al ripristino di un torrente nella provincia di Avellino. La società – poi ricorrente in primo grado – veniva esclusa sia per mancata presentazione di alcuni documenti (segnatamente: organizzazione del personale e progetto migliorie), sia perché aveva formulato un'offerta tecnica del tutto sovrapponibile rispetto ad altre due offerte presentate da altre società, con la conseguente configurazione di una ipotesi di sostanziale unicità del centro decisionale[1].

Per quanto qui di interesse, la società censurava il provvedimento di esclusione

[1] Per una panoramica sulla giurisprudenza afferente la questione dell'unicità del centro decisionale, ipotesi sanzionata nel vecchio codice dall'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, comma 5, lett. m), si veda: Consiglio di Stato, sez. V, 23 maggio 2023, n. 5107; Cons. Stato, sez. III, 7 giugno 2022; Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69; Cons. Stato – Sez. V, 4 gennaio 2018 n. 58; Cons. Stato, Sez. V, 6 febbraio 2017, n. 496; Cons. Stato, V, 10 gennaio 2017, n. 39; nonché sentenza della Corte di Giustizia della Comunità europea, 19 maggio 2009, in causa C-538/07.

facendo leva su un primo assorbente profilo di illegittimità, fondato sulla presunta autonoma e/o arbitraria iniziativa del Responsabile del procedimento, che avrebbe istruito ed adottato tale decisione, in spregio alle disposizioni della *lex specialis* che riservavano alla Commissione – nel caso di specie mai nominata – le verifiche e le valutazioni dell'offerta tecnica. Il provvedimento del RUP veniva censurato anche per avere lo stesso illegittimamente cumulato le qualità di responsabile del procedimento di gara, di responsabile unico del procedimento e di componente unico del Seggio di gara, in violazione dell'art.77, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016.

Il Tar Salerno[2], rigettava il ricorso e rispetto al suddetto impianto difensivo affermava, in sintesi, che: a) la competenza a determinare le esclusioni dalla gara è del RUP e non della commissione giudicatrice; b) non è stata data alcuna dimostrazione di incompatibilità tra il ruolo di RUP e quello di commissario di gara; c) la mancata nomina della commissione di gara è ininfluente ai fini della decisione di esclusione del RUP.

La società ricorrente proponeva appello ed il Consiglio di Stato, investito della questione, con la pronuncia in commento, confermava le statuizioni del Tar elaborate in riferimento alla questione oggetto di indagine, cogliendo l'occasione per definire l'ambito di competenza del RUP in questo tipo di procedure, anche a confronto con le competenze proprie delle commissioni esaminatrici.

Pertanto, nel presente scritto ci si occuperà preliminarmente di delineare il quadro normativo afferente le competenze del RUP, figura centrale invero in tutti i procedimenti amministrativi, ma con particolare riguardo al suo ruolo nelle procedure ad evidenza pubblica, analizzando il modo in cui questa figura è stata disciplinata dal vecchio codice del 2016. Ci si soffermerà, poi, sulla natura delle competenze allo stesso affidate, operando – sulla scorta delle conclusioni elaborate dai Giudici di Palazzo Spada – un confronto con le competenze proprie delle commissioni di gara, e analizzando anche l'ipotesi di cumulo del ruolo di RUP e membro della commissione giudicatrice.

In conclusione, per completezza espositiva, non ci si può esimere dal far cenno alle principali novità introdotte dal nuovo Codice, il D.Lgs. n. 36/2023, che hanno interessato il ruolo e le competenze di quello che oggi è definito dal legislatore il Responsabile Unico del Progetto.

2. La figura del Responsabile Unico del Procedimento come disciplinata dal D.Lgs. n. 50/2016, linee guida ANAC e Regolamento Unico.

Il Responsabile del procedimento, quale istituto regolamentato dalla Legge n. 241 del 1990, può definirsi come una figura organizzativa con compiti istruttori, caratterizzati da una c.d. discrezionalità procedimentale e solo eventualmente decisori: la sua funzione si esaurisce all'interno della macchina amministrativa, di cui il Responsabile è parte e di cui cura gli interessi, allo scopo

[2] pronuncia di primo grado: Tar Campania – Salerno, Sez. I, n. 1334/2023.

di mediare i contrapposti interessi per il raggiungimento del "giusto provvedimento"[3].

Tuttavia, nell'ambito delle procedure di appalto – e anche di concessione – questa figura assume anche una veste diversa. Rimane sempre personalizzazione dell'amministrazione, che in questo caso è stazione appaltante, ma la sua funzione non è più solo quella appena descritta di mediatore degli interessi, ma propende verso un'attività più propriamente decisionale.

La figura del responsabile unico del procedimento negli appalti è stata innovata in questi termini dalla disciplina del D.Lgs. n. 50/2016[4], che ha operato una vera e propria svolta "culturale", attuata sulla spinta delle direttive europee che hanno costituito le fondamenta del codice del 2016[5].

Nel dettaglio, l'art. 31 del Codice, dopo aver definito le modalità di nomina ed i compiti del RUP al comma 4[6], al comma 5 demandava, in un primo momento, all'ANAC il compito di definire una disciplina di dettaglio, rispetto a quanto disposto dal Codice, su: compiti del RUP, presupposti e modalità di nomina, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità[7].

Rispetto alla decisione di affidare all'ANAC l'elaborazione della "disciplina di dettaglio", si è detto che la stessa fosse giustificata[8] in ragione della rilevanza centrale della figura di che trattasi nelle procedure disciplinate dal Codice. Per tale via, si è valutata conveniente l'opportunità che i suoi compiti non fossero definiti in maniera tassativa dal disposto legislativo, così da lasciare al RUP il giusto margine di "movimento" nella gestione delle procedure. Così facendo, peraltro, si è risposto all'esigenza di rendere meno rigido l'ingresso delle nuove funzioni attribuitegli.

Con la legge 14 giugno 2019 n. 55, sono state abrogate le linee guida dell'ANAC e sono state sostituite, per quanto riguarda la figura del RUP, con l'emanazione del Regolamento Unico di cui al comma 27-*octies*, art. 261 D.Lgs. n. 50/2016.

L'insieme di queste fonti ci hanno consegnato, come detto, una figura di Responsabile del procedimento parzialmente diversa da quella della 241/90.

Resta fermo che lo stesso conserva comunque anche nelle procedure di appalto la sua funzione di garanzia, propria della

[3] Per un'analisi generale sulla figura del responsabile del procedimento si veda: *Il Responsabile del procedimento: funzioni istruttorie e poteri di regolarizzazione*, in *Azione amministrativa e disciplina del diritto pubblico*, a cura di F. Luciani e R. Rolli, Napoli, 2008, 189 ss.; M.A. Sandulli e L. Musselli, *Commento agli artt. 4, 5, 6,* in Aa.Vv., *L'azione amministrativa. Commento alla legge 7 agosto 1990 n. 241 modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005 n. 35*, Milano, 2005, 191 ss.; V. Cerulli Irelli, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa. Un primo commento alla legge 11 febbraio 2005 n. 15, recante modifiche ed integrazioni della legge 7 agosto 1990 n. 241*, in *Astrid Rassegna*, 2005, n. 4.

[4] D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 31, rubricato "*Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni*".

[5] In questo senso C. Saltelli, *Responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni*, in *Trattato sui contratti pubblici, II - Soggetti qualificazione regole comuni alle procedure di gara*, 2019, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, Cap. 36, 49 ss. Per una disamina generale delle novità introdotte dal Codice del 2016 si rinvia anche a: *Codice dei Contratti pubblici. Il D.L.vo 18 aprile 2016 n.50 commentato*, a cura di G.F. Ferrari e G. Morbidelli, Piacenza, 2017; *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50*, diretto da F. Caringella, P. Mantini e M. Giustiniani, Roma, 2016.

[6] L'articolo 31, comma 4 coincide con quella del precedente codice del 2006; i compiti sono stati specificati dall'art. 10 del D.P.R. n. 207 del 2010.

[7] Ci si riferisce alle Linee guida n. 3, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni»", approvata con deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016 e aggiornata e al d.lgs. 56 del 19/4/2017 con deliberazione n. 1007 del'11 ottobre 2017, alla quale fa riferimento anche il Consiglio di Stato nella pronuncia in commento.

[8] Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere 2 agosto 2016 n. 1767.

figura disciplinata dalla legge sul procedimento, e pur rappresentando gli interessi particolari della stazione appaltante, tende comunque al perseguimento dell'interesse pubblico, e non solo al corretto svolgimento della gara, ma anche a quello dell'intera collettività e del sistema economico, affinché l'appalto costituisca effettivamente uno strumento di sviluppo sociale ed economico[9].

Il tutto con qualcosa in più. In particolare, il Codice del 2016 ne ha previsto la partecipazione attiva già nella fase di pianificazione e programmazione e ha attribuito allo stesso significativi poteri decisionali, come ad esempio il potere di ammissione od esclusione dalla procedura di gara all'esito della mera verifica dei requisiti di partecipazione.

2.1. (*segue*) Competenza del RUP in materia di esclusione delle offerte. Rapporto con la commissione giudicatrice.

Come si accennava, la funzione del RUP nelle procedure di appalti si presenta come un qualcosa di più pervasivo, con poteri decisionali precisi che gli sono stati affidati espressamente dal legislatore del 2016 e dalle successive integrazioni dell'ANAC prima e del Regolamento Unico dopo. Tra questi poteri decisionali rientra, come detto, anche quello di procedere alla verifica del possesso dei requisiti degli operatori economici che partecipano alla procedura, al fine di determinarne l'ammissione ovvero l'esclusione.

Infatti, il provvedimento di esclusione dalla gara è un atto di stretta competenza della stazione appaltante, della quale il RUP è non solo parte integrante ma anche rappresentazione massima e quindi deputato a prendere decisioni come questa.

La giurisprudenza, cui il Consiglio di Stato mostra di aderire nella pronuncia in commento, ritiene questa una regola di carattere generale, le cui basi vadano rintracciate nell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, a tenore del quale è la stazione appaltante a procedere all'esclusione, nei casi stabiliti[10].

La commissione giudicatrice, di contro, quale organo "straordinario" non è deputata a tale compito, piuttosto alla stessa spetta esclusivamente la valutazione delle offerte pervenute. È vero che la documentazione di gara può demandare alla Commissione giudicatrice ulteriori compiti, di supporto ed ausilio al RUP, ma per l'appunto tali ulteriori compiti devono essere espressamente affidatigli.

Può ritenersi di acquisizione pacifica, il principio secondo il quale, in caso di procedura di gara che preveda l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, competenza esclusiva della commissione giudicatrice sia l'attività valutativa, mentre il R.U.P. può svolgere tutte le attività, anche non definite dal Codice, che non implicano l'esercizio di poteri valutativi[11].

La commissione giudicatrice è, dunque in definitiva, responsabile della valutazione

[9] In questi termini C. Saltelli, *Responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni*, cit.; in tal senso cfr. anche: C. Conti, Sez. Giurisd. Calabria, 27 dicembre 2017, n. 372; Cons. Stato, Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 738.

[10] Consiglio di Stato, Sez. VI, 08/11/2021, n. 7419. Consiglio di Stato, Sez. V, 01/06/2021, n. 4203

[11] Consiglio di Stato, Sez. V, 01/06/2021, n. 4203; Consiglio di Stato, Sez. V, 13 settembre 2018, n. 537; Id., 6 maggio 2015, n. 2274; Id., 21 novembre 2014, n. 5760; Sez. III, 19 giugno 2017, n. 2983.

delle offerte tecniche ed economiche dei concorrenti e fornisce, ove ritenuto necessario, ausilio al RUP nella fase di verifica della documentazione amministrativa e di verifica dell'anomalia delle offerte[12].

Da quanto detto, è agevole concludere che il RUP, secondo quanto disposto dalla normativa di settore, nell'ambito delle procedure di appalti e concessioni può senz'altro essere definito il *dominus* della procedura di gara, titolare di tutti i compiti che non siano espressamente attribuiti ad altri soggetti[13].

2.2. (*segue*) cumulo dei ruoli di responsabile unico del procedimento e componente della commissione.

Sulla base del modo in cui è stata delineata fino a questo punto la figura del RUP, anche in relazione alla diversità della funzione allo stesso affidata in "contrapposizione" alla funzione affidata alla Commissione giudicatrice, parrebbe potersi concludere per l'incompatibilità dei due ruoli e quindi per l'impossibilità che uno stesso soggetto possa cumulare su di sé il ruolo di RUP e quello di componente della commissione di gara.

Invero, l'art. 77 comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, precisamente nell'ultimo periodo, andava esattamente in questa direzione. Tuttavia, la modifica introdotta dal D.Lgs. n. 56 del 2017, ha determinato che questa ipotesi fosse tutt'altro che esclusa e, ancorché sia rimasta ferma la disposizione secondo la quale "*i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*", rispetto al RUP il legislatore si è preoccupato di specificare che la sua nomina a membro delle commissioni di gara "*è valutata con riferimento alla singola procedura*".

A detta della giurisprudenza recente, tale fattispecie di incompatibilità deve ritenersi integrata nell'ipotesi di concentrazione in capo alla medesima persona delle attività di preparazione della documentazione di gara, implicante la definizione delle regole applicabili per la selezione del contraente migliore, e delle attività di valutazione delle offerte, da svolgere in applicazione delle regole procedurali all'uopo predefinite[14].

Del resto, tale norma risponde all'esigenza di una rigida separazione tra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte in essa presentate, a garanzia della neutralità del giudizio ed in coerenza con la *ratio* generalmente sottesa alle cause di incompatibilità degli organi amministrativi[15], al fine di evitare la partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti, interni o esterni, alla stazione appaltante che abbiano avuto un ruolo significativo, tecnico o amministrativo, nella predisposizione degli atti di gara[16].

Non valga a smentire quanto detto che, in ogni caso, il legislatore inserendo la disposizione a tenore della quale permette questa possibilità, specificando che debba essere valutata caso per caso, legittima tale scelta nel caso in cui venga compiuta dalle stazioni appaltanti, ovviamente in assenza

[12] Cfr. Linee guida n. 3 del 26 ottobre 2016, cit.
[13] in questo senso: TAR Veneto, Sez. I, 27 giugno 2018 n. 695; Cons. St., Sez. III, 19 giugno 2017 n. 2983.
[14] Cfr. *ex multis* Cons. Stato, VI, 8 novembre 2022, n. 7419.
[15] Cons. Stato, III, 8 gennaio 2021, n. 6744.
[16] Cons. Stato, V, 10 gennaio 2022, n. 167.

di ulteriori profili di specifica incompatibilità.

A conferma di ciò, la giurisprudenza ha, infatti, costantemente affermato che la violazione del disposto di cui all'art. 77 comma 4 D.Lgs. n. 50/2016 viene integrata nel caso in cui emergano elementi idonei a un'evidenza concreta che valga, su un piano sostanziale, a denotare l'incompatibilità tra i ruoli svolti, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi[17].

3. Il punto del Consiglio di Stato sui motivi legati alla figura del RUP.

Il Consiglio di Stato nella pronuncia in commento, dopo aver ricostruito la disciplina del Codice del 2016 che viene in rilievo nella definizione delle competenze e della funzione del Responsabile Unico del procedimento, richiama gli orientamenti della giurisprudenza che: ribadiscono la legittima competenza del RUP all'emanazione del provvedimento di esclusione; distinguono le sue funzioni da quelle della Commissione eventualmente nominata; definiscono i limiti dell'ipotesi di cumulo dei ruoli di responsabile unico del procedimento e componente della commissione, nei termini richiamati nei paragrafi precedenti.

In conclusione rigetta l'appello proposto, concludendo che nel caso oggetto di causa, peraltro, anche sulla base del disposto della *lex specialis*, risulta chiara la distinzione tra i compiti del "*soggetto deputato all'espletamento della gara*" (ossia il RUP) e la commissione di gara: mentre quest'ultima è chiamata ad esprimere un giudizio su aspetti tipicamente tecnico-discrezionali, in particolare, la valutazione offerte tecniche ed assegnazione dei relativi punteggi, il primo è tenuto ad operare scelte di carattere più vincolato ossia ad adottare talune decisioni allorché ne ricorrano i presupposti.

Tra le decisioni c.d. a carattere vincolato il Consiglio di Stato, nel solco definito dalla giurisprudenza precedente, fa rientrare anche quelle relative alla esclusione dei concorrenti.

Del resto, aggiungono i Giudici di Palazzo Spada, "*se previsto dalla lex specialis* [come nel caso deciso con la sentenza in commento], *il provvedimento di esclusione può essere comminato anche in seguito all'esame dell'offerta tecnica, allorché essa contenga elementi tali da comportare l'esclusione dei concorrenti*". E nel dire questo viene, ancora una volta, sottolineata la differenza tra questo tipo di operazione, ovvero l'esame dell'offerta tecnica – certamente di legittima competenza del RUP – da un'operazione di tipo diverso, ovvero la sua valutazione, questa si di competenza della commissione giudicatrice, ove nominata.

Ed è proprio sulla base di tale distinzione che l'attività del RUP nel caso di specie viene ritenuta legittima, perché lui ha comminato l'esclusione a seguito dell'esame acritico delle offerte, dal quale sono emersi elementi tali da provare l'esistenza di un unico centro decisionale. Il RUP non ha svolto alcuna valutazione nel merito delle offerte e quindi è rimasto legittimamente nell'ambito delle sue funzioni, come delineato dal legislatore.

Nella qualità di "*soggetto deputato all'espletamento della gara*" (indicazione letterale che il Consiglio di Stato riprende dalla *lex spcialis* della procedura oggetto di cau-

[17] Cons. di Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019 n. 1387; T.A.R. Catania, sez. I, 25/01/2021, n. 209; T.A.R. Roma, sez. II, 22/02/2019, n. 2420.

sa), conferma che il RUP era certamente abilitato ad aprire preliminarmente i plichi contenenti le offerte tecniche, e ciò non per valutarle sul piano della loro rispettiva meritevolezza – compito questo sicuramente da riservare alla commissione di gara – ma soltanto per accertarne la rispondenza in ordine ai requisiti del disciplinare e del codice dei contratti ai fini della loro possibile esclusione.

E pertanto, ritenendo che "*l'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche non era dunque preordinata ad una loro valutazione ma ad un mero esame di rispondenza rispetto ai requisiti di gara e di legge prescritti ai fini della loro mera ammissibilità*", accerta la legittimità del provvedimento di esclusione ad opera del RUP.

Infine, rispetto all'invocata incompatibilità del ruolo di RUP e di componente del seggio di gara, il Consiglio di Stato si limita a richiamare ormai pacifica giurisprudenza, a tenore della quale "*nelle procedure di gara ad evidenza pubblica, il ruolo di responsabile unico del procedimento può anche coincidere con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, e tanto ad eccezione dei casi in cui sussista la concreta dimostrazione che i due ruoli siano incompatibili, per motivi di interferenza e di condizionamento tra gli stessi*"[18], circostanza che ritiene del tutto assente nel caso sottoposto al suo esame.

[18] Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082.

4. Il nuovo Responsabile Unico di progetto del D. Lgs. n. 36/2023. Cenni.

L'impostazione del nuovo Codice Appalti è emblematica di un cambiamento del modo di intendere l'intervento pubblico che diventa quasi un progetto. Un progetto che deve portare dei risultati utili per la collettività, quali l'esecuzione tempestiva e il migliore rapporto qualità/prezzo, sempre nel rispetto dei principi dell'attività amministrativa, quali la trasparenza, la legalità, il buon andamento[19].

La nuova impostazione di base del Codice influenza inevitabilmente anche la disciplina del Responsabile del Procedimento, in capo al quale si assommano ulteriori responsabilità e compiti rispetto al passato.

Il nuovo approccio del legislatore del 2023 alla figura del Responsabile del Proce-

[19] Utile in proposito la Relazione agli articoli e agli allegati, che precede lo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", trasmesso dal Consiglio di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri il 7 dicembre 2022. In dottrina si veda: M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *giustiziainsieme.it*, Diritto e processo Amministrativo, 22 dicembre 2022; L. Carbone, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro* (Relazione al Convegno su: «Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?» – Roma, 27 gennaio 2023), in *giustizia-amministrativa.it*, 12.; A. Cioffi, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in *ApertaContrada.it*, 16 gennaio 2023; S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *L'amministrativista*, 2 gennaio 2023; M.A. Sandulli, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo codice appalti*, in *federalismi.it*, fasc. 8/2023, 5 aprile 2023; F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici di Fabio Saitta*, (Relazione al Seminario di studi su: «Il diritto dei contratti pubblici alla luce del nuovo Codice» - Cosenza, 16 maggio 2023), in *giustiziainsieme.it*, 08 giugno 2023;

dimento, lo si desume preliminarmente da una mera valutazione del dato letterale. Difatti l'art. 15 del D.Lgs. n. 36/2023 disciplina la figura del "*Responsabile Unico di Progetto (RUP)*". Questo deve essere nominato dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti "*nel primo atto di avvio dell'intervento pubblico*", ed allo stesso viene affidata la responsabilità di dirigere e coordinare tutte le fasi di ciascuna procedura soggetta al Codice. Il nuovo Responsabile Unico del Progetto è coinvolto a partire dalla fase di pianificazione e programmazione, passando dall'espletamento della procedura di selezione del contraente, per finire alla successiva fase di esecuzione contrattuale con l'opportuno coinvolgimento del Direttore dell'Esecuzione Contrattuale.

Per mitigare la forte implementazione di responsabilità affidate al RUP, il legislatore al comma 4 prevede la possibilità di individuare un modello organizzativo *ad hoc* attraverso la nomina di responsabili di procedimento per ognuna delle fasi dell'appalto, che però agiscono sempre sotto diretta responsabilità del RUP, il quale mantiene le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento[20]. Al comma 6 è, poi, prevista la possibilità di istituire una vera e propria struttura di supporto al RUP, il quale affida direttamente eventuali incarichi di assistenza, il tutto purché l'affidamento comporti un impegno di spesa non superiore all'1% dell'importo a base d'asta.

Forse la previsione normativa che più di tutte da l'idea della rinnovata veste del RUP è quella contemplata al comma 5 del suddetto articolo, a mente del quale la sua funzione primaria è quella di assicurare "*il completamento dell'intervento pubblico nei termini previsti e nel rispetto degli obiettivi connessi al suo incarico*", rispettando, quindi, le tempistiche preventivate, il livello di qualità richiesto e la manutenzione programmata. Tale previsione non può non considerarsi diretto corollario del principio del risultato di cui all'art. 1, posto alla base della nuova disciplina[21].

Altra significativa differenza rispetto al passato dal punto di vista quanto meno della tecnica legislativa utilizzata, è rappresentata dal fatto che la disciplina di dettaglio è sancita nell'Allegato I.2, rubricato "Attività del RUP", che – essendo parte integrante del nuovo Codice – è auto-esecutivo con valenza di legge. Il RUP dovrà possedere i requisiti individuati nel predetto allegato e le competenze professionali adeguate in relazione ai compiti affidatigli, nel rispetto dell'inquadramento contrattuale e delle relative mansioni. Dovrà aver maturato un'adeguata esperienza nello svolgimento di attività analoghe a quelle da realizzare, con riguardo alla natura, complessità e/o importo dell'intervento.

Viene comunque riconfermato il ruolo del RUP come Project Manager, l'articolo 5 comma 4 dell'allegato, dispone che "*nelle procedure di affidamento di lavori particolarmente complessi, il RUP possiede, oltre a*

[20] Sul ruolo del Rup e del Responsabile di fase si veda Tar Calabria sentenza n. 782 del 23.10.2023, il quale – nel delineare la natura delle due figure – ne tratteggia le differenze e in particolare sull'impugnabilità degli eventuali atti specifica che quelli del responsabile di fase sono atti endoprocedimentali e quindi privi di contenuto decisorio. Anche la proposta di aggiudicazione predisposta dal responsabile di fase può al massimo far nascere un'aspettativa nell'aggiudicatario. Tuttavia, non trattandosi di un'aggiudicazione definitiva non può essere impugnata. Al contrario, spiega il Tar, il Rup ha la competenza per valutare la proposta di aggiudicazione, verificare i requisiti dell'offerente e disporre l'aggiudicazione definitiva. L'atto del Rup potrebbe quindi essere impugnato.

[21] Per l'analisi del principio del risultato si rinvia alla dottrina già citata (n. 19).

un'esperienza professionale di almeno cinque anni nell'ambito delle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di lavori, una laurea magistrale o specialistica nelle materie oggetto dell'intervento da affidare nonché adeguata competenza quale Project Manager, acquisita anche mediante la frequenza, con profitto, di corsi di formazione in materia di Project Management".

In definitiva, può dirsi che – in linea con il nuovo impianto codicistico – il nuovo Responsabile Unico del Progetto, oggi, non deve non solo governare e sovraintendere le procedure, ma anche "portare a casa il risultato", in termini di raggiungimento degli obbiettivi della pubblica amministrazione alla quale appartiene. Il tutto nei tempi previsti (in molti casi sensibilmente ridotti) e senza che questo comporti né un abbassamento del livello qualitativo, né tanto meno un aumento dell'impiego di risorse economiche. Si passa, dunque, da un soggetto responsabile della procedura, in senso stretto intesa, ad un soggetto che è responsabile, invece, dell'intero progetto e quindi non più solo della procedura, intesa come mezzo attraverso il quale il progetto viene realizzato.

Quanto all'oggetto di indagine del presente scritto, il nuovo codice non modifica l'impostazione delineata, anche il Responsabile Unico del Progetto è personificazione della stazione appaltante – anzi, come visto, più di prima – e, dunque, certamente legittimato ad esercitare il potere di esclusione degli operatori economici. La differenza è che, prima la base legale di tale potere veniva rintracciata nella disposizione dell'art. 80, a mezzo della quale il potere di esclusione era affidato alla stazione appaltante, nella nuova disciplina, invece, il potere di esclusione del RUP viene esplicitamente menzionato dall'art. 7, lettera d), dell'allegato I.2.

Stefania Caggegi

2. 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)

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 attrezzatu-

re 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

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

possibilità di aggiudicazione F. Saitta, *La legittimazione ad 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.

si produce 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, dal medesimo collegio, nella sentenza n. 9

[3] D. Vaiano, *L'onere dell'immediata impugnazione del bando e della 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.*

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 *input*

[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".

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

[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).

Stato e ben esplicitato nella sentenza della Sez. III del 23 gennaio 2015, n. 293. In quella 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

[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.

2010, n. 104), al quarto comma dell'articolo 64, annovera tra i mezzi di prova cui possa fare ricorso il giudice "qualora reputi necessario 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

[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.

cui: "*l'onere probatorio ovviamente muta ai fini del merito del giudizio, poiché l'illegittimità 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.

FORTUNATO GAMBARDELLA

[16] Così, Consiglio di Stato, Sez. III, 26 aprile 2022, n. 3191.

3. Il collegio consultivo tecnico e la sua veste arbitrale: profili sostanziali e di tutela giurisdizionale

Sommario: 1. Introduzione. – **2.** Criteri di valutazione delle controversie da parte del CCT. – **3.** La obbligatorietà del CCT e strumenti di tutela giurisdizionale in caso di rifiuto o inerzia nella costituzione del CCT. – **4.** Il CCT come, ordinariamente, arbitrato irrituale *sui generis*, chiamato a rendere lodi in una prospettiva conciliativa e di prioritaria cura dell'interesse pubblico e il regime di impugnazione dei suoi atti. – **5.** La responsabilità dei componenti del CCT. – **6.** La particolare disciplina dei pareri obbligatori su risoluzione-sospensione e su questioni emerse in sede di gara: elementi comuni e differenze rispetto alle competenze principali del CCT. – **7.** Conclusioni.

1. Introduzione.

L'art. 215 del D.lgs. n. 36/2023, in coerenza con la legge delega[1], ha inteso potenziare il Collegio consultivo tecnico (CCT).

In effetti, questo organo collegiale, formato da membri ad elevata competenza professionale, viene "stabilizzato" come strumento principale di ADR nell'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ossia, secondo quanto si legge nella Relazione della Commissione presso il Consiglio di Stato, come "*rimedio generale per dirimere sul nascere i possibili contenziosi tra committente e appaltatore che rischierebbero di pregiudicare l'esecuzione tempestiva e a regola d'arte del contratto di appalto*"[2]. In precedenza, l'art. 6 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 lo aveva sì ripristinato dopo la relativa abrogazione da parte del correttivo del 2017[3], ma solo fino al 30 giugno 2023 ed esclusivamente nel campo dei lavori[4].

[1] Art. 1, c. 2, lett. ll) della l. delega n. 78 del 14 giugno 2022, che assegna al legislatore delegato il compito di provvedere al "rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto".

[2] 251.

[3] Art. 121, c. 1, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

[4] Sul tema, in generale, A. Aniello, *Il collegio consultivo tecnico come arbitrato obbligatorio? Spunti di riflessione,* in *Riv. Arb.,* 2022, 517 ss.; P. Carbone, *L'inopinata "resurrezione" del collegio consultivo tecnico*, in *Riv. Trim. App.* 2019, 1135 ss.; P. Carbone, *La disciplina del collegio consultivo tecnico dopo il decreto del Mims 17 gennaio 2022 n. 12*, Santarcangelo di Romagna, 2022; A. Cianflone, G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano 2021, 2686 ss.; F. Francario, *La natura giuridica delle determinazioni del collegio consultivo tecnico*, in *L'amministrativista*, 2021; F. Francario, *Il Collegio consultivo tecnico. Misura di semplificazione e di efficienza o inutile aggravamento amministrativo?*, in *Giustizia insieme,* 2022; F. Francario,, "*To be or not to be". Il collegio consultivo tecnico. Misura di semplificazione e di efficienza o inutile aggravamento amministrativo?*, in *L'amministrativista*, 2022; F. Francario, *Il Collegio consultivo tecnico, organismo atipico di mediazione e di conciliazione in ambito pubblicistico*, in *Giustizia insieme,* 2023; I. Lombardini, *Riflessioni sul nuovo Collegio Consultivo Tecnico negli appalti pubblici*, in *Riv. Arb.,* 2020, 843 ss.; I. Lombardini, *Il difficile presente dell'arbitrato nei contratti pubblici e l'introduzione di altri nuovi rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale: il collegio consultivo tecnico (ex art. 1, commi 11-14 del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 coordinato con la legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55)*, in *Riv. Arb.,* 2019 84 ss.; M.

In sostanza, gli artt. 215-219 mettono a regime – senza novità davvero strutturali, salvo l'allargamento del CCT a servizi e forniture – il sistema, già disegnato dagli articoli 4 e 5 del d.l. n. 76 del 2020, come integrato dalle linee guida predisposte dal Consiglio superiore dei lavori pubblici e approvate con d.m. Ministero delle infrastrutture e mobilità sostenibili del 17 gennaio 2022 (di seguito anche Linee guida 2022).

Tale sistema, in origine pensato essenzialmente per accompagnare la realizzazione degli obbiettivi PNRR, è oggi, invece, destinato a fluidificare l'esecuzione di ogni importante contratto d'appalto.

In particolare, l'art. 215, c. 1, riconosce la facoltà di ciascuna parte di chiedere la costituzione di un CCT, al fine di rendere pareri e determinazioni sulla fase esecutiva del contratto di appalto. Tali determinazioni, salvo diversa volontà delle parti, in una sorta di silenzio assenso, acquisiscono il valore di lodo arbitrale irrituale, ossia, *ex* art. 808-*ter* c.p.c., di "*determinazione contrattuale*", in termini di composizione amichevole o negozio di accertamento riconducibile alla volontà contrattuale delle parti della controversia.

Il CCT può essere facoltativo, ossia costituito su accordo delle parti che, in tale ipotesi, definiscono anche i relativi quesiti, ovvero obbligatorio, in caso di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea e di forniture e servizi di importo pari o superiore a 1 milione di euro.

Scopo di questo breve contributo è interrogarsi, in una prospettiva sia di diritto sostanziale che processuale, su quattro profili essenziali: criteri di valutazione attraverso cui è chiamato ad operare il CCT; significato e portato dell'obbligatorietà del CCT; regime dei relativi atti e, infine, responsabilità dei componenti del CCT.

In conclusione, ed in sintesi, si proporrà anche una lettura complessiva dell'istituto.

2. Criteri di valutazione delle controversie da parte del CCT.

È già stato notato dalla dottrina più attenta: fin dal dato legislativo, risulta delineata una doppia finalità del CCT, ossia offrire uno strumento di ADR particolarmente efficace e destinato ad estendersi potenzialmente a tutte le controversie della fase esecutiva e, allo stesso tempo, tutelare l'interesse pubblico alla celere ed esatta esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, specie più significativi, in coerenza con il principio del raggiungimento del risultato, oggi espressamente codificato dall'art. 1 del Codice 2023.

Persino laddove la pronuncia assuma valore di lodo contrattuale, precisa l'art. 215, c. 2 che "*l'attività di mediazione e conciliazione è comunque finalizzata alla scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte*".

Dal che emergono, mi pare, almeno due punti fermi: *a.* la celere e diligente esecuzione del contratto è sempre e comunque interesse prioritario che deve informare l'azione del CCT, persino nella sua veste di collegio arbitrale e *b.* il CCT, anche nella sua veste arbitrale, può ben optare per soluzioni conciliative, i.e., può ben operare secon-

---

Macchia, *Alla ricerca di esperti... Rimedi alternativi ed esecuzione dell'appalto*, in *Giorn. dir. Amm.*, 2024, 19 ss.; P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico. L'esperienza dei dispute boards e del collegio consultivo tecnico*, Napoli, 2023; C. Volpe, *Il Collegio consultivo tecnico. Un istituto ancora dagli incerti confini*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020.

do la nota attitudine dell'arbitrato irrituale a ricercare una "*amichevole composizione*"[5].

Tale amichevole composizione, sia detto per inciso, non coincide, necessariamente, con una transazione, non richiedendo di per sé reciproche concessioni[6]; anche se si è opportunamente precisato in giurisprudenza che "*In mancanza di limiti specificamente prefissati, gli arbitri irrituali hanno gli stessi poteri dispositivi dei mandanti in ordine alla definizione del rapporto controverso; pertanto essi possono adottare una qualunque soluzione compresa fra i due estremi della transazione, da un lato, e del negozio di mero accertamento, dall'altro*"[7]. In altri termini, sotto la categoria dell'arbitrato irrituale ben possono ricadere (anche) ipotesi in cui agli arbitri sia concesso (seppur non imposto, perché altrimenti non si tratterebbe di arbitrato, ma di mandato a transigere in senso proprio ed esclusivo) di giungere a soluzioni eminentemente transattive della lite. Il lodo avrebbe, cioè, in questi casi, non (necessariamente) la funzione di dichiarare, secondo regole obiettive (di diritto, o di equità) chi ha ragione e chi ha torto. Ma di operare (o, perlomeno, anche di operare, ove occorra), reciproche concessioni.

Evidentemente, l'amichevole composizione – comunque si realizzi, ossia se tramite reciproche concessioni o in un altro modo – è vista dal Codice dei contratti pubblici come funzionale a superare certe rigidità che possono ostare al raggiungimento del risultato nei contratti pubblici.

In sostanza, negare (come talvolta prescritto in via generale da alcune Amministrazioni[8]) al CCT la capacità di decidere, ove opportuno, secondo equità o attraverso soluzioni transattive, significa, a mio parere, andare contro la stessa *ratio* pubblicistica dello strumento: è proprio grazie alla duttilità di un'amichevole composizione (possibile sia in sede arbitrale che, *a fortiori*, di mera attività consultiva) che il CCT può più efficacemente perseguire l'interesse primario della celere e diligente realizzazione dell'opera/ esecuzione del contratto

Tale vocazione acceleratoria e di soluzione facilitata delle controversie anche attraverso soluzioni equitative o transattive è altresì strettamente connessa alla previsione di cui all'art. 215, c. 3 (richiamata anche, in relazione ai pareri, dall'art. 217, c. 2[9]), secondo la quale l'inosservanza dei pareri o delle determinazioni del CCT (dunque di ogni atto formale del CCT, pur ove privo di valore arbitrale e della finalità di risoluzione di una controversia, e quindi con inclu-

[5] F. Francario, *Il Collegio consultivo tecnico, organismo*, cit., secondo cui il pronunciamento del CCT "*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*".

[Sul] punto anche P. Otranto, *op. cit.*, 366, secondo cui " *Sembra che, nella riforma, il tratto peculiare del c.c.t. sia quello di un organismo chiamato a svolgere in ogni caso funzioni di mediazione e conciliazione al fine di garantire l'interesse generale alla celere realizzazione delle opere*".

[6] Così Cass., Sez. II, Ord. 13 aprile 2022, n. 12058.

[7] Così, Cass., sez. I, 13 marzo 1998, n. 2741

[8] Faccio in particolare riferimento al Regolamento Anas per la nomina dei componenti nei Collegi Consultivi Tecnici e regole di funzionamento (in *https://www.stradeanas.it/sites/default/files/pdf/Regolamento_nomina_componenti_CCT_e_regole_di_funzionamento.pdf*), secondo il cui par. 7.1.6 "*Il CCT non può pronunciarsi secondo equità*".

[9] "*Se le parti, ai sensi di quanto disposto dal comma 1, escludono che la pronuncia possa valere come lodo contrattuale, il parere, anche se facoltativo, produce comunque gli effetti di cui al comma 3 dell'articolo 215*".

sione anche dei meri pareri), è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali, nonché, secondo un meccanismo mutuato dalla mediazione, incide sul profilo delle spese in un successivo contenzioso giudiziale, quando la determinazione del CCT, a cui non ci si sia conformati, sia in quella sede confermata[10]. Viceversa – e questo è il profilo che probabilmente più può contribuire al successo dell'istituto, fino a consentirgli di "fagocitare" gli altri strumenti di ADR previsti dal Codice – l'osservanza delle determinazioni del CCT è causa, per gli organi della Stazione appaltante, di esclusione della responsabilità per danno erariale, salva l'ipotesi di condotta dolosa.

L'idea di fondo sembrerebbe chiara: rimuovere la paura di responsabilità erariali, che costituisce una delle principali ragioni di resistenza da parte delle Stazioni appaltanti ad accettare soluzioni che, pur in concreto opportune e necessarie per consentire di ottenere il "risultato", possano *ex post* essere viste come un indebito vantaggio per il contraente privato.

Vero che, come è stato acutamente notato[11], il principio della irresponsabilità erariale del funzionario che si sia conformato alle indicazione del CCT sembra semplicemente riecheggiare gli artt. 1, c. 1.1, l. 14 gennaio 1994, n. 20 e 11-*bis* d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28, secondo i quali la responsabilità per danno erariale che consegue alla stipula di accordi volti alla composizione stragiudiziale delle liti in sede di mediazione e in sede giudiziale "*è limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti*".

Tuttavia, resta il fatto che tale principio è poi espressamente ripreso solo in relazione al CCT, sicché ben difficilmente (o comunque senza alcuna certezza) sarà invocabile in relazione agli altri strumenti di ADR previsti dal Codice dei contratti pubblici.

3. La obbligatorietà del CCT e strumenti di tutela giurisdizionale in caso di rifiuto o inerzia nella costituzione del CCT.

Un altro tema di carattere, si direbbe, prioritario, pare quello del significato della obbligatorietà del CCT per gli appalti sopra-soglia: sia per capire quale ne sia la portata sul piano giuridico e quale il suo rapporto con il principio costituzionale di necessaria facoltatività dell'arbitrato, sia per comprendere quali strumenti di tutela giurisdizionale, e quali responsabilità, siano ipotizzabili in caso di inerzia nella costituzione del CCT.

Partiamo da un profilo della obbligatorietà del CCT ad oggi poco discusso e però, sembrerebbe, centrale.

È da capire la coerenza con i caratteri fondamentali del CCT quale legislativamente tratteggiato delle Linee guida del 2022, par. 4.1.3, ai sensi delle quali "*In nessun ca-*

[10] All. V.2, art. 3, c. 5: "*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 allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile*".

[11] A. Cassatella, *I rimedi alternativi alla giurisdizione nell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni,* in *Dir. Amm.*, 2023, 799 ss., 814.

so il CCT può intervenire autonomamente o emettere pareri in assenza dei quesiti di parte; l'inosservanza di tale divieto comporta la nullità delle determinazioni eventualmente assunte", con il solo temperamento per cui "*Se l'appaltatore, al fine di non incorrere in decadenze, iscriva riserve senza formulare anche il relativo quesito al CCT, il quesito deve essere formulato dal responsabile del procedimento se la riserva è tale da incidere sulla regolare esecuzione dei lavori*". Così si lascia, apparentemente, alla scelta esclusiva delle parti l'effettiva sottoposizione al CCT obbligatorio di specifiche controversie inerenti alla fase dell'esecuzione, ove pure esistenti[12].

Se il CCT è, per i contratti più rilevanti, obbligatorio e se, in effetti, risponde ad uno specifico interesse pubblicistico non circoscritto alla sola ipotesi (peraltro assai genericamente definita) in cui "*la riserva è tale da incidere sulla regolare esecuzione dei lavori*", non pare coerente che le parti possano poi decidere se e quando utilizzarlo nelle loro concrete controversie, sottoponendogli o meno le loro concrete controversie.

Né, sia chiaro, una obbligatorietà "in senso forte" del CCT (ossia una sua necessaria onnicomprensività rispetto alle liti relative alla fase esecutiva, fino alla conclusione del rapporto contrattuale) lo renderebbe in contrasto con il divieto di arbitrato imposto: ciascuna delle parti può sempre decidere, *ab origine*, di escludere il valore arbitrale di tutte le determinazioni; d'altra parte, a voler invece ritenere davvero necessario per dare fondamento volontaristico all'arbitrato un accordo in relazione a ciascun quesito, allora occorrerebbe negare anche la possibilità di sottoporre quesiti in via unilaterale. Tale unilateralità del quesito è invece oggi certamente ammessa (l'art. 3, c. 1, dell'All. V.2 è esplicito nello stabilire che "*Il procedimento per l'espressione dei pareri o delle determinazioni del CCT può essere attivato da ciascuna delle parti o da entrambe congiuntamente..*") e, del resto, è comune ad ogni esperienza di contratto contente una clausola compromissoria[13].

A me sembra, allora, che le Linee guida 2022 debbano sul punto ritenersi *ab origine* illegittime (per violazione della scelta legislativa a favore di un CCT obbligatorio per gli appalti sopra certe soglie). Peraltro, tali previsioni delle Linee guida sono probabilmente ormai inapplicabili, visto che l'art. 1, c. 3, dell'Allegato V.2 richiama le Linee guida solo in relazione a "*I requisiti professionali e i casi di incompatibilità dei membri*

[12] A. Giannelli, P. Provenzano, *L'arbitrato in materia di contratti pubblici e PNRR: l'ordinamento al bivio tra diffidenza e valorizzazione delle sue potenzialità deflattive del contenzioso*, in *Nuove aut.*, 2022, 113 ss., 126-128

[13] Non convince quindi la tesi di A. Giannelli, P. Provenzano, *op. cit.*, per cui una obbligatorietà forte lederebbe il principio costituzionale di facoltatività necessaria dell'arbitrato.

Una simile tesi è sostenuta anche da A. Aniello, *op. cit.*, 530. secondo cui "*Al contrario, se si ritenesse che la « comunicazione dei quesiti » debba necessariamente essere riconducibile ad un atto bilaterale (comunque riconducibile alla libera volontà di entrambe le parti) ovvero che alla comunicazione dei quesiti da parte dell'una, l'altra parte sia nella posizione di esprimere il proprio dissenso nel conferire potestas judicandi al Collegio, dovrebbe concludersi che la disciplina del CCT sia conforme al dettato costituzionale e irriducibile all'arbitrato irrituale obbligatorio*".

Sul tema della pretesa tensione del CCT obbligatorio con i principi costituzionali in punto di arbitrato, per prima, ANAC, *Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale» in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione*», 22: "*il carattere della obbligatorietà (per i contratti sopra soglia) che è disposto circa l'utilizzo dello strumento del CCT in tale configurazione contrasta con il consolidato orientamento del giudice delle leggi circa il duplice connotato dell'assoluta volontarietà, per entrambe le parti e certamente senza volontà legislativamente presunte in capo a quella privata, del ricorso all'istituto arbitrale e della sua consensualità*".

e del Presidente del Collegio consultivo tecnico, i criteri preferenziali per la loro scelta […] i parametri per la determinazione dei compensi [….]", non quanto al ben diverso profilo della portata dell'obbligatorietà. D'altra parte, la nuova disciplina si applica anche ai CCT in corso alla data dell'entrata in operatività del nuovo Codice (art. 224, c. 1[14]).

In sostanza, dal 1 luglio 2023, è il citato art. 3, c. 1, a costituire la disciplina di riferimento rispetto al tema della portata dell'obbligatorietà del CCT.

Vero è che l'art. 3, c. 1 di nuovo usa l'ausiliario *potere* ("*può essere attivato*"); ma tale scelta lessicale, evitando l'uso dell'ausiliario *dovere* e non comminando alcuna nullità in caso di iniziativa ufficiosa del CCT, è compatibile con l'interpretazione qui preferita: nessun dubbio che il CCT di regola potrà e dovrà essere attivato da una o entrambe le parti, ma tale più naturale modalità di attivazione non ne può rimuovere la complessiva obbligatorietà. E quest'ultima deve tradursi in un dovere del RUP (sanzionabile ad es. in sede di responsabilità erariale) di attivare la procedura in caso di riserve e di altre controversie in senso proprio di cui venga comunque a conoscenza, nonché in una legittimità (ed anzi doverosità) dell'iniziativa ufficiosa dell'organo collegiale.

In conclusione, nella interpretazione qui preferita, i CCT obbligatori dovrebbero riguardare ogni controversia e riserva (indipendentemente dalla relativa gravità e capacità di incidere sulla regolare esecuzione del contratto). Ogni riserva, dunque, dovrebbe essere, necessariamente e tempestivamente, sottoposta al CCT a cura, quantomeno, del RUP; il CCT, ove venga comunque a conoscenza di una riserva, dovrebbe su di essa potersi pronunciare anche d'ufficio, in coerenza con il suo carattere obbligatorio e con l'indisponibilità dell'interesse alla celere ed esatta esecuzione del contratto primariamente affidato alla sua cura.

Il che, tra l'altro, implica che laddove le parti non abbiano escluso il carattere arbitrale delle decisioni del CCT, il fatto di rivolgersi al giudice invece che adire il CCT legittimerà la controparte a sollevare in sede giudiziale una *exceptio compromissi* irrituale[15], intesa dalla giurisprudenza come ragione di rinuncia alla giurisdizione da parte dell'attore[16].

Questa lettura nel senso di una obbligatorietà "in senso forte", tra l'altro, eviterebbe la singolare situazione di una clausola arbitrale "a tempo", ossia di controversie contrattuali che possono essere dedotte in arbitrato irrituale solo finché il CCT non sia sciolto con la conclusione (naturale o anticipata) del rapporto contrattuale: il RUP, nell'interpretazione preferita, ha il dovere di sottoporre tempestivamente le riserve al CCT, anche al fine di evitare tale esito, ossia una pratica impossibilità di decisione arbitrale, per scioglimento del CCT, secondo tempistiche per di più non esattamente prevedibili.

V'è adesso da chiedersi di quali strumenti di tutela possa disporre l'impresa per indurre la stazione appaltante a costituire il CCT.

Anzitutto, il legislatore chiarisce che l'inerzia, anche in termini di semplice ritardo, della Stazione appaltante nella costituzione

[14] "*Le disposizioni di cui agli articoli da 215 a 219 si applicano anche ai collegi già costituiti ed operanti alla data di entrata in vigore del codice*".

[15] Sul tema A. Cassatella, *op. cit.*, 819.

[16] Tra le tante, da ultimo, Cass., sez. II, 8 agosto 2019, n. 21177.

del CCT è causa di responsabilità erariale e dirigenziale e può integrare, sia da parte della Stazione appaltante che del contraente privato nei reciprochi rapporti (contrattuali), un inadempimento dell'obbligo di buona fede contrattuale. Inoltre, la parte più diligente può rivolgersi al Presidente del Tribunale ordinario in cui ha sede la Stazione appaltante, e, quindi, il CCT, per ottenere tale nomina[17].

Dunque è certamente ipotizzabile, da parte dell'appaltatore, un esposto alla Corte dei conti, per denunciare un'ipotesi tipica di responsabilità erariale.

Peraltro, in relazione alla mancata nomina del rappresentante della Stazione appaltante nei CCT, una voce giurisprudenziale (per ora isolata) ha qualificato la posizione del privato istante come di interesse legittimo pretensivo contrapposto ad un potere amministrativo vincolato, come tale suscettibile di ricorso contro il silenzio inadempimento, oltre che contro il diniego espresso, in via di azioni di adempimento[18].

Tuttavia, da un lato il richiamo legislativo alla buona fede contrattuale sembra collocare la controversia nel campo, appunto, dell'esecuzione contrattuale, con conseguente giurisdizione ordinaria; dall'altro, nell'analogo settore degli accordi bonari, prevale la tesi della improponibilità dell'azione avverso il silenzio inadempimento a fronte dell'inerzia della Stazione appaltante rispetto alla instaurazione della procedura, dato che l'appaltatore è titolare di una situazione soggettiva di diritto soggettivo, per di più non ricadente in giurisdizione amministrativa nemmeno esclusiva[19]. Infine, la possibilità di rivolgersi al Presidente del Tribunale ordinario potrebbe altresì escludere l'interesse a ricorrere davanti al GA.

V'è di più. A ben vedere prevedere la contestabilità del silenzio o del diniego espresso avanti al GA in relazione alla condotta della (sola) Amministrazione apparirebbe foriera di esiti asimmetrici, visto che certo la Stazione appaltante non ha altra scelta che rivolgersi all'AGO a fronte dell'inerzia del privato. Meglio quindi optare per una competenza esclusiva dell'AGO, in entrambi i casi di inerzia, sia pubblica che privata.

In sostanza, pur trattandosi di questione ancora aperta, appare da un lato verosimile, e dall'altro preferibile, un ruolo, in materia, solo per la Giurisdizione ordinaria e, nei casi di patologica inerzia amministrativa, in aggiunta, per la Corte dei conti.

[17] All. V.2, art. 2, c. 1: "*Il Collegio consultivo tecnico deve essere costituito a iniziativa della stazione appaltante prima dell'avvio dell'esecuzione o comunque non oltre dieci giorni da tale data. L'inottemperanza ovvero il ritardo nella costituzione del CCT, nel caso di affidamenti superiori alla soglia di rilevanza europea, è valutabile sia ai fini della responsabilità dirigenziale ed erariale, sia, nei rapporti tra la stazione appaltante e l'operatore economico, sotto il profilo della buona fede contrattuale. In caso di mancata designazione dei membri la parte non inadempiente può rivolgersi al presidente del tribunale ordinario ove ha sede la stazione appaltante, individuata quale sede del CCT*".

[18] T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 20 giugno 2022, n. 1638, e, per il silenzio inadempimento, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 22 ottobre 2021, n. 3167 e 3168, ove si osserva che anche " La circostanza che il componente originariamente designato abbia rassegnato le dimissioni non esonera l'Amministrazione dal provvedere tempestivamente alla nuova nomina".

[19] Sul tema, con specifico riguardo all'accordo bonario nei lavori pubblici, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 21 luglio 2014, n. 416 e T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 18 settembre 2014, n. 2358

4. Il CCT come, ordinariamente, arbitrato irrituale *sui generis*, chiamato a rendere lodi in una prospettiva conciliativa e di prioritaria cura dell'interesse pubblico e il regime di impugnazione dei suoi atti.

Abbiamo visto come il CCT operi attraverso delle determinazioni pienamente vincolanti, ove il CCT sia investito di una funzione arbitrale, o, almeno, semi-vincolanti, o, se si preferisce, espressione di "funzioni latamente decisorie"[20] (ove le parti abbiamo escluso la funzione arbitrale). Tali determinazioni, per di più, possono ridurre fortemente la paura della firma nei funzionari pubblici, perché, se seguite, schermano dalla responsabilità erariale, così facilitando fortemente soluzioni amichevoli (e financo transattive), in coerenza con il principio della fiducia di cui all'art. 2 del Codice.

Invero, è proprio la scelta legislativa di declinare l'arbitrato irrituale in uno specifico procedimento *ex lege* preordinato ad una particolare attenzione per l'interesse pubblico, a consentire di superare le tradizionali resistenze giurisprudenziali e legislative rispetto all'arbitrato irrituale e all'arbitrato secondo equità. Questi ultimi, come bene emerge nell'art 12 c.p.a., secondo cui "*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*", visti come potenzialmente in contrasto con il principi generali di legalità e di evidenza pubblica[21].

Potremmo insomma dire che il CCT, grazie alla sua disciplina di legge, realizza le esigenze dell'evidenza pubblica (intesa come decisione procedimentalizzata in cui emergano le ragioni di pubblico interesse), così superando anche sul piano sostanziale i dubbi tradizionalmente espressi in giurisprudenza in relazione all'arbitrato irrituale nelle controversie con la PA[22].

Sempre sotto il profilo del principio di legalità, resta da capire se la natura "contrattuale" e quindi privatistica della determinazione con valore di lodo imponga altresì di qualificare come nullo il lodo che si

[20] Così, A. Cassatella, *op. cit.*, 818.

[21] Per il tradizionale orientamento negativo della giurisprudenza, ad es., Cass., Sez. III, 8 aprile 2020 n. 7759: "*La P.A. non può avvalersi, per la risoluzione delle controversie derivanti da contratti conclusi con privati (nella specie, un contratto di affitto agrario), dello strumento del cd. arbitrato irrituale o libero poiché, in tal modo, il componimento della vertenza verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri irrituali) che, oltre ad essere individuati in difetto di qualsiasi procedimento legalmente determinato e, pertanto, senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità della scelta, sarebbero pure destinati ad operare secondo modalità parimenti non predefinite e non corredate dalle dette garanzie*" e Cass., Sez. VI, 8 novembre 2018, n. 28533: "*È valida la clausola compromissoria con la quale viene deferita ad arbitri la soluzione della controversia riguardante contratti stipulati tra la Pubblica Amministrazione e terzi purché si verta in tema di diritti disponibili e non di interessi legittimi, l'arbitrato abbia carattere rituale e sia escluso il potere di decidere secondo equità*".

[Sia] consentito il rinvio, sul tema, per alcune notazioni critiche rispetto a questo orientamento, a F. Goisis, *Compromettibilità in arbitrato irrituale delle controversie di cui sia parte la pubblica am- ministrazione e art. 1 della l. n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 249 ss.

[22] Sul punto, F. Francario, *Il Collegio consultivo tecnico, organismo*, cit.: "*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*".

ponga in contrasto con norme imperative. Il riferimento è soprattutto alle norme che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo di aggiudicazione, evitandone elusioni *ex post* tramite modifiche sostanziali del rapporto contrattuale a favore del privato contraente.

Insomma, occorre chiedersi se tale natura contrattuale segni implicitamente i confini della amichevole composizione, limitandola alle questioni relative a diritti disponibili, escludendo invece radicalmente ogni profilo relativo all'esercizio, nel rispetto del principio di *par condicio* e concorrenza, del potere amministrativo, ossia specie quei profili che finiscono per incidere, *ex post*, sulla fase di selezione del contraente.

È stato in effetti più volte chiarito, anche nella giurisprudenza UE, che non è dato prescindere dalle regole di gara (ad es. riconoscendo condizioni di favore al contraente privato, in violazione del divieto di rinegoziazione del contratto pubblico), nemmeno per finalità transattive, di prevenzione del contenzioso[23].

D'altra parte, la questione è, in specie, complicata dall'espressa previsione dell'art. 217, c. 3, per cui "*Le determinazioni aventi natura di lodo contrattuale sono impugnabili nei casi e nei modi indicati dall'articolo articolo 808-ter, secondo comma, del codice di procedura civile*".

In effetti l'art. 808-ter cit. non parla di nullità per violazione di norme imperative, anche se prevale, nella dottrina e giurisprudenza relativa all'ordinario arbitrato irrituale, l'idea che ciò non escluda né possa escludere la nullità del lodo per violazione di norme imperative, in coerenza con la sua natura negoziale privatistica[24].

Tuttavia, l'espresso riferimento legislativo al solo art. 808-*ter*, c. 2, cit. potrebbe indicare, per pura ipotesi, invece una specifica volontà di escludere l'impugnazione del lodo per nullità da violazione di norme imperative sostanziali.

Nonostante la complessità della questione, sembra preferibile la tesi della nullità della determinazione-lodo, ove e per quanto in contrasto con norma imperativa sostanziale, quantomeno se attinente al divieto di modifica sostanziale del contratto e quindi di divieto di affidamento diretto: al di là del fatto che l'art. 829, c. 3, c.p.c. prevede come assolutamente inderogabile l'impugnabilità del lodo rituale per "*contrarietà all'ordine pubblico*" (categoria in cui potrebbero facilmente rientrare gli obblighi di gara di derivazione UE, specie considerando che la Cassazione identifica tali norme di ordine pubblico essenzialmente con le norme imperative chiamate alla cura di interessi generali-indisponibili[25]) ed è arduo

[23] Ad es. Corte di giustizia UE, 7 settembre 2016, C-549/14: "*dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, a tale appalto non può essere apportata una modifica sostanziale senza l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, anche qualora tale modifica costituisca, obiettivamente, una modalità di composizione transattiva comportante rinunce reciproche per entrambe le parti, allo scopo di porre fine a una controversia, dall'esito incerto, sorta a causa delle difficoltà incontrate nell'esecuzione di tale appalto*".

[24] P. Biavati, sub *art. 808* ter, in F. Carpi (a cura di), *Arbitrato. Commento al Titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile - artt. 806-840*, Bologna, 2008, 175 ss..

In giurisprudenza, Cass., sez. I, 13 marzo 1998, n. 2741: "Il fondamento dell'istituto dell'arbitrato irrituale risiede nell'impegno delle parti a considerare come propria la volontà espressa dagli arbitri, sicché il lodo può essere impugnato esclusivamente per quei vizi che determinano la nullità o annullabilità dell'impegno (quali l'incapacità ed i vizi del consenso sia delle parti che degli arbitri), ma non con riferimento a vizi di tipo diverso, quali l'iniquità manifesta o l'inadempimento all'obbligo di eseguire il mandato ricevuto dalle parti con diligenza".

[25] Cass., Sez. I, 21 settembre 2022, n. 27615: "Il richiamo alla clausola dell'ordine pubblico, operato dall'art. 829, co. 3, cod. proc. civ., deve essere interpretato come rinvio alle norme fondamentali e cogenti dell'ordinamento e non sottende una

convincersi che tale espressa scelta non debba incidere anche sul regime del lodo irrituale, come pensare che il Codice del 2023 abbia inteso disconoscere le regole da esso stesso date nel disciplinare la (eccezionale) ammissibilità di tali mutazioni?

D'altra parte, una diversa interpretazione sarebbe anche in contrasto con il diritto UE (ossia con l'art. 72 della Direttiva 2014/23/UE), e quindi da rigettare in via di interpretazione comunitariamente orientata.

In sostanza, il limite fondamentale del rispetto degli obblighi di gara deve essere rispettato anche nel contesto della procedura di CCT, non potendo mai la finalità conciliativa trasbordare in una disapplicazione di norme imperative derivanti dal diritto pubblico e disciplinanti il tema, delicatissimo, degli obblighi di gara e del rischio di loro elusione *ex post*.

Del resto, a voler invece ritenere valido sul piano privatistico (ossia in una dimensione puramente contrattuale) il lodo che realizzi un affidamento diretto mutando sostanzialmente un contratto, magari sulla base della ipotesi (ovviamente tutta da verificare) che il legislatore, prevedendo direttamente l'arbitrato come soluzione ordinaria per la risoluzione delle controversie di competenza del CCT, abbia così voluto consentire una deroga ai generali principi sulla necessaria disponibilità delle posizione compromesse in arbitri, residuerebbe comunque un problema di invalidità sul piano pubblicistico: è infatti pacifico anche nella nostra giurisprudenza che la transazione che realizza un affidamento diretto costituisca, per evitare facili elusioni, (anche) un momento di esercizio di potere amministrativo, come tale impugnabile avanti al GA. Sicché comunque il lodo, nella parte in cui realizza un affidamento diretto, sarebbe contestabile, *sub specie* di provvedimento amministrativo, per violazione di norma pubblicistica inderogabile[26]. Tanto più che la nostra giurisprudenza amministrativa da tempo è giunta alla conclusione che un lodo arbitrale (rituale o irrituale) con cui si eserciti un potere amministrativo debba essere riqualificato in termini provvedimentali, ai fini della giurisdizione generale di legittimità[27].

nozione attenuata di ordine pubblico, che comprende tutte le norme imperative esistenti". In particolare, si tratterebbe " in sintesi, di un complesso di norme e principi che esprimono interessi e valori generalizzati dell'intera collettività, dettati a tutela di interessi generali, per questo non derogabili dalla volontà delle parti, né suscettibili di compromesso".

[26] Sul punto, sia consentito il rinvio a F. Goisis, *Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 815 ss., in cui commentavo Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2010, n. 1156, che faceva seguito a Cass., sez. un., 3 maggio 2005, n. 9103: "*In tema di procedure di privatizzazione o di dismissione d'imprese o beni pubblici (nella specie, vendita da parte del Comune di Roma, a seguito di procedura ad evidenza pubblica per la selezione del contraente, della quota azionaria nella s.p.a. Centrale del latte), l'impugnazione, da parte del partecipante alla gara, del silenzio rigetto formatosi sull'atto di diffida e messa in mora della p.a. ad attivarsi, in sede d'autotutela, a risolvere il contratto e ad indire una nuova gara a seguito dell'inadempimento del contraente privato (che nella specie aveva proceduto alla vendita del pacchetto azionario in violazione del divieto temporaneo d'alienazione), è volta a censurare l'esercizio illegittimo, quanto al rapporto sostanziale fatto valere, dei poteri della p.a., e, denunciando la lesione dell'interesse legittimo al corretto svolgimento della gara per la dismissione della (partecipazione azionaria nella) impresa pubblica, rientra, in ragione della consistenza della situazione giuridica tutelata, nella competenza giurisdizionale del giudice amministrativo, al quale spetta conoscere - ai sensi dell'art. 7, lett. c, l. 21 luglio 2000 n. 205, con cui è stato novellato il testo dell'art. 35 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80 - anche della domanda di reintegrazione in forma specifica dell'interesse legittimo leso (mediante la declaratoria dell'obbligo della p.a. di risolvere il contratto precedentemente stipulato), trattandosi di richiesta di pronuncia di risarcimento del danno inteso quale diritto patrimoniale consequenziale*".

[27] Tale tendenza si è espressa ampiamente nel contesto della giustizia sportiva. Se si vuole, sul tema, F. Goisis, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Milano, 2007.

Naturalmente, le medesime conclusioni valgono anche per il caso in cui il CCT si limiti ad una determinazione/parere semivincolante: anche in tale ipotesi la determinazione non potrà legittimare elusioni *ex post* dell'obbligo di gara, e l'atto della Stazione appaltante che ad un simile parere si conformi realizzando un'illegittima mutazione sostanziale del contratto dovrà ritenersi, nella sua veste privatistica, nullo per violazione di norma imperativa e comunque, nella sua veste pubblicistica, illegittimo ed impugnabile avanti al GA.

Infine, qualche parola sulla tesi, pure affacciatasi in dottrina, secondo cui il CCT, ove investito di funzioni arbitrali, non sarebbe comunque un collegio arbitrale in senso proprio e pieno: da un lato perché difetterebbe di imparzialità[28]; dall'altro, e comunque, perché sarebbe chiamato a garantire prioritariamente, e in tempi rapidissimi, l'interesse pubblico alla celere e accurata esecuzione del contratto, più che a definire *post operam* i torti e le ragioni[29].

Ora, le circostanze che il *nomen iuris* dato dal legislatore non sia vincolante[30] e che il legislatore abbia disciplinato una procedura "arbitrale" con caratteri fortemente *sui generis* sono indubbie.

Tuttavia, un regime *sui generis* non è certo precluso al legislatore ordinario: la disciplina arbitrale, al di là del principio costituzionale di necessaria volontarietà, ha rango solo legislativo ordinario e, d'altra parte, non difettano certo profili di ragionevolezza che possono giustificare un regime parzialmente derogatorio dell'arbitrato irrituale in sede di CCT.

Per di più, tramite la terzietà del presidente (in caso di disaccordo nominato dalla Stazione appaltante solo ove essa coincida con il Ministero delle Infrastrutture, con la Regione e con la Provincia e comunque specificamente connotato nel segno della terzietà dalla Linee guida 2022), il legislatore ha comunque assicurato che la decisione finale, in caso di disaccordo tra i componenti di parte, sia imparziale. Difatti, nelle deliberazioni del collegio, vige il principio maggioritario, con conseguente prevalenza del voto del presidente, ossia del componente più sicuramente imparziale.

Del resto, nell'arbitrato irrituale, la imparzialità, secondo un insegnamento della Cassazione, non costituisce regola di ordine pubblico, sicché tale principio deve ritenersi quantomeno attenuato rispetto all'arbitrato rituale[31]. Tanto è vero che è diffusa

[28] P. Otranto, *op. cit.*, 353. Secondo l'Autore il CCT sarebbe piuttosto riconducibile a "*un rimedio alternativo di dispute avoidance, prima ancora che di dispute resolution, nel quale i tratti di un istituto di diritto comune (che, in questo caso, ha le proprie origini nell'esperienza della contrattualistica internazionale) risultano tra- sformati per effetto di principi e di norme che reggono l'azione delle pubbliche Amministrazioni*" (398).

[29] F. Francario, *Il collegio*, cit., secondo cui il CCT è: "*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 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*".

[30] Su ciò, A. Aniello, *op. cit.*, 522.

[31] Cass., Sez. II, 25 giugno 2005, n. 13701: "*All'arbitrato libero o irrituale, anche anteriormente alla novella del 1994, va riconosciuta natura privata, trattandosi di mandato con il quale le parti affidano ad uno o più terzi la soluzione di controversie mediante lo strumento negoziale, una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibili alla loro volontà, impegnandosi a considerare vincolante la decisione degli "arbitri" quale, appunto, espressione di tale volontà. Ne consegue*

la qualificazione come arbitrato irrituale di organi endoassociativi di risoluzione delle controversie, la cui piena terzietà è francamente dubitabile[32].

Quanto alla celere esecuzione del contratto tramite la risoluzione delle controversie in corso di esecuzione, tale interesse (peraltro di per sé comune al contraente privato, se di buona fede) costituisce la vera *ratio* della eccezionale ammissibilità dell'arbitrato irrituale con funzione anche conciliativa, altrimenti estraneo alla generale opzione legislativa e giurisprudenziale per l'arbitrato rituale di diritto quale unico strumento ammesso rispetto ai contratti pubblici e, di per sé, non esclude che di vere controversie e riserve già si tratti.

Mentre, quanto alla circostanza di operare *ante operam,* l'arbitrato irrituale, per la sua intrinseca duttilità, ben si presta alla risoluzione di controversie in una fase molto precoce, prima insomma che esse abbiano inficiato o gravemente rallentato le dinamiche contrattuali.

Occorre infine confrontarsi con l'osservazione dell'ANAC secondo cui "*stante l'oggetto duplice (controversie in senso proprio, dispute tecniche), è dato ritenere che la determinazione del CCT non possa sempre e comunque avere "natura del lodo contrattuale previsto dall'articolo 808-ter del codice di procedura civile" (comma 3); infatti, questo implica che si tratti di "controversia" in senso proprio, cioè di causa sopra diritti…, e non già disputa su mere questioni che non configurano necessariamente una minima unità azionabile in giudizio*"[33].

Ora, a me sembra che la questione rischi di essere mal posta: certamente se non esiste (o non esiste ancora) una controversia e il CCT deve solo aiutare le parti ad intendersi su profili puntuali del rapporto contrattale, così al più "prevenendo" una futura controversia (c.d. *dispute avoidance*), è evidente che non sarà ipotizzabile una funzione arbitrale, dovendo allora il CCT necessariamente operare su un piano informale, o, al più, consultivo.

Ma non convince l'idea che la "*disputa tecnica*" sia di per sé esclusa dalla funzione arbitrale: nella misura in cui un profilo tecnico abbia rilievo patrimoniale (ed è persino difficile immaginare il contrario nel contesto di un appalto pubblico, ove ogni

che, in difetto di connotato pubblicistico, non sussiste in tal caso un principio di ordine pubblico di imparzialità dell'arbitro, e non trova conseguentemente applicazione l'istituto della ricusazione (dall'art. 815, comma 1, c.c. previsto solamente per l'arbitrato rituale ed esclusivamente nei confronti dell'arbitro non nominato dal ricusante), configurandosi viceversa una questione di esatto adempimento del mandato da parte degli arbitri, che della relativa non imparziale esecuzione rispondono nei confronti della parte danneggiata".

[32] Tra le tante, Cass., Sez. I, 30 ottobre 2014, n. 23074: "*L'arbitrato, previsto – senza carattere di obbligatorietà – dall'articolo 34 dello statuto della federazione italiana pallacanestro e disciplinato agli articoli 195 e seguenti del correlato regolamento organico, nonché dagli articoli 1 e seguenti dello specifico regolamento per le procedure arbitrali (disposizioni tutte aventi natura di fonti meramente negoziali), si deve qualificare come arbitrato irrituale, sia in ragione del fatto che i tre componenti del collegio arbitrale - nominati uno da ciascuna delle parti e il terzo dalla commissione per la soluzione delle controversie arbitrali, che è organo della federazione - assumono, per il periodo di espletamento delle loro funzioni, la qualifica di dirigenti della detta federazione, con conseguente soggezione ai poteri disciplinari della stessa (che può disporne l'inibizione temporanea o permanente a nomine successive) e assunzione della natura di suoi organi, sia - più in generale - per il fatto che il procedimento arbitrale si svolge tutto davanti a organi della federazione, iniziando con la proposizione della domanda e un primo contraddittorio avanti al consiglio federale, cui segue la valutazione di ammissibilità della domanda stessa da parte della suddetta commissione e la nomina del presidente del collegio arbitrale (da scegliersi in un elenco tenuto dal consiglio) e, quindi, una fase "istruttoria" e "decisoria" avanti al collegio arbitrale, di modo che il lodo finale risulta imputabile al concorso di una pluralità di organi della detta federazione, la cui azione si svolge all'interno del particolare ordinamento sportivo della medesima*".

[33] ANAC, *Esame,* cit.

dettaglio tecnico ha evidenti riflessi patrimoniali e connota l'esattezza dell'adempimento), la controversia su di esso pare riguardare diritti/obbligazioni contrattuali, e quindi essere azionabile in sede (tra l'altro) arbitrale.

In conclusione, in presenza di controversie in senso proprio (giuridiche, o tecniche con portata patrimoniale e quindi contrattuale), appare ipotizzabile la piena applicabilità del Codice di rito (art. 808-*ter*) e delle previsioni del Codice civile chiamate a disciplinare il lodo irrituale nella sua qualità di strumento contrattuale, alle determinazioni arbitrali del CCT, con il solo limite della compatibilità con la disciplina di specie data dal Codice dei contratti pubblici e dal relativo All. V.2.

5. La responsabilità dei componenti del CCT.

Una volta compreso che il CCT non può derogare, pur nella sua funzione conciliativa/arbitrale, alle regole imperative di effettiva messa in concorrenza del contratto pubblico, resta da affrontare un tema delicato, quello della responsabilità dei membri del collegio.

Andiamo subito al punto: se è vero che le determinazioni (anche solo consultive) del CCT schermano dalla responsabilità erariale gli organi della Stazione appaltante che ad esse si conformino, la giurisdizione contabile potrebbe invece trovare applicazione almeno avverso i membri del CCT che, con dolo o colpa grave, abbiano determinato un danno erariale, inducendo la Stazione appaltante a scelte dannose e *contra legem* ovvero costituendole direttamente con lodo irrituale?

La risposta pare dover essere negativa.

Anzitutto perché ai componenti del CCT si applica espressamente, *ex* art. 1, c. 4, All. V.2, l'art. 813, c. 2, c.p.c. che prevede che agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio, escludendone cioè l'appartenenza, anche in senso lato, all'organizzazione amministrativa e quindi il rapporto di servizio[34].

Tale richiamo sembra avere carattere generale, ossia riguardare il CCT anche ove non investito, per scelta delle parti o per la specificità delle funzioni esercitate, di funzioni arbitrali: altrimenti il richiamo risulterebbe sostanzialmente inutile e comunque avrebbe dovuto essere formulato in modo più specifico (ossia con riferimento alla sola funzione arbitrale).

Inoltre, e soprattutto, vanno ricordati i condivisibili esiti cui era giunta la Corte regolatrice in relazione ai membri della commissione di accordo bonario, in punto di incompatibilità logica tra funzione conciliativa, contrassegnata da equidistanza e terzietà, e rapporto di servizio[35].

Conclusioni che debbono valere *a fortiori* a fronte di un organo che, ordinariamente (ossia salvo che le parti decidano diversamente), è investito di una funzione arbitrale (a differenza dei componenti delle

[34] Sul rilievo della previsione per escludere l'appartenenza alla organizzazione amministrativa del CCT, anche P. Otranto, *op. cit.*, 383.

[35] Cass., Sez. un., 16 luglio 2014, n. 16240: "*la giurisdizione di responsabilità della Corte dei conti non sussiste verso i componenti della commissione di accordo bonario, attesa l'estraneità all'ente pubblico appaltante determinata dalla funzione conciliativa, né verso il contraente generale, attesa la natura contrattuale dell'iscrizione di riserve incidenti sul sinallagma negoziale, né verso il direttore dei lavori, atteso che questi, nell'appalto affidato a contraente generale, opera per quest'ultimo, anziché come agente pubblico*".
Riprende questo insegnamento anche Autorità nazionale anticorruzione, Del. 10/07/2019, n. 669.

Commissioni di accordo bonario, chiamati ordinariamente solo a proporre alle parti delle controversie iscritte a riserva una soluzione transattiva).

Ma v'è ormai un altro importante dato legislativo da considerare: ai sensi dell'art. 4, c. 2, All. V.2., "*Costituisce causa di responsabilità nei confronti delle parti esclusivamente il ritardo ingiustificato nell'adozione delle determinazioni*".

Il significato pare chiaro: non è il merito della determinazione, ma il suo difetto di puntualità, a poter essere imputati al CCT dalle parti contrattuali.

Ebbene, non ci sarà qui bisogno di ricordare come la Procura erariale agisca nell'interesse risarcitorio della parte pubblica: ma se quest'ultima non può lamentarsi del merito della determinazione, non potrà farlo nemmeno la Procura erariale.

Dunque, non solo manca il rapporto di servizio e, con ciò, la base stessa della giurisdizione della Corte dei conti, ma, prima ancora, a monte, manca il diritto risarcitorio.

6. La particolare disciplina dei pareri obbligatori su risoluzione-sospensione e su questioni emerse in sede di gara: elementi comuni e differenze rispetto alle competenze principali del CCT.

Già è stato esattamente notato come la norme sul CCT "*attribuiscono al Collegio funzioni e compiti eterogenei; prevedono che esso emani atti aventi natura ed efficacia profondamente diverse (pareri, determinazioni, atti aventi natura di lodo irrituale)*"[36].

Occorre quindi ora trattare, per completezza, i compiti consultivi del CCT più peculiari rispetto al modello principale del CCT sopra descritto (come si è visto caratterizzato dalla ordinaria attribuzione al CCT di funzioni arbitrali, salvo diversa scelta delle parti), così anche da coglierne similitudini e differenza in relazione ai temi fino ad ora trattati.

Anzitutto, in alcuni casi si parla di pareri obbligatori del CCT.

Tali ipotesi sono espressamente previste dall'art. 216, c. 1, del Codice contratti pubblici. Si tratta dei casi di *i)* sospensione, volontaria o coattiva, dell'esecuzione di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, nonché dei contratti relativi a servizi e forniture, nonché *ii)* allorquando "*per qualsiasi motivo, i lavori non possono procedere con il soggetto designato*", prima di risolvere il contratto.

In particolare, nel parere il CCT è chiamato a valutare anche la possibilità di decidere *i)* se procedere all'esecuzione in via diretta dei lavori, anche avvalendosi, nei casi consentiti dalla legge, previa convenzione, di altri enti o società pubbliche nell'ambito del quadro economico dell'opera; *ii)* ovvero se interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, per stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato; *iii)* ovvero se indire una nuova procedura per l'affidamento

[36] F. Francario, *Il collegio consultivo tecnico. Misura*, cit.

del completamento dell'opera; *iv)* ovvero ancora se proporre alle autorità governative la nomina di un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera.

Come si vede, oggetto del parere non è qui una controversia contrattuale, ma semmai come meglio tutelare l'interesse pubblico alla celere ed esatta esecuzione delle opere, a fronte di una patologia contrattuale.

Secondo una presa di posizione del 2022 del Consiglio di Stato[37], alla obbligatorietà del parere pre-risoluzione farebbe eccezione la risoluzione per grave inadempimento. La tesi è peraltro poco motivata e invero persino in contrasto con la lettera legislativa ove, anche all'art. 216, c.2, si parla di risoluzione "*per qualsiasi motivo*", sicché la questione appare aperta.

Quando la sospensione è imposta tuttavia da gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti, entro quindici giorni dalla comunicazione della sospensione dei lavori oppure della causa che potrebbe determinarla, il CCT è chiamato ad accertare l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione dei lavori ed ad indicare le modalità con cui proseguire i lavori e le eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte. In tale specifica circostanza la pronuncia assume l'efficacia di lodo contrattuale solo se tale possibilità non sia stata espressamente esclusa dalle parti ai sensi di quanto disposto dall'art. 217 ed in tal caso il parere produce comunque gli effetti in termini di perimetrazione delle responsabilità erariale di cui al c. 3 dell'art. 215.

La disciplina in questione appare piuttosto oscura.

In particolare, l'infelice testo dell'art. 217, c. 1 ("*Quando l'acquisizione del parere non è obbligatoria, le determinazioni del collegio consultivo tecnico assumono natura di lodo contrattuale ai sensi dell'articolo 808-ter del codice di procedura civile se le parti, successivamente alla nomina del Presidente e non oltre il momento dell'insediamento del collegio, non abbiano diversamente disposto*") si presterebbe addirittura a due opposte letture: *a)* non è mai consentita la natura arbitrale di pareri obbligatori; ovvero *b)* tale natura arbitrale è sempre imposta, nonostante la contraria volontà delle parti.

Soccorre l'interprete il contenuto dei pareri obbligatori: se essi non servono, di norma, a dirimere controversie, va da sé che non possano avere natura arbitrale (salvo che nel caso delle sospensioni, ove evidentemente potranno averlo, nella misura in cui attengano alla controversia contrattuale alla base della sospensione).

D'altra parte, le Linee guida 2022 (par. 5.1.1.[38]) prendono posizione a favore di una

[37] CS, Sez. V, 7 giugno 2022, n. 4650, in *Urb. App.*, 2022, 674 ss., con nota di D. Anselmi e F. Smerchinich, *Il Collegio Consultivo Tecnico tra natura, obblighi e ambito applicativo: una prima pronuncia del Consiglio di Stato* e in *Giur.it*, 2023, 161 ss., con nota di M.E. Comba, *Collegio Consultivo Tecnico: risoluzione per inadempimento e appalto integrato* e.

[38] " 5.1.1. Nelle ipotesi di cui alle lett. a), b) e d) del comma 1 e del comma 4 dell'art. 5 del d.l. n. 76/2020, il CCT rende pareri obbligatori ma non vincolanti ferma restando la competenza decisionale del responsabile del procedimento e della stazione appaltante in materia di sospensioni e risoluzione del contratto. Nelle ipotesi di sospensioni tecniche di cui alla lett. c) dell'art. 5, comma 1, d.l. n. 76/2020, le decisioni hanno natura di determinazione, salvi sempre gli effetti di cui al comma 3 dell'art. 6 del d.l. n. 76/2020, se le parti hanno escluso l'attribuzione del valore di lodo arbitrale alle decisioni del CCT. Nelle ipotesi diverse da quelle previste dall'art. 5 comma 1 del d.l. n. 76/2020 il CCT rende pareri facoltativi".

natura di parere obbligatorio ma non vincolante di queste determinazioni, salvo che nel caso dei pareri sulle sospensioni tecniche, soggette alla ordinaria distinzione tra determinazioni e lodo irrituale. A sua volta, l'art. 216 verosimilmente ha voluto ispirarsi alla soluzione di cui al par. 5.1.1.

In sostanza, la tesi più credibile è che sia vietata la natura arbitrale dei pareri obbligatori, salvo che in relazione alla sospensione tecnica, ove e per quanto si ricolleghi ad una controversia contrattuale.

Quel che in ogni caso emerge con sicurezza è la obbligatorietà del parere, senza alcuna possibilità per le parti di escludere il CCT da questo suo ruolo consultivo (come si è visto distinto da quello di risoluzione delle controversie, ordinariamente proprio del CCT).

Naturalmente, tale lettura impone poi di chiedersi quale conseguenze abbia la omessa richiesta del parere obbligatorio sulla validità/efficacia dell'atto negoziale conseguente 8in particolare, l'atto di risoluzione), ossia se sia idonea a renderlo nullo per violazione di norma imperativa, ovvero se da ciò possa derivare solo una responsabilità erariale. Appare preferibile la seconda tesi, atteso che si tende ad escludere la nullità virtuale dell'atto di diritto privato, in caso di mere violazioni di norme relative al comportamento delle parti precedente all'atto negoziale[39].

L'art. 218 del Codice prevede infine che le stazioni appaltanti possono costituire un CCT, formato da tre componenti, per risolvere problemi tecnici o giuridici di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto. Si fa l'esempio delle "*determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito, nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione e dei criteri di selezione e di aggiudicazione*".

Secondo quanto previsto dal paragrafo 5.3.1. delle Linee Guida 2022 con riferimento alle determinazioni del CCT facoltativo costituito *ante operam*: "*Le determinazioni del CCT assunte ai sensi dell'art. 6, comma 5, del decreto-legge n. 76/2020 sono rese nell'esercizio di funzione di assistenza e consulenza per la stazione appaltante, senza vincolare il responsabile del procedimento nell'adozione dei provvedimenti di competenza, fermo restando quanto previsto dal comma 3, terzo periodo del medesimo art. 6*".

Trattasi, insomma, di determinazioni non vincolanti, dalla natura di mero parere facoltativo. Tuttavia, come ogni parere, anche quello reso dal CCT *ex* art. 218 cit. impone, per essere disatteso, uno specifico onere motivazionale. Inoltre, tali pareri possono incidere, in positivo ed in negativo, sulla responsabilità erariale, e, con ciò, acquistare uno specifico rilievo ed un interesse per la Stazione appaltante ed i suoi organi. È invece ovviamente esclusa l'attribuzione di natura arbitrale ai pareri, attesa la tradizionale tesi in punto di indisponibilità e inarbitrabilità del potere amministrativo[40].

[39] Cfr., *ex multis,* Cass., sez. I, 10 aprile 2014, n. 8462, in relazione ai doveri informativi negli investimenti finanziari, secondo cui"*deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, primo comma, cod. civ., la nullità del cosiddetto "contratto quadro" o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso*".

[40] Altro problema è poi se tale tesi sia davvero convincente e sia sempre coerentemente seguita in giurisprudenza.
Sul tema, se si vuole, F. Goisis, *Compromettibilità in arbitrato delle controversie in cui sia parte la pubblica amministrazione e art. 6, l. n. 205 del 2000*, in *Dir. proc.*

In sostanza, in entrambi casi di cui agli artt. 216 e 218 cit., la riconducibilità ad una comune funzione consultiva amministrativa appare ben percepibile, in coerenza con l'opinione dottrinale per cui può enucleasi una principale distinzione, nel CCT, "*tra compiti consulenziali dell'organismo (assolti mediante l'adozione di pareri) e compiti di prevenzione e risoluzione delle controversie (assolti attraverso de- terminazioni-lodo e determinazioni-mediazione)*"[41].

Tuttavia, il parere *ex* art. 216 interviene nella fase di esecuzione del contratto al fine di tentare di superare eventi patologici direttamente incidenti sulla realizzazione dell'opera; mentre il parere *ex* art. 218 si occupa dell'esercizio della funzione amministrativa di selezione del contraente.

7. Conclusioni.

Qualche minima riflessione di sintesi.

Come ampiamente osservato in dottrina, la disciplina del CCT non brilla per chiarezza e coerenza.

Tuttavia, come si è cercato di mostrare, il CCT può essere ricostruito come un organo principalmente (ossia salvo diversa volontà di almeno una delle parti del rapporto contrattuale) di (vero e proprio, per quanto *sui generis*) arbitrato irrituale.

Esso è chiamato, tramite la prevenzione e la rapida ed amichevole composizione delle controversie, a perseguire in via principale l'interesse alla rapida e esatta esecuzione del contratto, in una tensione "manutentiva" della capacità di quest'ultimo di giungere al risultato[42].

Il tutto in una prospettiva anche equitativa/transattiva ma senza poter incidere, *ex post*, sugli obblighi di gara, ossia senza poter giustificare illegittime mutazioni sostanziali del contratto e del suo equilibrio economico.

Né la ordinaria natura arbitrale crea problemi di costituzionalità sotto il profilo della volontarietà dello strumento: ciascuna parte può rifiutare la funzione arbitrale, dopodiché, se non lo ha fatto *ab origine* (ossia la momento della costituzione del CCT), è del tutto naturale che sia soggetta alla naturale espansione di tale arbitrato a tutte le controversie che insorgano nel corso dell'esecuzione del contratto.

Anzi, rispetto a quanto emerge nelle Linee guida 2022, mi pare occorrerebbe un ripensamento, a favore di un'obbligatorietà "in senso forte" del CCT (ovviamente ove obbligatorio *ex lege*): la sua funzione, proprio perché anche (e soprattutto) diretta al soddisfacimento dell'interesse pubblico alla celere ed esatta esecuzione dell'appalto, non può essere limitata dalla scelta delle parti se sottoporre o meno quesiti al Collegio. In caso di CCT arbitrale, dunque, un eventuale giudizio instaurato in relazione ad una controversia sorta durante l'esecuzione del contratto dovrebbe essere paralizzabile tramite una *exceptio compromissi*.

Il successo della funzione acceleratoria del CCT è, d'altra parte, strettamente legata ai suoi effetti in punto di responsabilità erariale.

Se lo scudo offerto ai funzionari pubblici che si conformino alle determinazioni e pareri del CCT è previsto espressamente, ad

amm, 2005, 249 ss. e F. Goisis, *Verso l'arbitrabilità delle controversie pubblicistiche - sportive?*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1417 ss.

[41] P. Otranto, *op. cit.*, 367.

[42] Per questa prospettiva, spec., M. Macchia, *op. cit.*, 24.

analoga conclusione (in termini di esclusione della responsabilità erariale) deve potersi giungere per i componenti del CCT: essi sono da ritenere radicalmente estranei alla giurisdizione di responsabilità della Corte dei conti per assenza del rapporto di servizio, come oggi opportunamente esplicitato nell'All. V.2, nonché, prima ancora, discendente dalla funzione terza ed imparziale propria del ruolo arbitrale e comunque conciliativo del CCT.

FRANCESCO GOISIS

VIII.
Demanio

1. Demanio costiero e uso generale: la "*scarsità della risorsa naturale*" (nota a TAR Puglia, Lecce, nn. 1223 e 1224 del 2023)

Sommario: 1. Premessa e oggetto del contributo. – **2.** Le sentenze del TAR Lecce nn. 1223 e 1224 del 2023. – **3.** Le ragioni della demanialità. – **4.** Gestione amministrativa tra uso generale e uso particolare. – **5.** La pianificazione del demanio costiero. – **6.** La scarsità delle risorse naturali secondo l'Adunanza plenaria: critica e rischio di una confutazione basata, a sua volta, su dati meramente quantitativi. – **7.** Considerazioni conclusive.

1. Premessa e oggetto del contributo.

Le sentenze del TAR Lecce nn. 1223 e 1224 del 2 novembre 2023 si inseriscono nell'annosa e complessa vicenda relativa all'applicazione della direttiva servizi 2006/123/CE (direttiva *Bolkestein*) con riguardo alle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative.

Il contributo si concentra, tra le molteplici questioni giuridiche che le proroghe *ex lege* sollevano – dibattute e oggetto di moltissimi contributi[1] –, sul solo specifico pro-

[1] Tra i molteplici contributi, senza alcuna pretesa di esaustività, si ricordano i contributi pubblicati nel fascicolo dedicato di *Dir. e soc.*, 2021, n. 3 (M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*; 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" 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, G. Carlomagno, *La proroga* ex lege *delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*); nonchè i contributi nel volume M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezza delle regole. Progressi, problemi, prospettive*, Milano, 2023; G. Greco, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le regole: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE*, in *Federalismi.it*, 14 giugno 2023; C. Volpe, *Concessioni demaniali marittime: un'ulteriore puntata di una storia infinita*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 26 aprile 2023; A. Cossiri (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, Macerata, 2022; Id., *Tutela del patrimonio naturale culturale e la gestione delle spiagge: l'annosa vicenda delle concessioni demaniali ad uso turistico*, in *A.* Caligiuri, M. Ciotti (*a cura di*), *Sostenibilità ambientale e gestione del patrimonio culturale marittimo. Riflessioni e*

filo della "scarsità delle risorse naturali"[2], al ricorrere della quale l'art. 12 della direttiva *Bolkestein* (2006/123/CE) impone, come noto, procedure selettive e vieta il rinnovo automatico. Nonostante la rilevanza dirimente del presupposto, il suo significato concreto non è stato oggetto di specifici approfondimenti da parte della Corte di giustizia, se non nella sentenza del 20 aprile 2023, causa C-348/22, *AGCM c. Comune di Ginosa* (nel prosieguo CGUE *Ginosa*), con un intervento peraltro non definitivamente risolutivo nella misura in cui il giudice europeo non ha fornito una definizione di scarsità della risorsa naturale lasciando al contempo agli Stati membri un ampio margine interpretativo delle modalità pratiche di valutazione della relativa sussistenza[3]. Altrettanto limitata attenzione è stata riservata dalla giurisprudenza nazionale, nella quale la risorsa o è considerata ontologicamente o intrinsecamente limitata[4] e non suscettibile di una considerazione parcellizzata[5]

proposte, Napoli, 2023, 59; 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*, 2022, 2, 254; R. Dipace, *Concessioni "balneari" e la persistente necessità della pronuncia della Corte di Giustizia*, in *www.giustiziainsieme.it*, 14 ottobre 2022; F. Di Lascio, *Le concessioni di spiaggia tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, in *Dir. amm.*, 2022, 1037; A. Cutolo, *Concessioni demaniali: indennizzo o punteggio maggiorato al concessionario uscente? Le scelte del legislatore ad un anno dalle sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, 527; B. Caravita, G. Carlomagno, *"La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma"*, *Federalismi.it*, 2021; F. Gaffuri, *La disciplina nazionale delle concessioni demaniali marittime alla luce del diritto europeo*, in *CERIDAP*, 2021, 3, 37; M. Timo, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia Profili procedimentali e contenutistici delle concessioni balneari*, Torino, 2020; M. Conticelli, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 4, 1071; C. Benetazzo, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 28 dicembre 2016; L. Longhi, *Concessioni demaniali marittime e utilità sociale della valorizzazione del patrimonio costiero*, in *Riv. corte conti*, 2019, 1, 184; A. Lucarelli, L. Longhi, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2018, 1251.

[2] Il contributo, prendendo spunto dalle sentenze del TAR Puglia, Lecce, 2 novembre 2023, nn. 1223 e 1224, ripropone le considerazioni svolte nella relazione *Demanio costiero tra concorrenza e uso generale: la "scarsità della risorsa naturale*, al convegno "*Evoluzioni del diritto di proprietà sui beni pubblici. Il demanio marittimo, da demanio necessario a bene comune. Il caso Napoli*", Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, 26 ottobre 2023, in occasione del quale è stato presentato il libro di A. Abbruzzese, *Evoluzioni del diritto di proprietà sui beni pubblici. Il demanio marittimo, da demanio necessario a bene comune - Il caso Napoli*, Napoli, 2023.

[3] In argomento C. Burelli, *Le concessioni demaniali turistico-ricreative e il requisito della "scarsità delle risorse naturali" ex art. 12, par. 1, della direttiva servizi nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *BlogDUE*, 10 settembre 2023. Cfr., inoltre, E. Scotti, *Il regime delle spiagge nell'era del ritorno dello Stato: pensieri (eterodossi) per un cambio di paradigma*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, cit., 149.

[4] TAR Lazio, Roma, Sez. II, 15 gennaio 2021, n. 616 ("la risorsa naturale si caratterizza sotto il profilo della scarsità poiché le aree che possono essere oggetto di tale sfruttamento economico sono in numero limitato e ha carattere escludente in quanto preclude, una volta concesso l'uso, la possibilità che lo stesso bene possa essere sfruttato economicamente da altri operatori"); TAR Toscana, Firenze, Sez. II, 8 marzo 2021, n. 363 ("le spiagge sono beni naturali il cui numero è ontologicamente limitato, appunto in ragione della scarsità delle risorse naturali"); TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 18 febbraio 2019, n. 307 (secondo cui l'utilizzazione del demanio marittimo "è intrinsecamente limitata"). La questione dell'applicabilità dell'art. 12 della Direttiva servizi si pone in termini analoghi e altrettanto urgenti con riguardo alle concessioni di posteggi per l'esercizio del commercio su aree pubbliche, su cui Cons. Stato, Sez. VII, 19 ottobre 2023, n. 9104 che, a proposito della scarsità della risorsa, rileva: "le attività di commercio su aree pubbliche… in analogia con il demanio marittimo, esibiscono il connotato dalla scarsità la quale ai sensi del più volte richiamato art. 12 della direttiva servizi giustifica la selezione "per il mercato", in cui l'accesso al settore economico avvenga mediante procedure ad evidenza pubblica. .... In entrambi i casi l'attività economica è consentita solo attraverso l'utilizzo del bene pubblico, il quale pertanto, sulla base della sua *naturale limitatezza*, giustifica la selezione degli operatori economici mediante criteri obiettivi e trasparenti, propri dell'evidenza pubblica" (il corsivo è di chi scrive).

[5] TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 3 febbraio 2021, n. 40 ("la circostanza che vi siano altre porzioni di spiaggia libera …, pur suggestiva, non può assumere rilievo dirimente, atteso che le concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative hanno come oggetto un bene/servizio che è ontologicamente "limitato" nel numero e nell'estensione a causa appunto della scarsità delle risorse naturali, poiché la spiaggia è un bene

oppure, successivamente alle note sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria nn. 17 e 18 del 2021[6] e ripetendone le conclusioni, scarsa a livello nazionale in base a combinati criteri quantitativi e qualitativi astratti[7].

La "scarsità delle risorse naturali" identifica un concetto giuridico indeterminato[8], il cui riempimento, anticipando le conclusioni, non può basarsi su un'indagine meramente quantitativa (quale quella operata, nella fase istruttoria sinora svolta, dal Tavolo tecnico di cui si dirà) prescindendo dal regime giuridico del demanio costiero e dalle relative peculiarità. Le peculiarità sono collegate alla fruizione collettiva in stretta connessione con diritti costituzionali del cittadino, alle plurime valenze – tra cui quelle ambientali e paesaggistiche – dei beni in questione nonché alla circostanza che essi sono oggetto di pianificazione. Di queste peculiarità non può non tenere conto anche l'auspicata riforma del settore.

Illustrate le argomentazioni del TAR Lecce in tema di valutazione della scarsità della risorsa – che i predetti aspetti trascurano di considerare –, saranno sviluppati, negli essenziali tratti funzionali alle conclusioni cui si intende pervenire, i seguenti profili: il significato storico giuridico della demanialità necessaria e la qualificazione del demanio costiero come bene comune; la dialettica tra uso generale e uso particolare; le conseguenze in punto di "scarsità della risorsa naturale".

2. Le sentenze del TAR Lecce nn. 1223 e 1224 del 2023.

Le sentenze del TAR Lecce si pronunciano sull'impugnazione da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di deliberazioni delle giunte comunali di Ginosa e Castellaneta contenenti indirizzi per attuare la proroga, fino al 31 dicembre 2033, ai sensi della l. n. 145/2018 (art. 1, commi 682 e 683) e del d.l. n. 34/2020 conv. in l. n. 77/2020 (art. 182, comma 2), delle concessioni demaniali con finalità turistico ricreative e, tramite motivi aggiunti, degli atti di proroga adottati sulla base dei predetti atti

---

pubblico demaniale comunque limitato nell'estensione; - la scarsità, cioè, non viene meno perché una parte del tutto non è stata ancora assegnata, in quanto è un connotato che riguarda il bene nel suo complesso, che è appunto limitato nello spazio e dunque non accessibile astrattamente a tutti, e perciò la sua assegnazione deve rispettare il principio di concorrenza"); TAR Calabria, Reggio Calabria, 13 giugno 2022, n. 424; Cons. Stato, Sez. VI, 1 marzo 2023, n. 2192.

[6] Cass., Sez. un., 23 novembre 2023, n. 32559 ha cassato, con rinvio al Consiglio di Stato, per diniego di giurisdizione la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 18/2021, affermando che costituisce "motivo di giurisdizione", deducibile avverso una sentenza del Consiglio di Stato sotto forma di diniego o rifiuto della tutela giurisdizionale, quello con cui si denuncia che il giudice amministrativo ha dichiarato, in via pregiudiziale, inammissibile l'intervento di un ente portatore di un interesse collettivo o di un ente territoriale, senza esaminare in concreto il contenuto dei loro statuti o senza valutare la loro concreta capacità di farsi portatori degli interessi della collettività di riferimento. Successivamente TAR Lazio, Roma, Sez. V-*ter*, 15 dicembre 2023, n. 19051, sul rilievo che la Cassazione non ha affrontato il tema della proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime, profilo assorbito dall'accoglimento del primo motivo di ricorso, ha ritenuto che restino fermi i principi espressi dall'Adunanza plenaria, "che riflettono gli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia e dalla consolidata giurisprudenza nazionale".

[7] TAR Lazio, Roma, Sez. V-*ter*, 15 dicembre 2023, n. 19051. La nozione di scarsità della risorsa naturale non è trattata nemmeno dalla Corte costituzionale; la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di disposizioni regionali che, non prevedendo procedure di selezione aperta, pubblica e trasparente tra gli operatori economici interessati, determinavano un ostacolo all'ingresso di nuovi soggetti nel mercato, stante la competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza (art. 117, comma 2, lett. *e*), Cost.) e il contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. per lesione dei principi di derivazione europea nella medesima materia (tra le altre, Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 40; 29 gennaio 2021, n. 10).

[8] A. Paiano, *Il ruolo dell'amministrazione e del giudice nelle concessioni demaniali marittime: necessità di una valorizzazione*, in A. Cossiri (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, cit., 199.

di indirizzo[9], sul presupposto della natura *self-executing* della direttiva *Bolkestein* (art. 12) e della conseguente doverosa disapplicazione della legge nazionale di proroga (l. n. 145/2018).

Nelle more della trattazione del merito del ricorso, l'Adunanza plenaria si pronunciava con le note sentenze gemelle nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, in cui, tra l'altro, per i profili qui di rilievo, era ritenuta in via generale e astratta la scarsità delle risorse e, conseguentemente, il limitato numero di autorizzazioni disponibili, facendo da ciò derivare la necessaria disapplicazione della legge nazionale.

Nel giudizio che vedeva parte resistente il comune di Ginosa, il TAR Lecce, con ordinanza 11 maggio 2022 n. 743[10], prendendo atto dei principi affermati dall'Adunanza plenaria e non condividendone le conclusioni, disponeva il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, poi pronunciatasi con la già citata sentenza Sez. III, 20 aprile 2023, causa C-348/22[11]. Tra i quesiti pregiudiziali, relativi alla validità e all'interpretazione della direttiva *Bolkestein*, rileva specificamente, per il profilo di indagine selezionato nella presente nota, l'ottavo, con il quale il TAR chiedeva se competa al giudice nazionale statuire sulla "sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito della limitatezza delle risorse e delle concessioni disponibili riferito *tout court* all'intero territorio nazionale" o, stante la competenza dei comuni nell'affidamento delle concessioni demaniali, detta valutazione debba essere riservata agli stessi comuni e riferita al territorio costiero di ciascun comune. Il quesito, come evidenziato nel prosieguo, originava dall'incertezza determinata dal fatto che, da un lato, l'Adunanza plenaria aveva riferito in maniera generalizzata all'intero territorio nazionale la scarsità e, dall'altro lato, la Corte di giustizia nel precedente *Promoimpresa* del 2016[12] aveva stabilito – seppure in un rapido passaggio e senza particolari argomentazioni – che il giudice del rinvio dovesse valutare l'elemento della scarsità tenendo conto del fatto che l'assegnazione sarebbe avvenuta in sede comunale[13].

---

[9] L'AGCM aveva notificato parere *ex* art. 21 l. n. 287/1990, sollecitando l'espletamento di procedure di evidenza pubblica, al fine di garantire il rispetto dei principi di concorrenza e di libertà di stabilimento, disapplicando la normativa nazionale di proroga. Stante il mancato adeguamento comunale, l'AGCM ha impugnato gli atti indicati nel testo.

[10] TAR Puglia, Lecce, Sez. I, ord. 11 maggio 2022, n. 743, per un commento alla quale si v. 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; C. Burelli, *Un nuovo (discutibile) capitolo della saga "concessioni balneari": il TAR Lecce investe la Corte di giustizia di un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE*, in *BlogDUE*, 30 maggio 2022.

[11] Su cui: A. Persico, *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)*, in *Giustiziainsieme.it*, 27 luglio 2023; D. Diverio, *Nulla di nuovo… sotto il sole? Qualche considerazione a prima lettura sulla sentenza della Corte di giustizia nella causa AGCM c. Comune di Ginosa*, in AA.VV., *Quaderni AISDUE*, Napoli, 2023, 1, 205. Cfr., inoltre, C. Burelli, *Le concessioni demaniali turistico-ricreative e il requisito della "scarsità delle risorse naturali"*, cit.; C. Curti Gialdino, *La sentenza della Corte di giustizia europea del 20 aprile 2023 in tema di concessioni balneari. Spunti critici e proposte per chiudere una storia infinita, in Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, 455.

[12] Corte di giustizia, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa* e *Melis*, per un commento alla quale si v. G. Bellitti, *La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 60; E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urb. e app.*, 2016, 1217.

[13] In argomento, a dimostrazione dell'incertezza determinata dalle due pronunce, cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 23 novembre 2023, n. 10050 che, da un lato, richiama le sentenze nn. 17 e 18 dell'Adunanza plenaria e, dall'altro lato, richiamando CGUE *Promoimpresa*, rileva che "ai fini di stabilire l'entità della risorsa in questione occorre aver riguardo alla situazione del territorio comunale".

Nella sentenza CGUE *Ginosa* il rilievo dell'affermazione contenuta nel precedente *Promoimpresa* veniva ridimensionato a "mera indicazione rivolta al giudice di rinvio" (per aiutarlo ad accertare la concreta sussistenza della "scarsità delle risorse"), giustificata dal contesto della causa che aveva dato luogo alla sentenza (pt. 45).

Il giudice europeo chiariva, infatti, che l'art. 12 della direttiva "conferisce agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione della scarsità delle risorse naturali", che "può condurli a preferire una valutazione generale e astratta, valida per tutto il territorio nazionale, ma anche, al contrario, a privilegiare un approccio caso per caso, che ponga l'accento sulla situazione esistente nel territorio costiero di un comune o dell'autorità amministrativa competente, o addirittura a combinare tali due approcci" (pt. 46); aggiungeva 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" (pt. 47); in ogni caso, i criteri adottati da uno Stato membro per valutare la scarsità delle risorse naturali utilizzabili devono essere "obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati" (pt. 48). In conclusione, sull'ottavo quesito la Corte di giustizia rilevava che "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" (pt. 49).

Nel trattare dell'effetto diretto dell'art. 12 della direttiva – riconoscendolo – e nell'evidenziare che detto effetto non può essere escluso per la circostanza che l'obbligo di procedure imparziali e il divieto di rinnovo automatico "si applichino solo nel caso in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali utilizzabili", la Corte di giustizia aggiungeva che dette risorse "devono essere determinate in relazione ad una situazione di fatto valutata dall'amministrazione competente sotto il controllo di un giudice nazionale" (pt 71).

Quest'ultimo passaggio della sentenza CGUE *Ginosa* viene letto e interpretato dal TAR Lecce[14] nel senso di circoscrivere il vaglio del giudice nazionale sulla scarsità a un ruolo di secondo grado, vale a dire di controllo.

Pur riconoscendo che la sentenza *Ginosa* del 2023, per molte delle sue statuizioni, si pone in continuità rispetto al precedente *Promoimpresa* del 2016 – in ordine all'applicabilità dell'art. 12 alle situazioni puramente interne (pt. 39-41) e all'onere di disapplicare la norma interna contrastante sussistente anche in capo anche all'amministrazione (pt. 77-79) –, il TAR Lecce attribuisce invece una "portata … decisamente modificativa e innovativa … alla statuizione relativa alla valutazione della scarsità della risorsa e delle autorizzazioni disponibili, sia con riferimento all'individuazione del soggetto cui compete la definizione dei criteri, sia con riferimento al metodo e all'ampiezza del potere discrezionale riconosciuto allo

[14] TAR Puglia, Lecce, n. 1224/2023, punto 6.

Stato membro, sia infine quanto alla qualificazione di siffatto procedimento come una pre-condizione ovvero come presupposto da accertarsi in via preliminare"[15].

Secondo la lettura della sentenza europea fornita dal TAR, i profili di rilievo da trarne sono due: la valutazione della scarsità delle risorse naturali è individuata dal giudice europeo "innovativamente" come "preliminare accertamento" cui l'applicazione dell'art. 12 è subordinata e, in secondo luogo, tale preliminare valutazione è attribuita allo Stato-amministrazione, e anzitutto agli organi di governo degli Stati membri, risultando invece "esclusa la legittimità di una valutazione o declaratoria *tout court* della scarsità della risorsa ad opera del giudice nazionale in via generale ed astratta (in assenza di criteri trasparenti ed uniformi [da definire da parte del Governo: n.d.r.] e di attività istruttoria)".

L'esclusiva competenza dell'autorità di governo e dell'amministrazione attiva trova sostegno, a giudizio del TAR, nel riconoscimento (pt. 46 CGUE *Ginosa*) agli Stati membri di un "certo margine di discrezionalità nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione della scarsità delle risorse naturali" e nella "centralità del procedimento di valutazione della scarsità delle risorse naturali". Identificando la preferibile modalità di svolgimento della valutazione nella previa definizione, a livello di autorità centrale, di criteri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionali e, poi, in un approccio caso per caso di analisi del territorio, la Corte di giustizia avrebbe fornito indicazioni anche di tipo procedimentale e di metodo. In definitiva, la CGUE avrebbe suggerito un percorso ottimale di attuazione della direttiva.

Da tanto il TAR Lecce fa conseguire che: - è precluso al giudice nazionale statuire in via generale e astratta in merito alla scarsità della risorsa, in assenza della previa definizione di criteri obiettivi e uniformi da parte del governo (il giudice, in sostanza, potrebbe solo valutare la corretta applicazione dei criteri, una volta definiti); - prima di affermare che le concessioni demaniali marittime sono sottoposte al citato art. 12, è necessaria una verifica della scarsità della risorsa da parte dello Stato membro, atteggiandosi detta verifica a pre-condizione della relativa applicabilità.

Le premesse conducono il TAR a dichiarare improcedibile i ricorsi dell'AGCM per "sopravvenuto difetto di interesse, sotto un duplice profilo: l'uno formale e l'altro – per così dire – sostanziale".

Sotto il primo profilo, i provvedimenti di presa d'atto della proroga risulterebbero caducati per effetto della normativa sopravvenuta, rappresentata dalla l. n. 118 del 2022, che, da un lato, ha abrogato le disposizioni della l. n. 145 del 2018 e, dall'altro, nel fissare il termine di scadenza delle concessioni al 31 dicembre 2023 (poi differito di un anno dal d.l. milleproroghe n. 198 del 2022, conv. in l. 24 febbraio 2023 n. 14), ha avviato l'iter per l'attuazione delle direttive. L'asserito danno derivante all'AGCM dalla proroga delle concessioni al 31 dicembre 2033 sarebbe quindi venuto meno, atteso che le concessioni in essere scadono, per effetto della l. n. 14 del 2023, alla data del 31 dicembre 2024.

Sotto il secondo profilo, il TAR Lecce evidenzia come risulti mutato il contesto giuridico di riferimento. Le sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria, precedenti alla CGUE *Ginosa* e alla citata l. n. 14 del 2023, sono state da queste "contraddette quanto

[15] TAR Puglia, Lecce, n. 1224/2023, punto 8.

alla valutazione della scarsità della risorsa, sia quanto alla competenza, sia quanto al metodo". Il brevissimo termine fissato dal Supremo Consesso al 31 dicembre 2023 era conseguenza della pretermissione, nel ragionamento della Plenaria, del necessario presupposto della valutazione della scarsità della risorsa di competenza Governo-Amministrazione, step che il TAR giudica, alla luce della peculiare lettura che fornisce della sentenza *Ginosa*, "centrale e preliminare adempimento nella direttiva". La normativa nazionale successiva è coerente, invece, con le "precisazioni innovative" contenute nella sentenza della CGUE "e non integra … gli estremi di una mera ed ingiustificata proroga automatica, vietata dall'art. 12". In particolare, ai fini della fissazione di criteri uniformi per la preliminare valutazione della scarsità della risorsa naturale, l'art. 10-*quater* d.l. milleproroghe ha avviato un'attività istruttoria sul demanio marittimo e sulle concessioni in essere, demandandola a un "tavolo tecnico", il cui compito è anche quello 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 disaggregato a livello regionale, e della rilevanza economica transfrontaliera".

Così ricostruite, le argomentazioni del TAR Puglia sono criticabili, in relazione al profilo di indagine qui scelto, sotto due profili.

La sentenza CGUE *Ginosa* non esclude affatto un vaglio del giudice nazionale sulla scarsità della risorsa naturale, precisando, piuttosto, che la valutazione non spetta solo al giudice nazionale, ma anche alle amministrazioni quali soggetti tenuti ad attuare la direttiva. I giudici di Lussemburgo fugano, così, ogni dubbio in merito al fatto che l'obbligo di disapplicazione incombe anche sugli organi amministrativi (pt. 78[16]).

In secondo luogo, l'affermazione secondo cui il previo accertamento amministrativo della scarsità delle risorse da parte del Governo-Amministrazione condizionerebbe l'applicabilità dell'art. 12, par. 1 e 2, della *Bolkestein* contrasta con il carattere *self executing* della direttiva, non potendo eventuali ritardi dello Stato membro nello stabilire criteri e nell'avviare la valutazione ostacolare l'effetto diretto della direttiva stessa. Gli adempimenti istruttori sono dunque doverosi, ma, in attesa degli stessi, sono comunque illegittime le proroghe automatiche delle concessioni che prescindono dalla valutazione della mancanza di scarsità delle risorse che spetta anche alla singola amministrazione effettuare.

L'applicazione diretta dell'art. 12 della direttiva servizi non è contraddetta dal riconoscimento nella sentenza *Ginosa* di un margine di discrezionalità in capo agli Stati membri in sede di attuazione della stessa. La sentenza CGUE *Ginosa* riferisce detto margine di discrezionalità a due distinti ambiti: nella disciplina delle procedure selettive e nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione della scarsità delle risorse naturali.

[16] CGUE *Ginosa*: "78. A tal riguardo, occorre precisare che l'indicazione contenuta al punto 43 della sentenza del 14 luglio 2016, *Promoimpresa e a.* (C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558), secondo la quale spettava al giudice nazionale verificare se il requisito relativo alla scarsità delle risorse naturali, previsto dall'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123, fosse soddisfatto, non può significare che solo i giudici nazionali siano tenuti a verificare la sussistenza di tale requisito. Infatti, allorché il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività è limitato per via della scarsità delle risorse naturali utilizzabili, ogni amministrazione è tenuta ad applicare, in forza di tale disposizione, una procedura di selezione tra i candidati potenziali e a garantire che tutte le condizioni previste da detta disposizione siano rispettate, disapplicando, se del caso, le norme di diritto nazionale non conformi".

Con specifico riferimento alla prima, il giudice europeo ricorda che anche quando una direttiva lascia agli Stati un certo margine di discrezionalità nell'adozione delle modalità della sua attuazione, una disposizione di tale direttiva può essere considerata di carattere incondizionato e sufficientemente preciso se pone a carico degli Stati membri, in termini inequivoci, un "obbligo di risultato preciso e assolutamente incondizionato riguardo all'applicazione della norma da essa enunciata"[17]. In particolare, tale "obbligo di risultato" sussiste se il margine di discrezionalità non impedisce di determinare "alcuni diritti minimi" e, quindi, di identificare "la tutela minima che deve in ogni caso essere applicata"[18]: nella specie l'obbligo – e la correlata tutela minima per i potenziali candidati – consiste nell'applicare procedure di selezione imparziali e trasparenti.

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riguardo al secondo dei citati ambiti in cui si esplica la discrezionalità – che viene orientata attraverso il riferimento a "criteri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati" –, come ricavabile al pt. 71 della sentenza CGUE *Ginosa*, a tenore del quale la circostanza che l'obbligo di procedure selettive e il divieto di rinnovo automatico "si applichino solo nel caso in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali utilizzabili … non può rimettere in discussione l'effetto diretto connesso a tale articolo 12, paragrafi 1 e 2".

Pertanto, sebbene l'attuazione dell'art. 12 implichi l'esercizio di un certo margine di discrezionalità – a partire dall'individuazione della condizione oggettiva di applicabilità, *id est* della scarsità delle risorse naturali, sino alla elaborazione di regole per un procedimento di selezione che soddisfi i principi generali in tema di libertà economiche di circolazione nel mercato interno –, l'obbligo di risultato è incondizionato e sufficientemente preciso quanto all'applicazione della regola da esso enunciata (regola che consiste nella previsione di procedure selettive a favore dei soggetti potenziali candidati e nel divieto di proroghe automatiche).

In questa presa di posizione viene dai commentatori individuato il più rilevante valore aggiunto della sentenza CGUE *Ginosa*[19].

Peraltro, le sentenze CGUE *Ginosa* e TAR Lecce suggeriscono una riflessione più ampia sulla scarsità della risorsa naturale. Anticipando le conclusioni, si ritiene venga nella specie in rilievo una risorsa *ex se* scarsa tanto per ragioni di obiettiva limitatezza (sia in termini assoluti che relativi[20]) quanto per il peculiare regime giuridico cui il bene è sottoposto in quanto naturalmente destinato all'uso generale, oggetto di pianificazione o, comunque, di valutazioni discrezionali allorquando lo si intenda destinare ad

[17] CGUE *Ginosa*, punto 64. Precedenti in termini sono: 8 marzo 2022, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, C-205/20, punto 19; 14 gennaio 2021, *RTS*, C-387/19, punto 47; 5 ottobre 2004, *Pfeiffer e a.*, da C-397/01 a C-403/01. Diversamente, quando la discrezionalità riservata agli Stati membri nell'attuazione di una disposizione è "ampia", è preclusa la diretta efficacia della norma: CGUE 4 ottobre 2018, causa C-384/17, *Link Logistic*, punti 47-56.

[18] CGUE *Ginosa*, punto 65.

[19] Cfr. D. Diverio, *Nulla di nuovo… sotto il sole? Qualche considerazione a prima lettura sulla sentenza della Corte di giustizia nella causa AGCM c. Comune di Ginosa*, cit.

[20] Cfr. C. Burelli, *Le concessioni demaniali turistico-ricreative e il requisito della "scarsità delle risorse naturali" ex art. 12, par. 1, della direttiva servizi nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, per la distinzione tra scarsità assoluta, relativa e "di destinazione".

altre possibili diverse utilizzazioni[21] (identificabili nei servizi pubblici e nei servizi e attività portuali e produttive, oltre che in tutte le attività oggi elencate dall'art. 01 d.l. n. 400 del 1993 conv. in l. n. 494/1993).

3. Le ragioni della demanialità.

Il regime del demanio marittimo, pur rimasto nel codice civile invariato, ha attraversato una lunga evoluzione[22], da esaminare – nella prospettiva di indagine qui selezionata – sotto il profilo del rapporto, di coincidenza o meno, tra destinazione pubblica del bene sottesa a detto regime[23] e uso collettivo dello stesso.

La riserva dominicale, conseguente all'appartenenza al *genus* dei beni demaniali necessari, implica l'insuscettibilità di appropriazione e ha tradizionalmente condotto a concentrare l'attenzione sul regime giuridico degli usi funzionali al soddisfacimento dell'interesse pubblico affidato alle cure dell'amministrazione titolare. Secondo un approccio tradizionale, accanto al soddisfacimento di esigenze della marina e alla difesa dei suoli, la demanialità è stata concepita come categoria diretta ad assicurare l'uso pubblico generale, liberamente praticabile da tutti *uti cives* (e, quindi, con ritrazione diretta di utilità), secondo l'idea romanistica che comprendeva il lido del mare tra le *res communes omnium*[24], senza che si potessero accampare diritti d'uso particolare sul bene[25]. La destinazione pubblica era quindi identificata con la garanzia del godimento collettivo del bene, da cui conseguiva ulteriormente la natura infruttifera dello stesso.

In tale quadro, la possibilità di usi particolari[26], diretti a consentire lo sfruttamento economico del bene demaniale, è intesa come eccezione: sottraendo il bene all'uso generale, essa è consentita "nei modi e limiti" stabiliti dalla legge, secondo il principio codificato nell'art 823 c.c.

Il risalente Codice della navigazione (approvato con r.d. 30 marzo 1942 n. 327, di seguito cod. nav.) e il relativo regolamento di esecuzione (d.P.R. n. 328 del 1952) disciplinano un potere concessorio (attual-

[21] In argomento J. Wolswinkel, *The allocation of a limited number of authorisations. Some general requirements from European law*, (September 29, 2009), https://ssrn.com/abstract=1934152 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1934152, 18: (a) *notion of scarcity is that of absolute scarcity. According to this definition, goods are scarce if their quantity has a finite physical limit (and cannot be extended by human intervention) …When considering scarcity of available natural resources within the meaning of Article 12, the notion of absolute scarcity seems most relevant. … Nevertheless, the notion of relative scarcity remains important for the application of Article 12 as well. If some natural resource can be used for several applications, administrative authorities should decide which quantity of the resource is available for which application: the greater the quantity of a natural resource given for a certain application, the smaller the quantity left for other applications … Therefore, the mere fact that more quantity of some natural resource could have been available for a certain application (even up to the level of satisfaction), does not take away the presence of scarcity if insufficient quantity of this resource had been left for other applications. In such a situation, it could be argued that the condition of scarcity in the meaning of Article 12 would be fulfilled as well*".

[22] In argomento M. Gnes, *Le spiagge e le coste: problema o risorsa?*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, cit., 13.

[23] F. Cammeo, *Demanio* (voce), in *Dig. It.*, IX, Torino 1989, 881.

[24] A. Abbruzzese, *Evoluzioni del diritto di proprietà sui beni pubblici*, cit., 29; E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, cit., 1219.

[25] In argomento M. Olivi, *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, 2005, 69 ss.

[26] G. Colombini, *Lido e spiaggia* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, 1994, IX, 262. Sulla distinzione tra uso diretto, uso promiscuo, uso generale e uso particolare dei beni pubblici si v. A. Police, *I beni di proprietà pubblica*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 518-519.

mente dei comuni[27]) avente natura discrezionale, da esercitare "compatibilmente con le esigenze del pubblico uso" (art. 36 cod. nav.); la clausola di compatibilità evidenzia quali interessi debbano primariamente essere perseguiti dall'amministrazione titolare dell'interesse pubblico che il bene, per sua natura, è destinato a soddisfare[28].

Il turismo di massa ha poi contribuito ad alterare questa impostazione, tramite una rilettura della disciplina incline a una "applicazione del modello concessorio onde favorire … interventi di trasformazione dei litorali da parte dell'imprenditoria turistica"[29].

La disciplina recata dal cod. nav. – complice la mancanza di una definizione normativa dei "pubblici usi del mare"[30] – ha nei fatti ricevuto un'applicazione che sottende l'idea che la concessione possa indirizzare il demanio costiero alla sua funzione prioritaria attraverso la mediazione di soggetti dotati di capacità imprenditoriale e finanziaria e, quindi, in grado di predisporre le infrastrutture turistiche[31].

Tant'è che una parte della dottrina ha considerato quella dei "pubblici usi del mare" categoria aperta[32], concretizzabile in "un'imprecisata serie di interessi pubblico sociali, connessi al mare, interessi che gradualmente si evidenziano e attualizzano con l'evoluzione della realtà socio economica"[33].

La crisi della concezione tradizionale si è acuita negli anni '90, complice la riforma del bilancio dello Stato con l'inserimento del demanio naturale tra i beni suscettibili di utilizzazione economica[34]. Per quanto la classificazione sia stata operata a fini di contabilità e non abbia modificato il regime giuridico di tali beni[35] – stante l'espressa salvezza per i beni dell'art. 822 c.c. della loro natura giuridica e del regime previsto dalle leggi vigenti[36] –, la riforma ha fornito argomenti a sostegno della compatibilità tra natura demaniale del bene e uso a fini di redditività.

Precipitato di tale evoluzione è stata la normalizzazione della concessione a fini turistici e ricreativi[37]: l'uso particolare diventa uno degli strumenti tramite cui l'ente titolare della funzione di gestione realizza la destinazione pubblica del bene, valorizzandolo in termini economici – traendone un canone – e sociali (per i riflessi occupazionali e le esternalità territoriali positive

[27] Per effetto del d.P.R. n. 616/1977 (art. 59) e, poi, del d.lgs. n. 112/1998 (art. 105), le funzioni amministrative, tra cui il rilascio delle concessioni, sono state conferite alle regioni. L'art. 42 d.lgs. n. 96/1999 ha poi previsto che le funzioni di cui al citato art. 105 siano esercitate dai comuni. In argomento M. Conticelli, *Effetti e paradossi dell'inerzia del legislatore statale nel conformare la disciplina delle concessioni di demanio marittimo per finalità turistico-ricreative al diritto europeo della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2020, 2475.

[28] F. Francario, *Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità*, in *Giustizia insieme*, 16 novembre 2021.

[29] E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, cit., 1219.

[30] I pubblici usi del mare sono richiamati ma non definiti agli artt. 33, 35 e 42 del Codice della navigazione. In argomento M. Ragusa, *Demanio marittimo e concessione*, cit., 553; M. Timo, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia*, cit., 74.

[31] E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, cit., 1219; M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, cit., 15.

[32] Su tale evoluzione ampi riferimenti dottrinari in M. Timo, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia Profili procedimentali e contenutistici delle concessioni balnear*i, cit., 74.

[33] M.L. Corbino, *Il demanio marittimo. Nuovi profili funzionali*, Milano, 1990, 30-31.

[34] L. 3 aprile 1997, n. 94 e d.lgs. 7 agosto 1997, n. 279.

[35] F. Francario, *Il demanio costiero*, cit.; A. Giannelli, *Beni sfruttabili o consumabili: demanio marittimo e porti*, in *Federalismi.it*, 16 novembre 2016, 9.

[36] Art. 14, commi 1 e 2, d.lgs. n. 279 del 1997.

[37] S. Villamena, *Concessioni demaniali marittime e concorrenza. (Profili ricostruttivi e modalità operative)*, in G. Lami, C. A. Nebbia Colomba, S. Villamena, *Le concessioni demaniali marittime*, Padova, 2010, 87 (spec. nota 104); M. Gnes, *Le spiagge e le coste: problema o risorsa?*, cit., 14.

determinate dal turismo)[38]. Correlativamente, l'attività di gestione dei beni pubblici da parte dell'amministrazione è mutata da diretta in una funzione regolatoria dei rapporti concessori[39].

Questa evoluzione è stata avallata dal d.l. n. 400/1993 (conv. in l. n. 494 del 1993), il cui art. 01 ha tipizzato le concessioni per uso turistico ricreativo, codificando le attività – ulteriori rispetto a servizi pubblici e servizi e attività portuali e produttive – per le quali la concessione può essere rilasciata. L'esito è la compressione delle possibilità di esercizio degli usi generali[40], compressione che è stata aggravata, prima, dal diritto di insistenza e dal rinnovo automatico e, poi, dalle proroghe delle concessioni, secondo una logica di tipo proprietario ed escludente[41].

La domanda da porsi è se tale evoluzione conduca a un sistema dominato dalla domanda degli operatori[42] nel quale, in particolare, l'intero patrimonio costiero può essere preso in considerazione come astrattamente concedibile e, quindi, la valutazione della scarsità o meno della risorsa naturale può essere operata su dati meramente quantitativi.

È però necessario un ulteriore passaggio preliminare.

Successivamente al cod. nav. hanno trovato riconoscimento legislativo le funzioni ambientali e paesaggistiche del demanio costiero, con la conseguente necessità di comporre le varie modalità di fruizione, bilanciando i diversi interessi[43].

Dal 1985 (l. n. 431 del 1985, Legge Galasso) i territori costieri entro una fascia di 300 metri dalla linea di battigia sono sottoposti a vincolo paesaggistico *ex lege* (attuale art. 142, comma 1, lett. *a,* d.lgs. n. 42 del 2004): la scelta legislativa assegna protezione giuridica ai territori costieri, preservandoli da possibili lesioni esteriori che possano intaccare la loro dimensione non solo naturalistica ma, anche, collettiva e identitaria.

Le coste sono inoltre beni ambientali produttori di servizi ecosistemici, come ad esempio riconosciuto da numerose disposizioni del Codice dell'ambiente, tra cui l'art. 56 ai sensi del quale le attività di pianificazione e programmazione finalizzate alla tutela e al risanamento del suolo e del sottosuolo, al risanamento idrogeologico del territorio tramite la prevenzione dei fenomeni di dissesto, la messa in sicurezza delle situazioni a rischio riguardano anche la protezione delle coste[44].

[38] In argomento A. Giannelli, *Beni sfruttabili o consumabili: demanio marittimo e porti*, cit.; G. Colombini, *Lido e spiaggia* (voce), cit., 272. Cfr. Corte dei Conti, Sez. giur. per il Veneto, 16 aprile 2018, n. 53, che, nel trattare questioni concernenti l'entità del canone, ha rilevato: "L'ampliarsi dell'attività gestionale dei beni pubblici da parte della pubblica amministrazione in funzione regolatoria dei rapporti concessori ha determinato, sotto altro profilo, un assetto ordinamentale per cui la funzione del bene demaniale da finale diviene strumentale ed il bene demaniale assume il carattere di strumento per la produzione di utilità economiche per un privato imprenditore: la concessione, in quest'ottica, costituisce il mezzo tipico di valorizzazione del bene, cui deve necessariamente corrispondere, in capo al concedente, l'accrescimento patrimoniale correlato all'utilità tratta dal privato in applicazione del principio di proporzionalità".

[39] M. Calabrò, *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello Stato delle opere non amovibili*, cit., 452.

[40] Se "La concessione non muta la destinazione del bene", essa postula, infatti, "un significativo affievolimento delle possibilità di uso generale da parte della collettività": E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, cit., 1222.

[41] In argomento A. Lucarelli, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni*, in *Dirittifondamentali.it*, 14 maggio 2019, 8.

[42] In argomento E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, cit., 1220.

[43] E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, cit., 1219.

[44] L. Di Giovanni, *Il ruolo della pianificazione paesaggistica nella*

Nel medesimo bene si trovano quindi due componenti essenziali – ecologico naturalistica e identitaria –, non coincidenti perché fanno riferimento a interessi pubblici differenziati, entrambi valori primari ai sensi dell'art. 9 Cost. Come infatti recentemente sottolineato dal Consiglio di Stato, "(i)l valore culturale del paesaggio costiero si afferma non soltanto in ragione del dato di natura (che in sé risulterebbe tutelabile mediante strumenti diversi, calibrati sugli aspetti ambientali e naturali), ma in considerazione della valenza identitaria che le coste assumono, quali parti della "forma" del Paese e testimonianze materiali della storia millenaria di una penisola che ha avuto nelle proprie coste il crocevia delle partenze, dei ritorni e degli approdi degli uomini e delle civiltà che hanno concorso a determinare l'identità della Nazione italiana"[45].

Quanto sinteticamente accennato sulle funzioni ecologiche e paesaggistiche, sebbene non esaustivo delle plurime valenze, dimostra l'attitudine del bene in questione a esprimere utilità funzionali all'esercizio di diritti fondamentali e al libero sviluppo della persona, consentendo di accostarne la funzione alla nozione di beni comuni[46].

La qualificazione come bene comune enfatizza l'aspetto funzionale del bene rispetto al profilo soggettivo della proprietà[47], e impone di non appiattire le riflessioni relative alle modalità di gestione sulla sola logica del profitto[48]. Ed è significativo che le riflessioni sui beni comuni si intensifichino temporalmente anche quale reazione alla teorizzazione che tutti i beni oggetto di proprietà pubblica sono suscettibili di utilizzazione economica[49].

Come è stato rilevato, la categoria dei beni comuni si allontana da una nozione di proprietà pubblica in cui il profilo soggettivo prevale sugli aspetti funzionali a soddisfare diritti fondamentali e che può condurre, nella logica del profitto, a ridurre accessibilità e fruibilità del bene tramite una determinazione discrezionale dell'amministrazione circa l'interesse primario da perseguire[50].

Piuttosto che beni appartenenti al soggetto pubblico in una logica dominicale, la dottrina ragiona in termini di mera imputazione al soggetto pubblico di risorse da tutelare e gestire in vista della trasmissione alle generazioni future[51], così come la giuri-

difesa delle coste italiane, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, cit., 91.

[45] Cons. Stato, Sez. VI, 10 marzo 2023, n. 2559.

[46] In argomento, tra i più recenti contributi, A. Abbruzzese, *Evoluzioni del diritto di proprietà sui beni pubblici*, cit., 56; G. Iacovone, *Concessioni demaniali marittime tra concorrenza e valorizzazione*, cit., 542; R. Palliggiano, *Verso la "ridestinazione collettiva" del demanio marittimo: dal principio di evidenza pubblica alla categoria dei beni comuni*, in A. Cossiri (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, cit., 227.

[47] Tra i molti contributi, V. Cerulli Irelli, *Diritto pubblico della proprietà e dei beni*, Torino, 2022, 177; L. Longhi, *Concessioni demaniali marittime e utilità sociale della valorizzazione del patrimonio costiero*, cit., 185; A. Lucarelli, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni*, cit.

[48] A. Lucarelli, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 2014, 3.

[49] In argomento cfr. le considerazioni svolte F. Francario, *Il demanio costiero*, cit.: "la quintessenza della demanialità necessaria (la proprietà pubblica come garanzia di usi non commerciali dei beni necessari per la collettività) è stata fatta uscire dalla porta ma è stata fatta poi rientrare dalla finestra teorizzando la sottrazione alla proprietà pubblica del nucleo di beni che devono per natura ritenersi *extra commercium*".

[50] A. Lucarelli, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni*, cit.,

[51] Sulla necessità di riconsiderare l'oggetto stesso della demanialità, "da assumere non alla stregua di un bene rilevante in quanto suscettibile di assicurare utilità secondo dinamiche economiche, bensì quale porzione di un vulnerabile comparto ambientale di scambio terramare, produttivo di servizi ecologici (e culturali) a fruizione indivisa", E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, cit., 1220, osserva che "Più

sprudenza (tra cui Corte dei conti, Sez. giur. Veneto n. 53/2018[52], coerentemente con le prese di posizione della Cassazione sulle valli da pesca nella laguna di Venezia[53]) ne sottolinea la duplice appartenenza, da un lato, alla collettività e, dall'altro, al suo ente esponenziale, precisando di "intendere la seconda (titolarità del bene in senso stretto) come 'appartenenza di servizio', che è necessaria, nel senso che detto ente è tenuto ad assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la loro fruizione pubblica e/o collettiva"[54].

4. Gestione amministrativa tra uso generale e uso particolare.

Le considerazioni svolte nel paragrafo precedente rilevano nella gestione amministrativa della dialettica uso generale/uso particolare[55].

Secondo la giurisprudenza, il potere concessorio di cui all'art. 36 cod. nav. è connotato da ampia discrezionalità amministrativa, poiché "coinvolge interessi pubblici fondamentali della collettività"[56]; il relativo esercizio può esitare nella sottrazione del bene all'utilizzo generale solo in presenza di un reale beneficio alla collettività: la preferenza è per l'uso libero e generalizzato[57], con conseguente obbligo di adeguata motivazione del provvedimento concessorio. Qualificati i beni del demanio marittimo di cui all'art. 822, comma 1, c.c. come "beni pubblici puri, in quanto non rivali, né escludibili" e "naturalmente soggetti e destinati" all'uso generale della collettività sacrificabile solo per finalità pubblicistiche prevalenti, se ne deduce che "il soddisfacimento di finalità pubblicistiche costituisce … un elemento imprescindibile della concessione di beni pubblici, al punto da costituirne scopo e ragione essenziale"; in tale senso depone

che di un rapporto di appartenenza è invece preferibile parlare di una mera imputazione al soggetto pubblico: una imputazione avente ad oggetto risorse che vanno doverosamente tutelate e gestite nella prospettiva prioritaria della loro preservazione di lungo periodo e trasmissione alle generazioni future, con conseguente imperativo di armonizzazione delle logiche dello sfruttamento con quelle della conservazione".

[52] Corte dei conti, Sez. giur. per il Veneto, 16 aprile 2018, n. 53.

[53] Cass. civ., Sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665.

[54] In argomento A. Abbruzzese, *Evoluzioni del diritto di proprietà sui beni pubblici*, cit., 24 ricostruisce la categoria giuridica dei beni pubblici, ripristinando la distinzione tra questi e proprietà pubblica offuscata a causa della visione proprietaria-privatistica della pandettistica tedesca del bene pubblico, per poi riassegnare alla categoria del demanio marittimo la sua originaria funzione di dominio collettivo, accessibile a tutti e inappropriabile in via esclusiva (50); la proprietà pubblica, infatti, fondata sul concetto di appropriazione, si è sovrapposta al modello demaniale e non tiene conto della funzione sociale del bene pubblico, usandolo per soddisfare gli interessi del *dominus* (p.A.) anziché le esigenze della *communitas*: in tale ottica il bene è legato alla funzione che il *dominus* intende attribuirgli, configurando rapporti escludenti. Sulla distinzione tra lo statuto pubblicistico e quello privatistico della proprietà nella Costituzione, cfr. G. Della Cananea, *Le concessioni del demanio marittimo: un mutamento di prospettiva*, cit., 24-25 e 31.

[55] Di dialettica tra uso generale e uso particolare si occupa A. Giannelli, *Beni sfruttabili o consumabili: demanio marittimo e porti*, cit.

[56] Cons. Stato, Sez. VII, 11 agosto 2023, n. 7751. Cfr., inoltre, Cons. Stato, Sez. VI, 7 marzo 2016, n. 892 ("in sede di valutazione dell'interesse demaniale, cioè dell'interesse pubblico che il bene non sia sottratto al suo normale uso generale (pubblico *ex* art. 36 cod. nav.), l'amministrazione può considerare e valutare tutti gli interessi pubblici specifici che, insorgenti dalla dimensione territoriale del bene, interferiscono sull'uso individuale a base della richiesta di concessione; questa, proprio in quanto viene considerata eccezionale, deve essere del tutto compatibile con l'intero spettro delle esigenze pubblicistiche gravanti sul territorio in cui ricade l'area oggetto della richiesta concessione"; non rileva nemmeno "in senso ostativo all'esercizio da parte dell'Amministrazione del suo potere di scegliere la destinazione del bene demaniale la circostanza che lo stesso sia stato precedentemente oggetto di concessione demaniale. Non vi è dubbio, infatti, che alla scadenza della concessione l'Amministrazione possa rinnovare la valutazione dell'interesse pubblico e ritenere preferibile destinare il bene al libero uso della collettività, piuttosto che rinnovare la concessione").

[57] Cfr., anche, Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2018, n. 1296.

"l'art. 37 cod. nav., laddove, in presenza di più richieste di concessione, rimette al discrezionale giudizio dell'amministrazione la valutazione in ordine alla migliore rispondenza di un certo utilizzo anziché di un altro rispetto ad un più rilevante interesse pubblico[58], sottintendendo un complesso bilanciamento di molteplici profili di rilievo che si colgono, da un lato, con riguardo al vantaggio conseguito dalla collettività in ragione delle finalità pubbliche per il soddisfacimento delle quali il bene è concesso in uso ad altri e, dall'altro, in relazione al nocumento patito dalla medesima collettività a causa della temporanea sottrazione del bene all'uso libero e generalizzato cui è naturalmente o potenzialmente destinato"[59].

Tornando alla nozione di "scarsità della risorsa naturale", da tali argomenti e assunti giurisprudenziali è possibile ricavare che l'eventuale disponibilità, in base a una valutazione meramente quantitativa, di aree ulteriori del demanio costiero rispetto a quelle attualmente in concessione non è argomento *ex se* sufficiente a rendere certo, con affermazione generalizzata e aprioristica, che dette aree ulteriori siano senz'altro concedibili e, quindi, *ex se* sufficiente a escludere la scarsità della risorsa naturale ai sensi della direttiva servizi.

5. La pianificazione del demanio costiero.

La conclusione del precedente paragrafo è avvalorata ove si consideri il demanio costiero[60] come oggetto di pianificazione.

A seguito della delega delle funzioni di rilascio delle concessioni e – testualmente – "ai fini" dell'esercizio di tale potere, l'art. 6, comma 3, d.l. n. 400/1993 (conv. in l. n. 494/1993) ha imposto alle regioni di predisporre un piano di utilizzazione delle aree del demanio marittimo. La legge finanziaria per il 2007 ha poi disposto che le regioni con detti piani, sentiti i comuni interessati, "devono … individuare un corretto equilibrio tra le aree concesse a soggetti privati e gli arenili liberamente fruibili"[61]: è stato

[58] L'art. 37 cod. nav. ("Concorso di più domande di concessione") dispone che "Nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico".

[59] Cons. Stato, Sez. VII, 11 agosto 2023, n. 7751, cit., che aggiunge: "poiché siffatta valutazione è ampiamente discrezionale, la decisione dell'Amministrazione, limitatamente a siffatto profilo, è censurabile soltanto in caso di illegittimità per manifesta o macroscopica contraddittorietà o irrazionalità della motivazione". Nel caso in esame, il Comune di Porto Cesareo aveva ritenuto maggiormente utile per la collettività il libero utilizzo del bene demaniale rispetto al rilascio della concessione richiesta da un operatore, valorizzando all'uopo due elementi, ossia la vicinanza dell'area al centro abitato e il tradizionale uso pubblico della spiaggia per la libera fruizione e balneazione. Questa motivazione rende la decisione, a giudizio del Consiglio di Stato, coerente, logica e non censurabile sul piano motivazionale. Cfr., inoltre, Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2757: "i beni del demanio marittimo sono istituzionalmente ed in via generale rivolti all'uso pubblico e, pertanto, la scelta dell'Amministrazione di mantenere tale destinazione relativamente ad un determinato bene demaniale, pur in presenza di una domanda di concessione, non richiede una motivazione specifica, apparendo sufficiente la concreta indicazione della incompatibilità della nuova destinazione con l'uso pubblico. Al contrario, tale specifica motivazione sarebbe necessaria nel caso di adozione di un provvedimento di concessione del terreno demaniale, atteso che quest'ultimo atto, distogliendo il bene demaniale dalla destinazione ad uso pubblico, dovrebbe indicare le ragioni che inducano a ritenere la destinazione ad un uso diverso da quello istituzionale, compatibile e non pregiudizievole per l'interesse generale"; Id., Sez. V, 2 marzo 2018, n. 1296. In argomento B. Tonoletti, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, 351.

[60] Il demanio costiero risulta per sottrazione dalle aree comprese nel demanio marittimo di quelle di pertinenza dei porti (oggetto di pianificazione di settore attribuita alle autorità portuali ai sensi della l. n. 84 del 1994, art. 5): in argomento V. Cerulli Irelli, *Diritto pubblico della proprietà e dei beni*, cit., 145; F. Francario, *Il demanio costiero*, cit..

[61] Art. 1, comma 254, l. 27 dicembre 2006, n. 296. In argomento

quindi attribuito alla pianificazione regionale il compito di predeterminare il punto di equilibrio tra uso generale e uso particolare, con l'evidente obiettivo di salvaguardare un nucleo essenziale del primo[62].

L'esercizio della potestà legislativa regionale in materia di governo del territorio[63] ha condotto a elaborare, al riguardo, delle regole parzialmente differenziate tra regioni, risultando in alcune regioni la pianificazione articolata tra un piano regionale e piani attuativi comunali[64]. A prescindere da queste differenze, se conseguenza della pianificazione è la riduzione a valle, nel procedimento di rilascio del singolo provvedimento di concessione, della poc'anzi descritta discrezionalità, questa permane a monte nelle scelte di piano[65] e, anzi, si amplia l'orizzonte degli interessi oggetto di ponderazione: la clausola di compatibilità dell'art. 36 cod. nav., "tanto ambigua in sede di puntuale esercizio dei poteri concessori"[66], assume un ruolo più consistente in sede di pianificazione, imponendo una definizione *ex ante* e su più ampia scala. A seconda del contenuto, più o meno puntuale, dei piani in merito alla individuazione delle aree – e qui rilevano le scelte regionali, potendo il combinato operare del piano regionale e dei piani comunali giungere a contenere previsioni direttamente conformative delle singole aree –, potrebbero non residuare a valle margini di discrezionalità quanto alla scelta tra uso generale e uso particolare[67].

Per la Corte costituzionale[68] i piani in parola sono "destinat[i] ad assolvere, nella prospettiva della migliore gestione del demanio marittimo d'interesse turistico-ricreativo, ad una funzione schiettamente programmatoria" delle concessioni demaniali, al fine di "rendere compatibile l'offerta dei servizi turistici con le esigenze della salvaguardia e della valorizzazione di tutte le componenti ambientali dei siti costieri, onde consentirne uno sfruttamento equilibrato ed ecoso-

---

M. Ragusa, *Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?*, cit., 569, osserva come il mutato quadro delle competenze al rilascio delle concessioni abbia sollevato la necessità di trovare una sintesi tra gli usi concessi e l'uso generale e per "scongiurare il rischio che, assegnato all'amministrazione degli enti territoriali minori, il potere concessorio possa con ancora più facilità che in passato prestarsi a un impiego incontrollato", l'art. 6 citato ha imposto la predisposizione di un piano di utilizzazione del demanio marittimo. Alcune regioni (come indicato nel Report Spiagge 2023 di Legambiente 2023, alle pagg. 55 ss.) hanno prefissato con legge detta percentuale, come la Puglia (l.r. n. 17/2006) o il Lazio (l.r. n. 8/2015); in Sardegna la percentuale è fissata nelle "Linee guida per la predisposizione del Piano di utilizzo dei litorali", deliberazioni G.R. 12/8 del 5/3/2013 e 10/5 del 21/2/2017. Cfr. E. Scotti, *Il regime delle spiagge nell'era del ritorno dello Stato: pensieri (eterodossi) per un cambio di paradigma*, cit., 155-156 ritiene che il legislatore statale dovrebbe fissare delle percentuali minime di arenile da destinare al pubblico godimento quale l.e.p. concernente diritti fondamentali da garantire in modo uniforme ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *m*), Cost.

[62] In argomento Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 40 (par. 4.1).

[63] Cui tale disciplina è ricondotta, si v. Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 40.

[64] Nella regione Campania, ad esempio, il PUAD costituirà il quadro di riferimento per la predisposizione, da parte dei Comuni costieri, dei piani attuativi di utilizzazione (PAD) e per l'esercizio delle funzioni di gestione sul demanio marittimo non portuale.

[65] M. Calabrò, *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, cit., 454: tramite questi strumenti di pianificazione "le amministrazioni regionali esercitano la scelta discrezionale "di fondo" circa l'utilizzo dell'area demaniale, ovvero se destinarla al suo naturale uso generale o, al contrario, se prevederne uno sfruttamento economico mediante uso eccezionale".

[66] M. Ragusa, *Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?*, cit., 570.

[67] In esito al processo pianificatorio risultano individuate le aree destinabili alle diverse modalità di fruizione del litorale: quella soddisfatta dalla semplice esistenza del bene demaniale e che, presupponendo l'accessibilità generale, richiede l'esercizio di poteri pubblici strumentali alla conservazione della risorsa, e quella soddisfatta da un particolare impiego del bene che, richiedendone un uso esclusivo, presuppone l'esercizio di funzioni distributive tramite la concessione: M. Ragusa, *Demanio marittimo e concessione*, cit., 570. In argomento, si v. anche G. Torelli, *Concessioni balneari e governo del territorio*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto,* cit., 85.

[68] Corte cost., 5 maggio 2022, n. 108, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 770.

stenibile"; essi "svolgono … un'essenziale funzione non solo di regolamentazione della concorrenza e della gestione economica del litorale marino, ma anche di tutela dell'ambiente e del paesaggio, garantendone tra l'altro la fruizione comune anche al di fuori degli stabilimenti balneari"[69]. Detti piani sono quindi espressione dell'acquisita consapevolezza che la zona costiera, bene comune, esprime un notevole valore non solo d'uso ma anche di lascito[70].

Ancora prima che il rinnovo automatico delle concessioni fosse messo in discussione in sede europea, in occasione del primo procedimento di infrazione[71], il giudice amministrativo ha evidenziato come esso trovasse un limite nel persistente potere dell'amministrazione di pianificare e conformare l'uso del bene "analogamente a quanto accade in ogni fenomeno ordinario di pianificazione"[72]. In termini più generali, è stato affermato che "le scelte programmatorie della pubblica amministrazione non possono essere condizionate dalla pregressa indicazione di differenti destinazioni"[73].

Secondo una tesi recentemente sostenuta dalla dottrina, l'art. 6 d.l. n. 400 del 1993 avrebbe inoltre introdotto un presupposto necessario per la concedibilità di aree del demanio costiero, incidendo sui modi e li-

[69] Analogamente Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2005, n. 3267.

[70] E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, cit., 1221-1222. L'attuazione del citato art. 6 è stata però scarsa, a ciò contribuendo la previsione del diritto di insistenza e il regime di proroga automatica introdotto nel 2001 (l. n. 88, art. 10), che hanno condotto alcune regioni a circoscrivere la dialettica tra uso generale e usi eccezionali alle porzioni in cui tale scelta fosse ancora possibile (come accaduto in Sicilia dove le Linee guida per la redazione da parte dei Comuni dei piani di utilizzazione del demanio marittimo del 2016 prevedono una riserva non inferiore al 50% del litorale per la fruizione pubblica facendo espressamente salve le concessioni già rilasciate): M. Ragusa, *Demanio marittimo e concessione*, cit., 572.

[71] Commissione europea, Lettera di messa in mora 2 febbraio 2009, n. 2008/4908 con cui l'U.E. aveva sollecitato lo Stato italiano a eliminare la preferenza accordata al precedente concessionario perché contraria al principio di libertà di stabilimento (attuale art. 49 TFUE) e all'art. 12 direttiva *Bolkestein*. L'art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, conv. in l. 26 febbraio 2010 n. 25, abrogava, quindi, il comma 2 dell'art. 37 cod. nav. nella parte in cui prevedeva il cd. diritto di insistenza. Anche il rinnovo automatico, previsto dall'art. 01, c. 2, d.l. n. 400/1993 è stato abrogato dall'art. 11 l. 15 dicembre 2011, n. 217. Espunto dall'ordinamento interno il diritto di insistenza e abrogato l'art. 01, comma 2, d.l. n. 400/1993, il legislatore nazionale aveva però previsto, contestualmente, una proroga al 31 dicembre 2015 delle concessioni per finalità turistico-ricreative in essere e in scadenza prima di tale data, poi posticipata al 2020 (art. 34-*duodecies* d.l. n. 179/2012, conv. in l. n. 221/2012), qualificando tale disciplina come transitoria in quanto dettata "nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni" di beni demaniali marittimi. La proroga *ope legis* ha costituito oggetto di due rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia che, nella già più volte citata sentenza *Promoimpresa* ha chiarito che una proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime, così come di quelle lacuali, in essere per attività turistico-ricreative equivale a un rinnovo automatico, in contrasto con l'art. 12 direttiva Bolkestein. Non è intervenuta negli anni successivi una riforma tale da rendere compatibile la normativa interna con l'ordinamento U.E.: approssimandosi la scadenza del 31 dicembre 2020, con la Legge di bilancio 2019 (art. 1, commi 682, 683 e 684, l. n. 145/2018), il legislatore ha prorogato le concessioni demaniali marittime non ancora scadute, rideterminando il termine di scadenza al 31 dicembre 2033, con conseguente avvio della Procedura di infrazione n. 2020/4118, con lettera di costituzione in mora del 3 dicembre 2020, cui ha fatto seguito il Parere motivato della Commissione europea del 16 novembre 2023 (C(2023)7231) che ha assegnato all'Italia il termine di due mesi per conformare alla direttiva Bolkestein l'ordinamento nazionale. Da ultimo, con la recentissima Lettera di risposta al parere motivato del 16 gennaio 2024, l'Italia ha rappresentato all'U.E. la natura propedeutica della definizione dei criteri sulla scarsità delle risorse, "atti a fornire indicazioni certe e omogenee sull'intero territorio nazionale" e scongiurare il rischio di un'applicazione asimmetrica della disciplina unionale "che alimenterebbe situazioni di incertezza giuridica e disparità di trattamento per gli operatori di settore"; le proroghe, temporalmente limitate, sono quindi giustificate – spiega il governo – dall'esigenza di completare gli approfondimenti istruttori e i percorsi procedimentali necessari a chiarire le modalità di applicazione della direttiva servizi. Sulle varie proroghe si v. C. Feliziani, *Le concessioni balneari tra diritto dell'Unione europea e diritto interno. Un'altra occasione mancata?*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari,* cit., 48 ss.

[72] TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 3 giugno 2009, n. 246 (confermata da Cons. Stato, Sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6477).

[73] TAR Liguria, Sez. I, 30 agosto 2018, n. 683. In argomento G. Torelli, *Concessioni balneari e governo del territorio*, cit., 87.

miti in cui il bene può essere oggetto di diritti di terzi ai sensi dell'art. 823 c.c.[74]: dal fatto che l'uso generale è la naturale destinazione di tali beni e dalla constatazione che dalla normativa successiva al codice civile non è evincibile una modifica del regime giuridico del demanio necessario che consenta di considerare non più un'eccezione l'uso particolare del bene, la dottrina in questione fa conseguire che, in assenza di un piano che specifichi la modalità di fruizione della singola area, rimane ferma la destinazione all'uso generale e l'area non può essere oggetto di diritti dei terzi.

Tale interpretazione del ruolo della pianificazione di settore porta alle estreme conseguenze la condivisibile *ratio* sottesa alla previsione di un piano di settore: allontanare le scelte sulle modalità di fruizione del bene dalla visione episodica della singola vicenda concessoria per inserirla in una visione *ex ante* e di insieme del territorio[75], in reazione al sistema derivato dal cod. nav. in cui la concessione ha assunto il ruolo di unico strumento di amministrazione delle risorse demaniali costiere dando luogo a un'amministrazione (non a un governo) "disorganica e puntiforme"[76].

Coerentemente a tale *ratio*, l'effetto di preclusione connesso alla mancanza del piano di utilizzazione è espressamente previsto in alcune regioni, come il Lazio[77] o la Sicilia[78], e allora è indiscutibile. Con riferimento a tali ipotesi il Consiglio di Stato ha anche escluso che la subordinazione del rilascio della concessione alla previa programmazione leda l'iniziativa economica privata perché rinviata *sine die*, considerato che, a fronte dell'eventuale inerzia dell'amministrazione nell'osservanza dell'obbligo di pianificazione, l'ordinamento appresta il rimedio del ricorso avverso il silenzio[79].

[74] F. Francario, *Il demanio costiero*, cit.: dopo avere illustrato i fattori che in astratto potrebbero avere determinato un cambiamento del regime giuridico dei beni demaniali in questione e dopo avere spiegato come in concreto due di questi fattori, quali la patrimonializzazione dei beni pubblici e il trasferimento di funzioni amministrative, non abbiano mutato detto regime, ritiene, invece, che "l'intervento legislativo che impone la pianificazione di settore incide anche sui modi e limiti in cui in cui possono sorgere diritti dei terzi sul bene demaniale costiero".

[75] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2757 che giudica legittimo il diniego di concessione motivato con "l'opportunità di evitare che il rilascio della concessione richiesta possa impedire la realizzazione dell'assetto complessivo organico della zona mediante apposito strumento attuativo prescritto dalla Regione Lazio; opportunità derivante dalla considerazione che notoriamente sorgono difficoltà quando l'Amministrazione intenda ottenere la disponibilità di un'area assentita in concessione".

[76] E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza*, cit., 1222.

[77] Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 16 giugno 2022, n. 8056 e Id., 14 giugno 2022, n. 7906, che sulla base di una disposizione regolamentare regionale espressa, considerano l'adozione del piano comunale, in coerenza con il piano regionale (disciplinato dall'art. 46 l.r. n. 13 del 2007), presupposto indispensabile per l'avvio delle procedure di evidenza pubblica.

[78] Art. 2 l.r. n. 32/2020, su cui Corte cost., n. 108/2022 già citata.

[79] Cons. Stato, Sez. VI, 15 novembre 2021, n. 6028: nel caso di specie una deliberazione della Giunta regionale del Lazio del 2001 disponeva che "Sino all'avvenuta pubblicazione… dell'accordo di programma relativo al P.U.A., non possono essere autorizzate variazioni nell'ampiezza delle concessioni". Il Consiglio di Stato osserva che "scopo di questa disciplina è quello di regolare il rilascio delle concessioni del bene demaniale degli arenili in modo che l'interesse privato al loro utilizzo economico sia coordinato al meglio con la salvaguardia dei rilevanti interessi pubblici coinvolti, relativi alla conservazione e riqualificazione dei beni, alla tutela ambientale, alla loro fruizione pubblica, al complessivo sviluppo turistico della località interessata, e ciò è consentito soltanto da una previa programmazione, poiché con essa l'utilizzo degli arenili è inserito nel quadro di un equilibrio predefinito degli interessi da tutelare"; nell'affermare ciò, il g.a. richiama il "principio generale sulla indefettibilità degli strumenti di programmazione, anche di natura attuativa, previsti dalle normative di settore, come in materia di uso del territorio, come esemplificato dall'art. 9 del d.P.R. n. 380 del 2001, sulle limitazioni dell'attività edilizia in assenza della pianificazione urbanistica". Viene peraltro espressamente valorizzata, con rilievo dirimente, la specifica previsione della delibera regionale (impugnata ma giudicata "legittima, poiché, in coerenza con la normativa primaria sull'obbligo di redazione dei P.U.A. da parte della Regione, subordina l'ampliamento delle concessioni in essere all'avvenuta pianificazione, con ciò ragionevolmente

Con riferimento ai casi in cui tale preclusione sia espressamente prevista a livello regionale, è inoltre di particolare interesse la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 108 del 2022, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 9 Cost., di una disposizione regionale che, in deroga al divieto di nuove concessioni nei comuni sprovvisti del piano di utilizzazione del demanio marittimo imposto da una legge regionale precedente, consentiva, nel periodo dell'emergenza pandemica, di adottare provvedimenti concessori anche in assenza di piano, in tale modo finendo col determinare un abbassamento del livello di tutela dell'ambiente e del paesaggio. Tale abbassamento del livello di tutela non è giudicato illegittimo in sé, ma irragionevole non essendo diretto a tutelare interessi aventi pari rilevanza all'ambiente o al paesaggio (valori primari), quanto piuttosto gli interessi degli aspiranti alle nuove concessioni[80].

Va peraltro rilevato che, al di fuori delle ipotesi in cui sia espressamente previsto dalla disciplina regionale, la giurisprudenza non riconosce un effetto preclusivo all'esercizio del potere concessorio alla mancanza del piano[81], tradendo, a giudizio di chi scrive, il tenore letterale del citato art. 6 che collega espressamente ("ai fini") all'esercizio del potere concessorio le prescrizioni conformative dei piani di settore.

Ad ogni modo, la previsione di una programmazione degli usi del demanio costiero costituisce ulteriore dimostrazione dell'erroneità di una valutazione meramente quantitativa di aree libere ai fini della verifica della sussistenza della condizione della scarsità.

Della complessità e della molteplicità dei valori che contraddistinguono il demanio costiero e della imprescindibilità di una programmazione degli usi sono emblematici gli obiettivi della gestione integrata delle zone costiere (GIZC)[82]: favorire lo sviluppo sostenibile delle zone costiere attraverso una pianificazione razionale delle attività, in modo da conciliare lo sviluppo economico, sociale e culturale con il rispetto dell'ambiente e dei paesaggi; preservare le zone costiere a vantaggio delle generazioni presenti e future; garantire l'utilizzo sostenibile delle risorse naturali; assicurare la conservazione dell'integrità degli ecosistemi, dei paesaggi e della geomorfologia del litorale; prevenire e/o ridurre gli effetti dei rischi naturali e, in particolare, dei cambiamenti climatici; conseguire la coerenza tra iniziative pubbliche e private e tra tutte le decisioni adottate da pubbliche autorità, a livello nazionale, regionale e locale, che hanno effetti sull'utilizzo delle zone costiere[83]. Tra i conseguenti pilastri su cui la gestione integrata delle zone costiere è fondata vi è l'esigenza che ogni decisione sia informata a una preventiva verifica della capacità di carico delle zone costiere, e quindi sulla conoscenza e valutazione anticipata degli effetti, garantendo un orizzonte di sostenibilità alle diverse attività antropiche che si concentrano nella fascia litora-

condizionandola alla previa definizione del necessario quadro di contesto"). Cfr., inoltre, Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2018, n. 1862.

[80] In argomento G. Sciullo, *La "resilienza" della tutela del paesaggio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 775.

[81] Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2017, n. 4439.

[82] Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2002/413/CE.

[83] Art. 5 Protocollo sulla gestione integrata delle zone costiere del Mediterraneo (approvato con decisione Consiglio UE 2010/631/UE).

nea[84]. Da tanto consegue anche la necessità di adeguare al nuovo assetto valoriale i tradizionali strumenti di amministrazione, tra cui le concessioni a uso turistico ricreativo, subordinando lo sfruttamento turistico alla verifica della capacità di carico del tratto costiero interessato[85].

6. La scarsità delle risorse naturali secondo l'Adunanza plenaria: critica e rischio di una confutazione basata, a sua volta, su dati meramente quantitativi.

Le peculiarità risultanti dalla specifica disciplina nazionale del demanio costiero, sopra descritte, non sono prese in considerazione dalla Corte di giustizia (del resto, il giudice europeo, per quanto riguarda l'interpretazione delle disposizioni del diritto nazionale, si basa sulle qualificazioni risultanti dalle decisioni di rinvio[86]), né dall'Adunanza plenaria nelle sentenze nn. 17 e 18 del 2021, incentrate sulla compatibilità delle proroghe *ex lege* al principio della concorrenza.

Come la Corte di giustizia (ma anche l'ANAC[87]), l'Adunanza plenaria ha adottato una prospettiva funzionalistica, rilevando che "il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale … ad un operatore economico, consentendo a quest'ultimo di utilizzarlo come asset aziendale e di svolgere, grazie ad esso, un'attività d'impresa … va considerato, nell'ottica della direttiva 2006/123, un'autorizzazione …"; ha aggiunto che si tratta di autorizzazione contingentata, con conseguente applicazione dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein*[88].

---

[84] E. Boscolo, *La gestione integrata delle zone costiere in Italia: prospettive e prime esperienze*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2011, 44-45.

[85] E. Boscolo, *La gestione integrata,* cit., 45. Cfr., in merito alla necessità di superare una prospettiva meramente economica del tema, per abbracciare una visione d'insieme che tenga conto di diversi aspetti la cui connessione e interdipendenza è stata spesso trascurata, M. Gnes, *Le spiagge e le coste: problema o risorsa?*, cit., 20; G. Della Cananea, *Le concessioni del demanio marittimo: un mutamento di prospettiva,* in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari,* cit., 23; M. De Benedetto, *Dalle spiagge alle coste: una strategia regolatoria*, *ivi*, 42; E. Scotti, *Il regime delle spiagge nell'era del ritorno dello Stato*, cit., 153.

[86] Cfr. CGUE, 6 ottobre 2015, *Târşia*, in C-69/14, punto 13 e giurisprudenza ivi citata: "non spetta alla Corte di giustizia, nell'ambito della cooperazione giudiziaria istituita dall'articolo 267 TFUE, rimettere in discussione o verificare l'esattezza dell'interpretazione del diritto nazionale operata dal giudice nazionale, in quanto tale l'interpretazione rientra nella competenza esclusiva di tale giudice. Inoltre, quando è sottoposta ad una domanda di pronuncia pregiudiziale da parte di un giudice nazionale, la Corte di giustizia deve fondare il proprio ragionamento sull'interpretazione del diritto nazionale quale le è stata fornita da tale giudice". Cfr. inoltre, le conclusioni dell'avvocato generale Szpunar nella causa *Promoimpresa*, pt. 33.

[87] Cfr., ad esempio, segnalazione ANAC n. 4 del 6 settembre 2022.

[88] In un contesto in cui a seguito di una prima procedura di infrazione sono state abrogate le disposizioni in tema di diritto di insistenza e rinnovo automatico, contestualmente disponendo ripetute proroghe *ex lege* delle concessioni in essere in attesa di un'auspicata – ma non ancora attuata – riforma del sistema delle concessioni, l'Adunanza plenaria, in coerenza con l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia, ha ribadito "il principio secondo cui il diritto dell'Unione impone che il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali marittime … avvenga all'esito di una procedura di evidenza pubblica, con conseguente incompatibilità della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica *ex lege* fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni in essere". Da ciò consegue il dovere di disapplicazione delle norme statali incompatibili generalizzato, sussistente, cioè, in capo sia agli organi giurisdizionali che alle amministrazioni concedenti e la qualificazione degli atti di proroga già adottati *tamquam non essent* – senza neppure necessità o obbligo di impugnazione –, siccome meramente ricognitivi della normativa oggetto di disapplicazione (e ciò anche in presenza di un giudicato favorevole, ricorrendo un rapporto di durata). Come anticipato nelle note iniziali, una delle sentenze gemelle è stata cassata con rinvio dalla Cassazione, che ha dichiarato assorbiti però i motivi concernenti il tema della proroga *ex lege* delle concessioni.

Per l'Adunanza plenaria la scarsità delle risorse naturali va considerata "in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della quantità del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti"; nel considerare l'entità delle aree potenzialmente ancora concedibili al fine di valutare se il regime di proroga *ex lege* possa creare una barriera all'ingresso di nuovi operatori, l'Adunanza plenaria, valorizzando la capacità attrattiva del patrimonio costiero nazionale complessivamente inteso, i dati forniti dal Sistema informativo del demanio sull'occupazione delle coste sabbiose in Italia, la circostanza che in alcune regioni sia previsto un limite quantitativo massimo di costa concedibile (nella maggior parte dei casi coincidente con la percentuale già assentita), ha concluso nel senso della scarsità.

La scarsità è stata dunque affermata sulla base di un dato quantitativo generale nazionale, esponendo l'Adunanza plenaria alle critiche che hanno evidenziato, tra l'altro, come dovrebbero essere le singole amministrazioni comunali, competenti a gestire il demanio e a indire le procedure di evidenza pubblica, a stabilire quando nel loro territorio ci si trovi dinanzi a risorse scarse[89].

Il ragionamento seguito dall'Adunanza plenaria apre al rischio di confutazioni della indisponibilità fondate anch'esse – esattamente come l'assunto da confutare – su dati nazionali quantitativi (come i primi esiti del lavoro istruttorio del Tavolo tecnico inducono a pensare[90]).

L'iter argomentativo del supremo consesso si confarebbe, piuttosto, a un sistema "a domanda"[91], che i profili trattati in precedenza conducono però a escludere.

A conclusioni analoghe in punto di scarsità si può pervenire, piuttosto, attraverso un percorso argomentativo che, considerata la specificità di questi beni e il quadro normativo di riferimento, tenga conto: - della peculiare natura del demanio costiero e della naturale destinazione all'uso generale, mentre l'uso particolare è rimesso a valutazioni ampiamente discrezionali e, quindi, non prevedibili (considerazione che incide nella valutazione della disponibilità di aree ulteriori, rendendola impossibile ove ope-

[89] M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari"*, cit., 349.

[90] I risultati dell'attività istruttoria svolta dal Tavolo tecnico istituito ai sensi del citato art. 10-*quater* d.l. 29 dicembre 2022, n. 198 sono stati oggetto di un comunicato stampa pubblicato il 5 ottobre 2023 dal governo italiano (https://www.governo.it/it/articolo/concessioni-demaniali-marittime-lacuali-e-fluviali-riunione-del-tavolo-tecnico-del-5). Ivi si rappresenta che, in merito alle aree demaniali marittime (aree lacuali e fluviali escluse), "è risultato che la quota di aree occupate dalle concessioni demaniali equivale, attualmente, al 33 per cento delle aree disponibili" (solo "al netto di aree militari e secretate" e senza distinzione in base alle caratteristiche, rocciose o sabbiose, della costa). In merito ai limiti di tali dati, esito di una valutazione globale operata solo a livello nazionale, secondo un approccio generale e astratto che non prende in considerazione le competenze regionali e locali in questo settore, cfr. il Parere motivato della Commissione europea 16 novembre 2023 *ex* art. 258 TFUE nonché la recente Lettera di risposta del governo italiano del 16 gennaio 2024, dove la rilevanza dei dati oggetto nel comunicato stampa viene ridimensionata a quella di "risultati parziali e intermedi" dell'attività istruttoria, non conclusivi "di un procedimento di raccolta, elaborazione e valutazione di dati che, data la complessità della materia e l'assenza di prassi consolidate a livello europeo, richiede congrui tempi di realizzazione". Con riguardo al dato del 33% nazionale, la Risposta osserva che si tratta di una prima indicazione quantitativa delle aree effettivamente occupate a livello nazionale, cui dovrà seguire il dato disaggregato a livello regionale.

[91] Cfr. E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza*, cit., 1225: "Il metodo del *first come first serve* è inappropriato per l'allocazione di un bene la cui condizione di scarsità si è fatta ormai evidente e deriva non solo dalla morfologia delle coste ma anche dal riconoscimento di insuperabili limiti ambientali che si traducono in previsioni limitative sancite da piani degli utilizzi redatti tenendo in adeguata considerazione i diversi interessi che si concentrano sulla costa e preceduti da valutazione ambientale strategica".

rata in via generale e astratta e in assenza dei piani di settore prescritti); della pianificazione degli usi del demanio marittimo, ove esistente, quale strumento deputato ad attestare l'esistenza di aree ulteriori rispetto a quelle oggetto di concessione[92], e la cui mancanza, secondo qualificata dottrina[93], impedirebbe l'esercizio stesso del potere concessorio.

La recente (16 gennaio 2024) Lettera di risposta fornita dal governo italiano al Parere motivato della Commissione europea reso nell'ambito della procedura di infrazione avviata nel 2020[94] mostra di adottare, invece, una prospettiva radicalmente opposta laddove, a fronte della necessità rilevata dalla Commissione di considerare il limite quantitativo massimo di costa concedibile stabilito con legge in molte regioni e di escludere le aree non passibili di concessione dai criteri di valutazione sulla disponibilità di risorsa, replica che è necessario mantenere distinti due momenti del processo regolatorio, quali la fase di rilevazione dei tratti di costa astrattamente destinabili allo svolgimento di attività economica a scopo turistico-ricreativo e la fase di esercizio delle scelte relative alla destinazione effettiva ad attività economiche delle aree disponibili.

7. Considerazioni conclusive.

L'analisi svolta conferma l'impellente necessità di una regolamentazione del settore, diretta sia a fornire certezza giuridica agli operatori e agli attuali concessionari (la tutela degli investimenti dei quali esula dal tema delle presenti note, ma si pone con altrettanta urgenza), sia a rendere effettive sul piano normativo le peculiarità del demanio costiero. In una dialettica tra uso generale e particolare rispettosa della funzione del demanio, l'uso generale (garantito e prioritario) può aprire a esperienze di gestione proprie dei beni comuni; per le aree per le quali sia pianificato un uso particolare, la concorrenza, adeguatamente regolamentata, può essere un moltiplicatore di utilità comuni. Se, in relazione alla natura *ex se* scarsa della risorsa qui sostenuta, il principio della concorrenza va rispettato, è infatti altrettanto doveroso non ridurre la disciplina delle concessioni alla stregua di un mero rapporto economico dominato dalla regola della concorrenza (intesa come "valore tiranno"[95]), tenendo in debita considerazione anche le esigenze connesse alla natura di tali beni: la direttiva *Bolkestein* lascia del resto agli Stati membri (par. 3 dell'art. 12) la possibilità di organizzare le procedure bilanciando i numerosi interessi pubblici in gioco, come la tutela delle identità culturali, la peculiarità dei tratti costieri e le esigenze di salvaguardia ambientale, o altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario.

Allo stato attuale, nulla è previsto in merito ai criteri della selezione, risultando troppo generico, in relazione alle plurime valenze del bene in questione, quanto indicato all'art. 37 cod. nav. (che indica i criteri dell'uso più proficuo e rispondente a un più rilevante interesse pubblico)[96] o il

[92] M. Ragusa, *Demanio marittimo e concessione*, cit., 579.
[93] F. Francario, *Il demanio costiero*, cit.
[94] Si rinvia alla nota 71.
[95] Cfr. E. Scotti, *Il regime delle spiagge nell'era del ritorno dello Stato*, cit., 151.
[96] Come rilevato dal TAR Puglia, Lecce, Sez. I, ord. 11 maggio 2022, n. 743, la procedura di gara prevista dal cod. nav. non

richiamo nell'art. 13, comma 5, Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023), per i contratti attivi che offrono opportunità di guadagno economico, dei principi generali di cui agli artt. 1, 2 e 3[97].

La laconicità delle norme vigenti apre al contenzioso[98] e non garantisce che la selezione possa diventare essa stessa strumento di gestione attiva del demanio funzionale a orientare l'utilizzo da parte del concessionario dei diritti di esclusiva verso il perseguimento degli interessi pubblici sottesi alla demanialità stessa del bene pubblico.

Su tale ultima linea si poneva, invece, la Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021[99], che, nel delegare il governo ad adottare, nel termine inutilmente scaduto di sei mesi, uno o più decreti legislativi in materia di affidamento delle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative e sportive (art. 4), elencava tra le finalità quelle di assicurare un più razionale e sostenibile utilizzo del demanio marittimo, lacuale e fluviale, favorirne la pubblica fruizione e promuovere, in coerenza con la normativa europea, un maggiore dinamismo concorrenziale, nel rispetto delle politiche di protezione dell'ambiente e del patrimonio culturale[100].

Con riguardo alle aree in concessione, la delega mirava ad assicurare un'adeguata considerazione dei vari interessi pubblici implicati dalla materia, dovendo la riforma prevedere in sede di affidamento della concessione la valorizzazione di "obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori, della protezione dell'ambiente e della salvaguardia del patrimonio culturale", riproducendo le clausole di carattere generale menzionate nel paragrafo 3 dell'art. 12 della direttiva. Tra i principi e criteri direttivi vi era la determinazione di criteri omogenei per l'individuazione delle aree suscettibili di affidamento in concessione, assicurando l'adeguato equilibrio tra le aree demaniali in concessione e le aree libere o libere attrezzate[101].

Nell'ottica della protezione dell'ambiente e del patrimonio culturale, la delega mirava ad assicurare il minimo impatto sul paesaggio, sull'ambiente e sull'ecosistema, stabilendo una preferenza per i programmi

è idonea ad attuare la direttiva Bolkestein poiché non prevede un'adeguata forma di pubblicità dell'avviso pubblico e dispone la valutazione comparativa solo in caso di compresenza di più domande.

[97] Sulla cui applicazione cfr. C. Volpe, *Concessioni demaniali marittime: un'ulteriore puntata di una storia infinita*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 26 aprile 2023.

[98] Cfr. Parere motivato della Commissione europea 16 novembre 2023, cit., che evidenzia come "Il turismo costiero e i servizi ricreativi, settore cruciale per l'economia italiana, rimangono … in una grave situazione di incertezza giuridica, a scapito dei diritti di tutte le parti coinvolte. Infatti, la reiterata proroga della durata delle attuali 'concessioni balneari' non solo scoraggia l'ingresso di nuovi prestatori di servizi innovativi, ma … crea una situazione di incertezza giuridica, all'origine di un grave pregiudizio anche per gli attuali concessionari".

[99] L. 5 agosto 2022, n. 118.

[100] In argomento le considerazioni di E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza*, cit., 1225: "la gara … in quanto modulo duttile agli obiettivi che il banditore si prefigge di perseguire, consente di selezionare l'offerta ritenuta migliore ad una valutazione multicriteria. Nel settore delle concessioni su beni pubblici ad elevata valenza ambientale la gara diviene quindi strumento multivalente per un corretto bilanciamento tra esigenze di efficienza dello sfruttamento, ragioni di massima valorizzazione economica del bene e istanze di sostenibilità"; in tale modo le "gare divengono … uno strumento di politica gestionale attiva del demanio".

[101] A. Cossiri, *Tutela del patrimonio naturale culturale e la gestione delle spiagge: l'annosa vicenda delle concessioni demaniali ad uso turistico*, *in* A. Caligiuri, M. Ciotti *(a cura di), Sostenibilità ambientale e gestione del patrimonio culturale marittimo. Riflessioni e proposte, Napoli, 2023,* 64, evidenzia come la disposizione crei "uno spazio di tutela sia del bene naturale e paesaggistico in sé, sia della comunità locale, per la quale l'area costituisce anzitutto uno spazio pubblico, che deve restare, almeno in parte, liberamente fruibile anche da coloro che scelgono di non utilizzare servizi a pagamento".

di intervento con un utilizzo responsabile di attrezzature non fisse e completamente amovibili. Rilevante era anche la destinazione di una quota del canone a interventi di difesa delle coste e del relativo capitale naturale e di miglioramento della fruibilità delle aree demaniali libere. Era inoltre valorizzata la dimensione sociale della sostenibilità, in relazione alla struttura economica prevalente dell'impresa balneare italiana tradizionale rappresentata dalla micro-dimensionalità imprenditoriale. In ordine alla tutela dei lavoratori del settore, la riforma avrebbe dovuto prevedere clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato nell'attività del concessionario uscente.

Ai fini della scelta del concessionario, avrebbero dovuto essere valutate la qualità e le condizioni del servizio offerto agli utenti alla luce del programma di interventi indicati dall'offerente per migliorare l'accessibilità e la fruibilità del demanio anche da parte dei soggetti con disabilità. Era poi rivolta attenzione all'altrettanto importante esigenza di tutela dei concessionari uscenti tramite la previsione di un indennizzo[102].

I ritardi del legislatore hanno comportato che l'attenzione sulle concessioni si sia focalizzata quasi esclusivamente sul profilo economico e della concorrenza, trascurando la complessità di questi beni e l'esigenza di approdare a un regime delle concessioni in grado di ritrovare la funzione pubblica del demanio costiero, per la quale la previa pianificazione e la disciplina delle selezioni risultano essere fondamentali.

Giuseppina Mari

[102] Su cui Cons. Stato, Sez. VII, ord. 17 gennaio 2024, n. 138.

IX.
Interdittiva antimafia

1. Cause di esclusione non più escludenti: continuità del possesso dei requisiti, informazione interdittiva antimafia e controllo giudiziario (nota a sentenza Consiglio di Stato, V sez n. 8481 del 2023)*

Sommario: 1. Breve ricostruzione della vicenda contenziosa. – **2.** Sull'efficacia temporale dell'ammissione al controllo giudiziario. – **3.** Continuità del possesso dei requisiti tra interdittive antimafia e controllo giudiziario.

1. Breve ricostruzione della vicenda contenziosa.

Il rapporto tra antimafia e amministrazione si intensifica ed intreccia alla luce degli interventi normativi nonché dei contributi della giurisprudenza e della dottrina[1].

Le recenti riforme del sistema antimafia sono giustificate dalla volontà di contrastare il fenomeno criminale che mostra una sempre più sottile e abile vocazione imprenditoriale.

L'obiettivo delle nuove misure si distacca dalla tradizionale ratio sanzionatoria-ablatoria, riconducendosi alla bonifica delle economie che, seppur esposte a tentativi di infiltrazione mafiosa, dimostrano, comunque, autonomia gestionale[2].

Tale complesso apparato, oggi più di ieri, non si esaurisce in sé stesso ma è posto in stretta correlazione con le disposizioni del nuovo Codice dei Contratti pubblici[3].

In tale contesto, le questioni più problematiche risultano dalla valutazione e dalla

---

* Seppur frutto di un lavoro unitario è possibile attribuire il 2 paragrafo al Prof. Renato Rolli i restanti alla dott.ssa Martina Maggiolini.

[1] *Ex multis* si consenta il rinvio a R. Rolli, *L'informazione antimafia come "frontiera avanzata" (nota a sentenza Consiglio di Stato Sez. III n. 3641 dell'08.06.2020)*, in *Giustiziainsieme*, 2020.

[2] Si veda M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in *Giustiziainsieme*, 2022.

[3] Si consenta anche il rinvio a R. Rolli, F. De Cicco, *Mafia e contratti pubblici: ciò che cambia col nuovo codice*, in *Ratio Iuris*, 2023.

portata degli effetti di ciascuna misura antimafia.

In tale contesto, si vuole segnalare la pronuncia di seguito annotata al fine di chiarire il rapporto che intercorre tra misura interdittiva antimafia e l'ammissione al controllo giudiziario.

Il Consiglio di Stato sez. V ha reso sentenza n. 8481 del 2023 sul ricorso in appello della Srl mandataria di costituendo Rti con altra s.r.l. contro il Comune di Roma per la riforma della sentenza semplificata resa dal TAR Lazio.

La ricorrente impugnava al TAR Lazio la determinazione dirigenziale di revoca di precedente aggiudicazione di procedura negoziata giusto art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Invero a carico della società risultava l'iscrizione nel casellario informatico dell'ANAC conseguente all'annotazione a suo carico del provvedimento antimafia.

La società chiedeva l'annullamento del provvedimento di revoca invocando la sospensione temporanea degli effetti interdittivi della cancellazione dalla *white list*, in ragione della sua successiva ammissione alla misura del controllo giudiziario, sostenendo il venir meno, ai sensi del novellato comma 7 art. 34 bis Cod. Ant. (per come modificato dall'art. 47, comma 1, lett. c, del d.l. n. 152 del 2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 233 del 2021) del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione sancito all'art. 94, comma primo, del d.lgs. n. 159 del 2011.

L'Amministrazione costituitasi precisava che il controllo giudiziario non poteva avere effetti retroattivi in sanatoria della precedente perdita dei requisiti di carattere generale poiché esso rileva soltanto per le gare indette successivamente all'ammissione alla misura di prevenzione.

Il TAR adito respingeva il ricorso, sul presupposto che "*l'ammissione al controllo giudiziario di cui all'art. 34 bis del d.lgs. n. 159 del 2011 non ha conseguenze sui provvedimenti di esclusione e di revoca dell'aggiudicazione che siano stati adottati ai sensi dell'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, i cui effetti contestualmente si producono e si esauriscono in maniera definitiva nell'ambito della procedura di gara, di modo che non v'è possibilità di un ritorno indietro per via della predetta ammissione*".

La Società, dunque, gravava tale pronuncia.

L'Amministrazione costituendosi concludeva per l'infondatezza dell'appello.

Il Consiglio di Stato respingeva il gravame per le ragioni che seguono.

2. Sull'efficacia temporale dell'ammissione al controllo giudiziario.

L'evoluzione dell'ordinamento, che supera l'approccio punitivo e individua strumenti alternativi, impone una particolare attenzione per una sua corretta interpretazione ed applicazione[4].

Pertanto, è utile partire dalla posizione del Consiglio di Stato ove si evidenziava come il provvedimento di esclusione gravato veniva motivato col venir meno della continuità del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, di cui all'art. 80, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, dovendo gli stessi essere posseduti ininterrottamente in tutte

[4] Per tutti G. Amarelli, *La Cassazione riduce i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario ed i poteri cognitivi del giudice ordinario*, in *sistemapenale*, 2022.

le fasi sia della procedura di selezione che dell'esecuzione[5].

Ora, consolidata giurisprudenza ha ribadito il principio secondo cui il controllo giudiziario può solamente sospendere in modo temporaneo gli effetti della misura interdittiva, ma non già eliminare quelli *medio tempore* prodotti dall'interdittiva stessa nei rapporti in corso[6].

Anche il legislatore del Codice d.lgs n. 50/2016 non ha voluto attribuire efficacia retroattiva al provvedimento di ammissione al controllo giudiziario rispetto agli effetti dell'interdittiva.

Dunque, in ragione di ciò, gli operatori economici ammessi al controllo giudiziario possono partecipare alle gare pubbliche indette successivamente all'ammissione alla misura alternativa, proprio in ragione della sospensione temporanea degli effetti della stessa.

Una opposta interpretazione si porrebbe, secondo i Giudici di Palazzo Spada, in contrasto con la *ratio* della previsione delle cause di esclusione, atteso che gli effetti del tentativo di infiltrazione mafiosa non si esauriscono solo nella "preponderante" fase di gara, ma rilevano anche nella successiva fase di esecuzione del contratto.

Secondo tale argomentazione verrebbero meno, dunque, le finalità dell'interdittiva antimafia, ovvero la tutela del rapporto con l'amministrazione da eventuali contagi mafiosi che infettano l'economia sana, manipolano la concorrenza e minacciano l'ordine e la sicurezza pubblica.

Pertanto, in questa ottica, il controllo giudiziario ex art. 34-*bis* sospende gli effetti dell'interdittiva ma non elimina quelli già prodotti dall'interdittiva stessa.

A *fortiori* anche l'ANAC ha evidenziato che "*in assenza di una disposizione che esplicitamente riconosca alla sospensione degli effetti interdittivi dell'antimafia conseguente all'ammissione al controllo giudiziario efficacia derogatoria nei confronti del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione, la perdita in corso di gara del requisito dell'assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa non può considerarsi sanata, ai fini della partecipazione, dall'ammissione alla misura di prevenzione di cui all'art. 34 bis del D.lgs. n. 159/2011*"[7].

Nel medesimo solco la giurisprudenza, a più riprese, chiarisce che l'ammissione al controllo giudiziario di cui all'art. 34-*bis* d.lgs. n. 159 del 2011, non ha rilevanza sui provvedimenti di esclusione, i cui effetti contestualmente si producono e si esauriscono in maniera definitiva nell'ambito della procedura di gara complessivamente considerata, al fine di evitare possibili regressioni in conseguenza all'ammissione stessa.

Anche nel caso in commento i Giudici segnalano il principio dell'efficacia solo per l'avvenire dell'ammissione al controllo giudiziario e, *medio tempore*, della possibilità di partecipare da 'controllate' ad altre procedure di gara[8].

[5] *Ex multis*, Cons. Stato, III, 14 dicembre 2022, n. 10935; V, 6 ottobre 2022, n. 8558; Ad. plen. 20 luglio 2015, n. 8.

[6] *Ex multis*, Cons Stato, V, n. 8558 del 2022.

[7] Nel parere precontenzioso di cui alla delibera n. 29 del 26 gennaio 2022.

[8] Cfr. Cons. Stato, V, 14 aprile 2022, n. 2847.

3. Continuità del possesso dei requisiti tra interdittive antimafia e controllo giudiziario.

Sulla base di studi già consolidati è possibile affermare la natura cautelare e di "frontiera avanzata" nell'anticipazione della soglia di prevenzione dell'interdittiva antimafia[9]. Il provvedimento prefettizio, come noto, determina una particolare forma di incapacità giuridica e, dunque, l'insuscettività del soggetto destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive che determinino rapporti giuridici con la pubblica amministrazione[10].

Dunque, per effetto dell'interdittiva l'operatore economico è privato di ogni possibilità di essere titolare di rapporti con la PA.

È pur vero però che detta impossibilità risulta (talvolta) temporanea poiché può venire meno per il tramite di un successivo provvedimento liberatorio dell'autorità prefettizia.

Pertanto, al fine di cogliere l'effettività delle misure antimafia occorre analizzare lo stretto legame tra le stesse ed il Codice dei Contratti Pubblici (Dlgs 50/2016) applicato alla controversia in commento, il quale prevedeva che "*Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.*Resta fermo, altresì, quanto previsto dall'articolo 34 –bis commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159".

Ed inoltre che: "*Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5".*

Ed ancora l'art. 34-*bis* d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 precisa che "*Le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lett.b) del comma 2 del presente articolo*". Ed ancora, "*il provvedimento che dispone (…) il controllo giudiziario ai sensi del presente articolo sospende il termine di cui all'art. 92, comma 2, nonché gli effetti di cui all'articolo 94. Lo stesso provvedimento è comunicato dalla cancelleria del tribunale al prefetto della provincia in cui ha sede legale l'impresa, ai fini dell'aggiornamento della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia di cui all'articolo 96, ed è valutato anche ai fini dell'applicazione delle misure di cui all'articolo 94- bis nei successivi cinque anni".*

Così, consolidata giurisprudenza ritiene che l'ammissione al controllo giudiziario non incida sulla sussistenza dei pericoli di infiltrazione mafiosa, atteso che "non costituisce un superamento dell'interdittiva, ma in un certo modo ne conferma la sussistenza"[11].

[9] Si consenta il rinvio a R. Rolli, *L'informazione antimafia come "frontiera avanzata"*, cit.

[10] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3247.

[11] *Ex multis* Cons. Stato n. 6377/2018; Cons. Stato 3268/2018.

Invero, il controllo giudiziario interviene in contesti in cui l'interdittiva può rappresentare l'estrema *ratio* ritenendo che il contagio possa essere reciso attraverso strumenti meno invasivi e paralizzanti.

Pertanto, ove interviene il provvedimento interdittivo e successivamente l'operatore economico viene ammesso al controllo giudiziario non è possibile escludere a priori gli effetti del provvedimento interdittivo.

Così, per l'affidamento di appalti pubblici l'intervenire di un provvedimento interdittivo interrompe il possesso dei requisiti richiesti che devono sussistere in modo continuo non solo per tutta la durata della procedura di aggiudicazione ma anche per l'intera fase di esecuzione.

Va allora ribadito che i Giudici di Palazzo Spada cristallizzano il principio dell'efficacia solo per l'avvenire dell'ammissione al controllo giudiziario, con la conseguente possibilità di partecipazione in situazioni di controllo a procedure di gara successivamente indette[12]. Indagando i principi che reggono l'intero apparato, la giurisprudenza non ritiene condivisibile l'opportunità di essere reintegrato successivamente nella fase di esecuzione per effetto dell'ammissione al controllo giudiziario per l'operatore economico escluso da una procedura poiché attinto da informativa antimafia.

La questione pone non pochi spunti, (in parte superati) con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Occorre, dunque, come in ogni fase di transizione e di cambiamento interrogarsi su ciò che cambia, ciò che rimane uguale e ciò che rimane non detto.

Sembra opportuno segnalare l'essenziale modifica delle cause di esclusione oggi previste dall'art. 94 del nuovo Codice dei Contratti pubblici ed in particolare il comma 2 che prevede, come ulteriore ipotesi di esclusione, l'applicazione all'operatore economico delle misure interdittive previste all'interno del d.lgs. n. 159/2011 (Codice cd. antimafia), con l'eccezione dell'impresa che è stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34bis del medesimo decreto, prevedendo: *La causa di esclusione di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011 non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 34-bis del medesimo codice. In nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione della pendenza del procedimento suindicato*.

Conclusivamente la novità rispetto al d.lgs. n. 50/2016 è da ravvisarsi per l'appunto nella irrilevanza della causa di esclusione discendente dall'emissione di una misura interdittiva antimafia, ove l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ex art. 34-bis del d.lgs. n. 159/2011 entro la data di aggiudicazione.

Il legislatore ha inteso ampliare la portata del controllo giudiziario come strumento di "bonifica", riconoscendo così all'operatore economico più ampie possibilità di riconduzione ad economie sane.

La previsione del nuovo Codice rappresenta un tassello fondamentale nella prevenzione delle controversie relative allo stretto, e troppo spesso, controverso rapporto tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario.

Renato Rolli e Martina Maggiolini

[12] cfr. Cons. Stato, V, 14 aprile 2022, n. 2847.

2. Atomo scisso e silenzio prefettizio: tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario (nota a TAR Reggio Calabria, 25 gennaio 2024, n. 68)*

Sommario: 1. Breve ricostruzione della vicenda contenziosa. – **2.** Sull'autonomia funzionale tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario. – **3.** Il silenzio dell'autorità prefettizia tra legislazione e giurisprudenza.

1. Breve ricostruzione della vicenda contenziosa.

Il rapporto tra controllo giudiziario e interdittiva antimafia conduce l'operatore del diritto a porsi interrogativi sempre differenti. Detto binomio impone costante attenzione, al fine di cogliere appieno la portata dei due istituti nella loro sfera individuale e nella loro sinergia; nonché al fine di individuare e superare i limiti che si palesano nella loro applicazione[1].

Nella pronuncia in commento, il giudice di *prime cure*, è stato investito dal ricorso dell'impresa individuale che chiedeva l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dall'autorità prefettizia a fronte dell'istanza di revisione della valutazione interdittiva.

Nonostante il susseguirsi dei solleciti, l'amministrazione si limitava a confermare la pendenza dell'istruttoria finalizzata all'aggiornamento dello status dell'impresa.

Intanto l'impresa otteneva dal Tribunale delle Misure di Prevenzione l'ammissione alla misura del controllo giudiziario di cui all'art. 34-*bis* D.lgs. n. 159/2011 e sulla scorta di ciò l'amministrazione eccepiva l'improcedibilità del ricorso per difetto d'interesse, motivandola in ragione della dichiarata insussistenza, da parte della Prefettura, dell'obbligo di definire l'istanza di riesame fino all'esito della misura di cui all'art. 34-*bis* Codice antimafia.

Il giudice, argomentando per come segue, concludeva per l'accoglimento del ricorso con contestuale dichiarazione d'illegittimità del silenzio della Prefettura e ordinava di provvedere in maniera espressa.

---

* Seppur frutto di un lavoro unitario è possibile attribuire il terzo paragrafo al Prof. Renato Rolli i restanti alla dott.ssa Martina Maggiolini.

[1] Si rinvia ampiamente a M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in *L'Amministrativista*, 2022

2. Sull'autonomia funzionale tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario.

Occorre indagare l'estensione dell'istituto del controllo giudiziario *ex* art. 34-*bis* del decreto legislativo n. 159 del 2011, segnatamente riguardo ai riflessi che si producono sulla sfera giuridica dell'impresa destinataria di provvedimento interdittivo antimafia.

Risulta necessario segnalare la presenza di un ampio ventaglio di misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa nell'economia che variano di intensità e pervasività in modo proporzionale al livello di contagio mafioso.

L'applicazione di tali misure, ha posto nel tempo interrogativi sempre differenti, ai quali la dottrina e la giurisprudenza hanno tentato di rispondere ponendo a sistema i due istituti.

La soluzione più convincente appare quella secondo cui i due istituti risultano vasi comunicanti che non si riversano l'uno nell'altro bensì mantengono il proprio contenuto a comparti stagni.

Così, il massimo organo della giustizia amministrativa, recentemente, ha indagato il rapporto che intercorre tra il provvedimento interdittivo antimafia e il controllo giudiziario con le pronunce dell'Adunanza Plenaria n. 6 e 7 del 2023[2].

Ora, risulta chiaro come il controllo giudiziario volontario può essere chiesto dalle «imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto», quando, ai sensi del comma 1, l'agevolazione di soggetti indiziati di appartenere ad organizzazioni di stampo mafioso «risulta occasionale».

Già all'indomani dell'introduzione dell'istituto del controllo giudiziario è stato messo in discussione anche da chi scrive il potere-dovere del giudice amministrativo di decidere i ricorsi avverso il provvedimento interdittivo antimafia, ove l'impresa abbia ottenuto dal Tribunale della prevenzione la misura del controllo giudiziario.

Sul punto l'Adunanza Plenaria ha ritenuto che, in forza della normativa vigente, è valido l'orientamento che riconosce l'autonomia dei procedimenti e che l'ammissione al controllo giudiziario non impedisca che vada definito senza ritardo il giudizio amministrativo di impugnazione avverso quest'ultima.

A conferma di ciò, è condivisibile l'orientamento secondo cui si ritiene che, ove anche l'interdittiva non venga annullata all'esito del giudizio di impugnazione devoluto al giudice amministrativo e, dunque, risulti accertata sulla scorta del principio del più probabile che non l'esistenza di infiltrazioni mafiose nell'impresa, non per questo si deve ritenere venuta meno l'esigenza di risanare la stessa. È in tale circostanza altresì necessario intervenire con gli strumenti vigenti al fine di dare la possibilità all'impresa di reinserirsi nell'economia sana.

In tal senso, oltre alla lettura della disposizione normativa, depone la sua funzione risanatrice. Il controllo giudiziario si avvia a seguito del provvedimento prefettizio antimafia ma si fonda su un'autonoma valuta-

[2] Si consenta il rinvio a R. Rolli, V. Bilotto, F. Bruno, I*nterdittive antimafia e controllo giudiziario volontario: l'adunanza plenaria mette la parola fine (?) al dibattuto rapporto tra i due istituti*, in *Ratio Iuris*, 2023; R. Rolli, V. Bilotto, F. Bruno, *Interdittive antimafia e il loro difficile (e travagliato) rapporto con il controllo giudiziario volontario: un quadro di insieme in attesa dell'adunanza plenaria*, in *Ratio Iuris*, 2023.

zione prognostica del Tribunale della prevenzione di superamento delle circostanze occasionali di condizionamento[3].

Dunque, postulare la sospensione del giudizio di impugnazione avverso il provvedimento interdittivo condurrebbe a snaturare la funzione intrinseca del processo tramutandolo in uno strumento per l'attivazione di ulteriori mezzi di tutela allontanandolo dalla naturale *ratio* di tutela di situazioni giuridiche.

Sicché, l'Adunanza plenaria ritiene che non è rilevabile alcun rapporto di pregiudizialità tra il giudizio di impugnazione dell'interdittiva antimafia e il controllo giudiziario.

Pertanto, è altresì fermo che l'attivazione del controllo giudiziario non inficia la possibilità di ottenere la liberatoria dall'informativa antimafia.

L'intero apparato si fonda e si giustifica sull'autonomia funzionale dei due istituti. Il controllo giudiziario trae origine dal provvedimento interdittivo e ne risulta atomo scisso ma orbitante dal momento successivo.

Ribadita l'autonomia degli accertamenti di competenza del Tribunale della prevenzione penale rispetto a quelli svolti dall'autorità prefettizia, in sede di rilascio delle informazioni antimafia, deve a fortiori ritenersi libera la decisione prefettizia circa la liberazione dell'impresa destinataria di interdittiva[4].

In conclusione, risulta evidente come l'interdittiva antimafia si fonda su una valutazione statica di elementi da cui può scaturire l'attivazione del controllo giudiziario *ex* art. 34-*bis* cd. Codice antimafia. Quest'ultimo viaggia, da questo momento in poi, su un binario parallelo.

3. Il silenzio dell'autorità prefettizia tra legislazione e giurisprudenza.

La staticità della valutazione dell'interdittiva antimafia impone un contemperamento degli interessi coinvolti al fine di evitare inutili ed ingiuste compressioni di diritti costituzionalmente garantiti.

Così, la Corte Costituzionale[5] fonda la legittimità dell'informativa interdittiva antimafia, riconoscendo la sua funzione avanzata nella lotta contro il condizionamento mafioso, nella sua funzione anticipatoria della difesa della legalità.

Solo una misura così camaleontica risulta essere idonea a recidere ogni legame con

[3] Sul punto si segnala la sentenza della Cassazione, Sezioni Unite penali, 19 novembre 2019, n. 46898, che ha affermato che quest'ultimo istituto costituisce una «risposta alternativa da parte del legislatore: perché alternativa è la finalità di queste, volte non alla recisione del rapporto col proprietario ma al recupero della realtà aziendale alla libera concorrenza, a seguito di un percorso emendativo», contraddistinta dal presupposto dell'«occasionalità della agevolazione dei soggetti pericolosi» e dalla valutazione prognostica incentrata «sulle concrete possibilità che la singola realtà aziendale ha o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano», sulla base del 'controllo prescrittivo' del Tribunale della prevenzione penale.
Così Adunanza plenaria 7/2023: " la pendenza del controllo giudiziario a domanda *ex* art. 34-*bis*, comma 6, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, non è causa di sospensione del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva".

[4] Così Adunanza plenaria 7/2023: " la pendenza del controllo giudiziario a domanda *ex* art. 34-*bis*, comma 6, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, non è causa di sospensione del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva".

[5] Sentenza del 26.03.2020, n. 57.

l'ambiente mafioso ove ciò risulta più probabile che non[6].

Ciò rappresenta un allontanamento dallo stato di diritto che si giustifica esclusivamente nella volontà di intervenire e tutelare il preponderante interesse pubblico.

Pertanto, l'invasività di tale strumento impone la necessaria ponderazione dei contrapposti valori, escludendo circostanze in cui il soggetto destinatario di provvedimento interdittivo sia privato della sua identità d'impresa.

Insieme a pochi altri, una delle previsioni normative necessarie ad assicurare la sopravvivenza e il corretto esercizio dell'attività economica è certamente il "carattere provvisorio della misura", per come previsto dall'art. 86 comma 2 D.lgs. n. 159/2011, cui segue l'obbligo della Prefettura di provvedere all'aggiornamento degli elementi posti a base della stessa, per come espressamente previsto dal successivo art. 91 comma 5.

Sicché, una delle forme di tutela del privato è rinvenibile nella validità temporale limitata a dodici mesi del provvedimento interdittivo, al termine del quale, l'autorità prefettizia è tenuta a procedere alla verifica della persistenza o meno delle circostanze fondanti l'interdittiva, con il diretto effetto, nella positiva ipotesi, del reinserimento dell'impresa nel mercato libero e sano.

Al fine di scongiurare la compressione ingiustificata di un diritto costituzionalmente garantito quale la libertà d'impresa in modo prolungato è necessario che l'amministrazione proceda senza indugio alla rivalutazione dell'apparato che sorregge il provvedimento interdittivo.

Nondimeno, l'impresa ha il diritto ad ottenere una rivalutazione della sua posizione nel mercato al fine di evitare inutili limitazioni che risulterebbero illegittime.

Nel caso di specie, il comportamento inerte dall'autorità prefettizia risulta dunque in contrasto tanto con il più generale principio previsto all'art. 2 L. n. 241/90, tanto con la disciplina speciale del codice antimafia in tema di rinnovazione di valutazione del provvedimento interdittivo di cui all'art. 91 comma 5 D.lgs. n. 159/2011, a mente del quale il "prefetto, anche sulla documentata richiesta dell'interessato, aggiorna l'esito dell'informazione al venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa"[7].

La pronuncia in commento merita pertanto di essere segnalata per l'affermazione dell'obbligo dell'amministrazione di evadere le istanze di aggiornamento dell'informazione antimafia per scongiurare il rischio di inutili compressioni che possono comportare la morte economica dell'impresa e per non penalizzare proprio le imprese che si siano dimostrate più collaborative al risanamento.

In conclusione, il rapporto di condizionamento tra il controllo giudiziario ed il procedimento amministrativo di revisione *ex* art. 91 comma 5 del Codice Antimafia, entrambi *in itinere* nei confronti dell'impresa ricorrente, muove nel senso diametralmente opposto a quello posto in essere dall'autorità prefettizia nel caso di specie.

Renato Rolli e Martina Maggiolini

[6] Si consenta il rinvio a R. Rolli, *L'informativa antimafia come "frontiera avanzata" (Nota a sentenza Cons. Stato, Sez. III, n. 3641 dell'8 giugno 2020)*, in Questa *rivista*, 3 luglio 2020.

[7] Cfr., tra le tante, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 3.08.2023, n. 661; 23.09.2022, n. 633.

X.
Sanzioni amministrative

1. La CGUE ribadisce la necessità del "coordinamento" tra i procedimenti ai fini della deroga al *ne bis in idem* anche per le sanzioni sostanzialmente penali (Nota a CGUE, sentenza 14 settembre 2023, causa C-27/22)

Sommario: 1. Premessa. – **2.** Il procedimento sanzionatorio e la vicenda giudiziaria. – **3.** La decisione della CGUE: la ricevibilità e la prima questione pregiudiziale. – **3.1.** La decisione della CGUE: la seconda questione pregiudiziale – **3.2.** La decisione della CGUE: la terza questione pregiudiziale. – **4.** Il *ne bis in idem*: da garanzia processuale a garanzia sostanziale. Ricadute applicative. – **5.** Il recepimento in ambito interno. Considerazioni di sistema.

1. Premessa.

Con la sentenza del 14 settembre 2023 la Corte di Giustizia dell'Unione Europea conferma la propria adesione alla nozione sostanzialista di «*materia penale*», da cui discende l'applicazione dello statuto giuridico proprio delle pene anche alle sanzioni che, sebbene formalmente amministrative, siano considerate penali sulla scorta dei cd. *Engel criteria*.

In tale contesto, torna a pronunciarsi sui requisiti richiesti ai fini della deroga al principio del *ne bis in idem*, ritenendo irrinunciabile la verifica in ordine alla sussistenza di un effettivo coordinamento tra i diversi procedimenti.

La pronuncia si è resa necessaria per fare luce nel clima di incertezza generato dalle interpretazioni evolutive che, a più riprese, hanno interessato il principio in esame.

2. Il procedimento sanzionatorio e le vicende giudiziarie.

Con decisione del 4 agosto 2016 l'AGCM ha irrogato in solido alla Volkswagen Group Italia SpA, (VWGI) e alla Volkswagen Aktiengesellschaft (VWAG) una sanzione pecuniaria di importo pari a 5 milioni di euro per aver posto in essere pratiche commerciali scorrette ai sensi dell'articolo 20, secondo comma, dell'articolo 21, primo

comma, lettera b), e dell'articolo 23, primo comma, lettera d), del codice del consumo[1].

In dettaglio, alle due società sono state contestate da un lato, l'installazione, sui veicoli diesel commercializzati a far data dal 2009, di un software finalizzato ad alterare la misurazione dei livelli di emissione di ossidi di azoto durante i test per il controllo delle emissioni inquinanti; dall'altro, la diffusione di messaggi pubblicitari contenenti informazioni relative all'attenzione prestata da tali società al livello delle emissioni inquinanti e all'asserita conformità dei veicoli in questione alle norme di legge. Il provvedimento è stato impugnato dinnanzi al T.a.r. Lazio.

Quando il ricorso dinnanzi al giudice amministrativo si trovava ancora pendente, la procura di Braunschweig (Germania) ha irrogato alla VWAG una sanzione pecuniaria di importo pari a 1 miliardo di euro in ragione della contestata manipolazione dei gas di scarico di taluni motori diesel del gruppo Volkswagen. Nell'ambito di tale decisione è stato precisato che, mentre una parte dell'importo complessivo – pari a 5 milioni di euro – sanzionava la condotta illecita, la restante somma era destinata a privare la VWAG dei benefici economici ricavati dall'installazione del software *de quo*.

La decisione tedesca è divenuta definitiva il 13 giugno 2018, quando la VWAG, versando la sanzione pecuniaria, ha formalmente rinunciato alla proposizione del ricorso. Conseguentemente, nell'ambito del procedimento pendente dinnanzi al T.a.r. Lazio, la VWGI e la VWAG hanno dedotto l'illegittimità sopravvenuta della decisione controversa per violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'articolo 50 della Carta e all'articolo 54 della CAAS.

Con sentenza del 3 aprile 2019, il giudice di primo grado ha respinto il ricorso ritenendo che il principio invocato non osti al mantenimento della sanzione pecuniaria prevista dalla decisione impugnata; avverso tale sentenza la VWGI e la VWAG hanno proposto appello.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto di dover risolvere preliminarmente la questione relativa all'applicazione del principio del *ne bis in idem* al caso di specie. A tal fine, ha osservato che dalla giurisprudenza della Corte[2] risulta che l'articolo 50 della Carta dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria

[1] In dettaglio, ai sensi dell'art. 20, co. 2 «Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori»; ai sensi dell'articolo 21, co. 1 «È considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso: (...) b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto»; ai sensi dell'articolo 23, co. 1, lett. d) : «Sono considerate in ogni caso ingannevoli le seguenti pratiche commerciali: (...) d) asserire, contrariamente al vero, che un professionista, le sue pratiche commerciali o un suo prodotto sono stati autorizzati, accettati o approvati, da un organismo pubblico o privato o che sono state rispettate le condizioni dell'autorizzazione, dell'accettazione o dell'approvazione ricevuta».

[2] Ed in particolare il riferimento è alla nota sentenza del 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, causa C-537/16.

di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva.

Il giudice di secondo grado, interrogatosi innanzitutto sulla qualificazione della sanzione oggetto della controversia, ha richiamato la ormai costante giurisprudenza della Corte, così concludendo per il riconoscimento della sua natura sostanzialmente penale.

In secondo luogo, il giudice di secondo grado ha osservato che il principio del *ne bis in idem* mira ad evitare che un'impresa sia condannata o perseguita una seconda volta, circostanza questa che presuppone che la prima decisione non sia più impugnabile. Con particolare riferimento alla questione se la decisione dell'AGCM e la decisione tedesca riguardino gli stessi fatti, il Consiglio di Stato ha rilevato «*l'analogia, se non l'identità*», nonché l'«*omogeneità*» dei comportamenti oggetto di tali due decisioni, precisando altresì che, benché la sanzione dell'AGCM sia stata irrogata in un tempo antecedente, la decisione tedesca sia quella divenuta definitiva per prima.

In terzo e ultimo luogo, il giudice di secondo grado, dopo aver ricordato che una limitazione al principio del *ne bis in idem* può essere giustificata sulla scorta dell'articolo 52, paragrafo 1, si è interrogato sulla eventuale rilevanza ai fini di tale disposizione della normativa del codice del consumo oggetto di applicazione nella decisione controversa.

All'esito di siffatte considerazioni, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte i seguenti quesiti interpretativi: in primo luogo, se le sanzioni irrogate in tema di pratiche commerciali scorrette, ai sensi della normativa interna attuativa della direttiva 2005/29, siano qualificabili alla stregua di sanzioni amministrative di natura penale; in secondo luogo, se l'articolo 50 della Carta vada interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale che consente di confermare in sede processuale una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale per condotte illecite che integrano pratiche commerciali scorrette, per le quali nel frattempo è stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico in uno Stato membro diverso, laddove la seconda condanna sia divenuta definitiva anteriormente al passaggio in giudicato dell'impugnativa giurisdizionale della prima sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale; da ultimo, se la disciplina di cui alla direttiva 2005/29, con particolare riferimento agli articoli 3, paragrafo 4, e 13, paragrafo 2, lettera e), possa giustificare una deroga al divieto di *ne bis in idem* stabilito dall'articolo 50 della Carta e dall'articolo 54 della CAAS[3].

3. La decisione della CGUE: la ricevibilità del ricorso e la prima questione pregiudiziale.

Preliminarmente la Corte, respingendo entrambi gli argomenti sostenuti dall'AGCM, dichiara ricevibili le questioni pregiudiziali.

Innanzitutto, per quanto attiene all'eccezioni secondo cui nel caso di specie l'articolo 50 della Carta e l'articolo 54 della CAAS

[3] Così Cons. Stato, Sez. VI, ord. 7 gennaio 2022, n. 68.

non troverebbero applicazione in quanto la normativa tedesca rilevante non deriverebbe dal diritto dell'Unione, chiarisce che la decisione controversa è stata adottata sulla base della normativa italiana; quest'ultima, nella misura in cui recepisce la direttiva 2005/29, costituisce attuazione del diritto dell'Unione con conseguente applicazione della Carta. Parimenti, per quanto riguarda l'interpretazione dell'articolo 54 della CAAS, ricorda che la CAAS fa parte integrante del diritto dell'Unione in forza del protocollo n. 19 sull'*acquis* di Schengen, allegato al Trattato di Lisbona.

Inoltre, con riferimento al rilievo secondo cui nel caso di specie non sussisterebbe l'identità dei fatti, in quanto la decisione dell'AGCM e la decisione tedesca riguarderebbero persone e condotte diverse, la Corte osserva che le questioni relative alla interpretazione del diritto dell'Unione sono di regola assistite da una presunzione di rilevanza. Sul punto, ritiene che l'AGCM non abbia assolto l'onere della prova a suo carico, non essendo riuscita a dimostrare che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta dal giudice del rinvio non abbia alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale o riguardi un problema di carattere ipotetico.

Passando ad esaminare nel merito le questioni pregiudiziali, per rispondere al primo quesito la Corte ribadisce che la natura penale dei procedimenti e delle sanzioni, ai fini dell'applicazione dell'art. 50 della Carta, deve essere vagliata sulla scorta di tre criteri, e segnatamente: la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, la natura medesima dell'illecito e il grado di severità della sanzione[4].

Ebbene, nel caso di specie, la sanzione e il procedimento di cui all'art. 27, co. 9 cod. cons. risultano qualificati come "amministrativi"; questo dato, tuttavia, non è di per sé ostativo all'applicazione dell'art. 50 CDFUE, dovendosi compiere una verifica alla luce degli ulteriori criteri.

Per quanto attiene alla natura dell'illecito, questa impone di verificare se la sanzione persegua una finalità repressiva, eventualmente anche non disgiunta da una preventiva. Nel caso di specie, la sanzione prevista da tale disposizione si aggiunge, obbligatoriamente, alle altre misure che l'AGCM può adottare rispetto a pratiche commerciali scorrette e che comprendono, in particolare, il divieto di proseguire o ripetere le pratiche in questione. Tant'è che, secondo quanto osservato dal Governo italiano, sarebbe proprio tale ultimo divieto a svolgere una funzione repressiva, con la conseguenza che la sanzione *de qua* avrebbe la diversa finalità di privare l'impresa interessata dell'indebito vantaggio concorrenziale acquisito.

Tuttavia, un siffatto scopo non è affatto menzionato nella disposizione in esame; inoltre, anche a ritenere che sia questa la finalità, la circostanza che la sanzione pecuniaria varia a seconda della gravità e della durata dell'illecito di cui trattasi testimonia una certa gradualità e progressività tipica delle sanzioni. Da ultimo, lo scopo di privare l'impresa dell'indebito vantaggio acquisito collide con la previsione di un importo massimo (il raggiungimento dello scopo sarebbe infatti vanificato in tutti quei casi in cui l'indebito vantaggio concorrenziale superi tale soglia) e di un importo minimo (nell'ambito di determinate pratiche com-

[4] Così sentenza del 4 maggio 2023, MV – 98, C-97/21, EU:C:2023:371.

merciali scorrette quest'ultimo potrebbe infatti risultare superiore al vantaggio concorrenziale).

Per quanto concerne infine il terzo criterio, la Corte rileva come il grado di severità venga valutato in funzione della pena massima, con la conseguenza che una sanzione amministrativa pecuniaria che può raggiungere un importo di 5 milioni di euro presenta un grado di severità tale da far propendere per il riconoscimento della natura penale.

Sulla scorta di siffatte argomentazioni, la Corte conclude ritenendo che l'art. 50 della Carta deve essere interpretato nel senso che una sanzione amministrativa pecuniaria prevista dalla normativa nazionale, irrogata a una società dall'autorità nazionale competente in materia di tutela dei consumatori per pratiche commerciali sleali, benché sia qualificata come sanzione amministrativa dalla normativa nazionale, costituisce una sanzione penale quando persegue una finalità repressiva e presenta un elevato grado di severità.

3.1. La decisione della CGUE: la seconda questione pregiudiziale.

Con riferimento al secondo quesito la Corte ricorda che l'applicazione del principio del *ne bis in idem* è soggetta a una duplice condizione, vale a dire, da un lato, che vi sia una decisione definitiva anteriore (*bis*) e, dall'altro, che gli stessi fatti siano oggetto tanto della decisione anteriore quanto del procedimento o della decisione successivi (*idem*)[5].

Nel caso di specie, la decisione tedesca è divenuta definitiva il 13 giugno 2018 e dunque in epoca successiva alla decisione dell'AGCM sicché, rettamente, la stessa non è stata invocata nell'ambito del procedimento dinnanzi all'autorità amministrativa italiana. Ad opposte conclusioni deve giungersi a seguito dell'acquisizione del carattere di definitività, in conseguenza del quale la medesima decisione può certamente essere fatta valere dinnanzi al giudice amministrativo; a nulla rilevando la circostanza che la stessa sia divenuta definitiva a seguito del pagamento e della rinuncia alla contestazione da parte della VWA[6].

Per quanto attiene al requisito dell'*idem*, dalla formulazione dell'articolo 50 della Carta discende che esso vieta di perseguire o sanzionare penalmente una stessa persona più di una volta per lo stesso reato. Ebbene, da un lato, entrambe le decisioni riguardano la stessa persona giuridica, vale a dire la VWAG, a nulla rilevando la circostanza che la decisione AGCM sia diretta anche alla VWGI; dall'altro, il criterio rilevante ai fini della valutazione della sussistenza di uno stesso reato è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato[7].

Nel caso di specie, il giudice del rinvio prende in considerazione una situazione in cui una persona giuridica è oggetto di sanzioni di natura penale per gli stessi fatti nell'ambito di due procedimenti distinti, con la conseguenza che, secondo tale giu-

[5] Cfr. sentenza del 22 marzo 2022, bpost, C-117/2.

[6] Il principio del *ne bis in idem*, infatti, trova applicazione indipendentemente dalle specifiche modalità con cui la singola decisione è divenuta definitiva.

[7] Così sentenza del 22 marzo 2022, bpost, C-117/20, EU:C:2022:202

dice, la condizione dell'*idem* risulterebbe soddisfatta. Tuttavia, la Corte rileva come il medesimo giudice faccia altresì riferimento all'«*analogia*» e all'«*omogeneità*» dei fatti, condizioni, queste ultime, insufficienti ai fini dell'applicazione del principio del *ne bis in idem*.

Sul punto, la Corte osserva in primo luogo che la negligenza nella supervisione dell'attività da parte di un'organizzazione con sede in Germania (oggetto della decisione tedesca) è condotta distinta dalla commercializzazione in Italia di veicoli muniti di un impianto vietato e dalla diffusione di pubblicità ingannevole in tale Stato membro (oggetto della decisione AGCM). In secondo luogo, nella misura in cui la decisione tedesca riguarda la commercializzazione di veicoli muniti di un siffatto impianto di manipolazione vietato anche in Italia, nonché la diffusione di messaggi pubblicitari scorretti relativi alle vendite di tali veicoli, la mera circostanza che un'autorità di uno Stato membro menzioni un elemento di fatto che riguarda il territorio di un altro Stato membro non può essere sufficiente per ritenere che tale elemento di fatto sia stato considerato tra gli elementi costitutivi di tale infrazione; a tali fini, piuttosto, occorre da un lato, accertare che tale autorità si sia effettivamente pronunciata su detto elemento di fatto nell'accertamento dell'infrazione, dall'altro, dimostrare la responsabilità della persona perseguita per tale infrazione ed eventualmente sanzionarla[8]. In terzo luogo, dalla decisione tedesca risulta che le vendite di siffatti veicoli in altri Stati membri sono state prese in considerazione dalla Procura in sede di calcolo della somma di 995 milioni di euro, disposta a carico della VWAG. In quarto luogo, la stessa Procura ha espressamente rilevato che, trattandosi di medesimi fatti[9], il principio del *ne bis in idem*, quale sancito nella costituzione tedesca, osterebbe all'irrogazione di ulteriori sanzioni penali al gruppo Volkswagen.

Alla luce delle considerazioni che precedono, la Corte ritiene che il principio del *ne bis in idem* sancito all'articolo 50 della Carta deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che consente il mantenimento di una sanzione pecuniaria di natura penale irrogata a una persona giuridica per pratiche commerciali sleali nel caso in cui tale persona abbia riportato una condanna penale per gli stessi fatti in un altro Stato membro, anche se detta condanna è successiva alla data della decisione che irroga tale sanzione pecuniaria ma è divenuta definitiva prima che la sentenza sul ricorso giurisdizionale proposto avverso tale decisione sia passata in giudicato.

3.2. La decisione della CGUE: la terza questione pregiudiziale.

Prima di rispondere al terzo quesito, la Corte ricorda la propria facoltà di riformulare le questioni sottopostele. Nel caso di specie, i giudici di Lussemburgo ritengono che i riferimenti normativi indicati dal giudice del rinvio[10] non siano rilevanti ai fini della soluzione della controversia.

[8] V., in tal senso, sentenza del 22 marzo 2022, Nordzucker e a., C-151/20, EU:C:2022:203, punto 44).

[9] Ed in effetti, l'installazione di detto impianto, il rilascio dell'omologazione, nonché la promozione e la vendita dei veicoli in questione costituiscono un insieme di circostanze concrete inscindibilmente connesse tra loro.

[10] Vale a dire l'articolo 54 della CAAS, l'articolo 3, paragrafo 4, e l'articolo 13, paragrafo 2, lettera e), della direttiva 2005/29.

In primo luogo, l'articolo 54 della CAAS mira a garantire che una persona condannata che abbia scontato la sua pena o, viceversa, che sia stata definitivamente assolta in uno Stato membro, possa circolare all'interno dello spazio Schengen senza dover temere di essere perseguita per gli stessi fatti in un altro Stato membro[11]; il procedimento principale, tuttavia, attiene a due imprese con sede l'una in Germania e l'altra in Italia, sicché la norma in esame non appare rilevante. In secondo luogo, l'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29 dispone che, in caso di contrasto tra le disposizioni di tale direttiva e altre norme dell'Unione disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, queste ultime debbano essere ritenute prevalenti; dall'ordinanza di rinvio, però, non risulta che nel caso di specie sussista un contrasto tra norme dell'Unione. In ogni caso, poiché l'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29 mira specificamente ad evitare un cumulo di procedimenti e di sanzioni, tale disposizione non è rilevante al fine di stabilire in quali circostanze siano ammesse deroghe al principio del *ne bis in idem*. In terzo luogo, l'articolo 13, paragrafo 2, lettera e), della direttiva non è applicabile *ratione temporis* al procedimento principale, poiché tale disposizione, introdotta dalla direttiva 2019/2161, è in vigore solo a far data dal 28 maggio 2022.

Tanto premesso, i giudici di Lussemburgo ritengono che, con la sua terza questione, il giudice del rinvio abbia chiesto, in sostanza, a quali condizioni siano ammesse limitazioni al principio del *ne bis in idem*, sancito dall'articolo 50 della Carta.

Limitazioni di tal fatta possono essere giustificate sulla base dell'articolo 52, paragrafo 1 a condizione che: siano previste dalla legge, garantiscano il contenuto essenziale di detti diritti e libertà e, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie per il perseguimento di finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o per la protezione di diritti e libertà altrui. Nel caso di specie, è compito del giudice del rinvio verificare se l'intervento di ciascuna delle autorità nazionali interessate fosse previsto dalla legge e se tale requisito possa dirsi rispettato anche laddove vengano in considerazione normative diverse.

Con riferimento al perseguimento di un obiettivo di interesse generale, la Corte osserva che le due normative nazionali perseguono obiettivi legittimi e distinti, e nello specifico: la disposizione tedesca mira a far sì che le imprese e i loro dipendenti agiscano nel rispetto della legge e sanziona, pertanto, l'inadempimento colposo dell'obbligo di vigilanza nell'ambito di un'attività imprenditoriale; di contro, le norme del codice del consumo applicate dall'AGCM recepiscono la direttiva 2005/29 e mirano a conseguire un livello elevato di tutela dei consumatori, contribuendo nel contempo al corretto funzionamento del mercato interno.

Riguardo al principio di proporzionalità, quest'ultimo richiede che il cumulo di procedimenti e di sanzioni previsto dalla normativa nazionale non superi i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, è opportuno ricorrere alla meno restrittiva. La circostanza che due procedimenti perseguano obiettivi di interesse

[11] V., in tal senso, sentenze del 29 giugno 2016, Kossowski, C-486/14 e del 28 ottobre 2022, Generalstaatsanwaltschaft München C-435/22.

generale distinti – la cui tutela cumulativa risulta legittima –, può essere presa in considerazione quale fattore diretto a giustificare tale cumulo, a condizione che tali procedimenti siano complementari e che l'onere supplementare rappresentato da tale cumulo possa trovare giustificazione proprio nel perseguimento dei due diversi obiettivi.

Sulla scorta di siffatte argomentazioni, la Corte ribadisce pertanto che, affinché un cumulo possa essere giustificato, occorre che siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire: che tale cumulo non costituisca un onere eccessivo per l'interessato; che esistano norme chiare e precise che consentano di prevedere quali atti e omissioni possano essere oggetto di cumulo; che i procedimenti in questione siano stati condotti in modo sufficientemente coordinato e ravvicinato nel tempo[12].

Ebbene, per quanto attiene alla prima di tali condizioni, la Corte osserva che la decisione dell'AGCM prevede una sanzione pecuniaria di cinque milioni di euro, che si aggiungerebbe alla sanzione pecuniaria di un miliardo di euro irrogata dalla decisione tedesca. Considerato che la VWAG ha accettato tale ultima sanzione pecuniaria, non risulta che la sanzione irrogata dall'AGCM – il cui importo peraltro corrisponde soltanto allo 0,5% della sanzione impartita dalla decisione tedesca – abbia avuto come conseguenza l'eccessiva onerosità del cumulo; né, in senso contrario, rileva la circostanza che l'AGCM abbia irrogato la sanzione massima prevista dalla legge.

Quanto alla seconda condizione, la Corte ritiene che, nonostante il giudice del rinvio non abbia fatto menzione di disposizioni tedesche o italiane che prevedano specificamente la possibilità di un cumulo, la VWAG avrebbe comunque potuto prevedere che la propria condotta potesse comportare l'apertura di procedimenti e la conseguente irrogazione di sanzioni in almeno due Stati membri, in ragione della violazione di norme applicabili alle pratiche commerciali sleali o anche di norme diverse come quelle previste dalla legge sugli illeciti amministrativi.

Per quanto riguarda la terza condizione, i giudici di Lussemburgo rilevano che non vi è stato alcun coordinamento tra la Procura tedesca e l'AGCM, nonostante i procedimenti in questione siano stati condotti in parallelo per alcuni mesi e la stessa Procura tedesca fosse a conoscenza del provvedimento dell'AGCM nel momento in cui ha adottato la propria decisione.

Ed in effetti, sebbene il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio preveda un meccanismo di cooperazione e coordinamento tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori, la Procura tedesca, a differenza dell'AGCM, non rientra tra queste autorità. Peraltro, la Procura tedesca ha preso contatti con Eurojust proprio al fine di evitare il cumulo di procedimenti penali nei confronti della VWAG in vari Stati membri[13]; tuttavia, per i fatti oggetto della decisione tedesca, le autorità italiane non hanno rinunciato ai procedimenti penali a carico della medesima società, né AGCM ha partecipato al tentativo di coordinamento nell'ambito di Eurojust.

Sul punto, nonostante il governo italiano affermi che, per ritenere giustificato il cu-

[12] In questo senso la CGUE si era già espressa nella sentenza del 22 marzo 2022, bpost, C-117/20, punto 51).

[13] Tale circostanza risulta dalle informazioni fornite dalla VWAG all'udienza dinanzi alla Corte.

mulo, sia sufficiente verificare soltanto se il principio del *ne bis in idem* sia rispettato nella sua «*dimensione sostanziale*», così dovendosi verificare solo se la sanzione complessiva risultante dai due procedimenti non sia manifestamente sproporzionata, senza che occorra anche il coordinamento tra i due procedimenti, la Corte ribadisce che le condizioni che giustificano siffatto cumulo – così come stabilite dalla giurisprudenza della stessa CGUE –, non possono subire variazioni a seconda del caso concreto. Sicché, nonostante il coordinamento di procedimenti o sanzioni riguardanti gli stessi fatti possa rivelarsi più difficile nei casi in cui le autorità appartengano a Stati membri diversi, tali aspetti pratici non possono in ogni caso comportare una relativizzazione del requisito in questione.

Sulla sorta di tali argomentazioni la Corte conclude ritenendo che l'articolo 52, paragrafo 1, della Carta deve essere interpretato nel senso che esso autorizza la limitazione dell'applicazione del principio del *ne bis in idem*, sancito all'articolo 50 della Carta, in modo da consentire un cumulo di procedimenti o di sanzioni per gli stessi fatti, purché le condizioni previste all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, come precisate dalla giurisprudenza, siano soddisfatte, vale a dire qualora, in primo luogo, tale cumulo non rappresenti un onere eccessivo per l'interessato, in secondo luogo, esistano norme chiare e precise che consentano di prevedere quali atti e omissioni possano essere oggetto di cumulo e, in terzo luogo, i procedimenti di cui trattasi siano stati condotti in modo sufficientemente coordinato e ravvicinato nel tempo.

4. Il *ne bis in idem*: da garanzia processuale a garanzia sostanziale. Ricadute applicative.

La sentenza in commento interviene nel clima di incertezza generato dalle rivisitazioni che hanno interessato il principio in esame. Infatti, com'è noto, l'istituto del *ne bis in idem*, da tempo presente nell'ordinamento interno ed europeo, grazie all'apporto della giurisprudenza ha subito diverse innovazioni che ne hanno mutato – con esiti differenti – il campo applicativo.

Nello specifico, sul piano sovranazionale, il principio si trova sancito da un lato, dall'art. 50 CDFUE[14] e dall'art. 54 della Convenzione di Schengen[15]; dall'altro, dall'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU[16]. I due concetti non sono tra loro slegati dovendo semmai essere intesi in un rapporto di armonia e coerenza, in virtù della clausola orizzontale di salvaguardia di cui all'art. 52 CDUE in base alla quale, quando la Carta riconosce un diritto corrispondente ad uno previsto dalla CEDU, deve garantire almeno lo stesso livello di tutela[17]. In ambito interno, il princi-

[14] Il quale prevede il divieto di perseguire o condannare una persona per un reato per il quale sia già stata assolta o condannata nell'Unione con sentenza penale definitiva. In questa versione, il principio *de quo* attiene ai rapporti tra Stati membri e si applica solo nell'attuazione del diritto UE.

[15] Secondo cui una persona già giudicata con sentenza definitiva in uno Stato contraente non può essere sottoposta, per i medesimi fatti, ad un procedimento penale in un altro Stato contraente.

[16] Tale disposizione vieta che ogni persona possa essere perseguita o condannata penalmente dallo stesso Stato per un reato per il quale sia già stata assolta o condannata con sentenza definitiva.

[17] Per un commento alla clausola di salvaguardia si rinvia a F. Ferraro – N. Lazzerini, *Art. 52*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 1061 ss. Sui rapporti tra CDUE e CEDU cfr. B. Nascimbene, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali:*

pio è poi codificato dall'art. 649 c.p.p., che sancisce il divieto di sottoporre l'imputato, già prosciolto o condannato con decisione divenuta irrevocabile, ad un secondo giudizio per il medesimo fatto.

Ebbene, entrambi i requisiti richiesti ai fini dell'applicazione della garanzia sono statti oggetto di interpretazioni evolutive da parte della giurisprudenza sovranazionale.

Da un lato, incidendo sul concetto di *idem,* la Corte EDU ha esteso il principio *de quo* anche ai casi in cui uno dei due procedimenti in questione, sebbene formalmente amministrativo, comporti l'irrogazione di una sanzione sostanzialmente penale[18]. Tale assunto trova una compiuta giustificazione nel progressivo processo di assimilazione tra le due figure, che ha interessato tanto le garanzie sostanziali quanto quelle procedimentali e processuali.

Dall'altro, la stessa Corte Edu ha operato un *revirement* in relazione alla nozione di *bis*. In dettaglio, in occasione del caso *A e B c. Norvegia,* la Grande Chambre ha chiarito che «*Non viola* il ne bis in idem *convenzionale la celebrazione di un processo penale, l'irrogazione della relativa sanzione, nei confronti di chi sia già stato sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa (nella species pari al 30% dell'imposta evasa) purché sussista tra i due procedimenti una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*»[19].

Con questa pronuncia, dunque, la Corte Edu non ha escluso che ciascuno Stato possa articolare la risposta sanzionatoria tramite procedimenti distinti, purché temporalmente vicini e prevedibili *ex ante*; di conseguenza, ha invitato gli Stati ad adottare meccanismi in grado di unificare i procedimenti sanzionatori tramite una adeguata interazione tra le varie autorità competenti.

Nell'adempiere siffatto compito, i legislatori nazionali avrebbero dovuto curare, da un lato, che l'accertamento dei fatti in un procedimento venisse utilizzato anche nell'altro procedimento, così evitando inutili duplicazioni anche a livello istruttorio; dall'altro, che la sanzione imposta nel procedimento conclusosi per primo venisse tenuta in debito conto nell'altro, il fine di irrogare un trattamento sanzionatorio complessivamente proporzionato.

All'evidenza, con una simile interpretazione la Corte Edu ha inciso in maniera significativa sulla portata del *ne bis in idem*. Il principio in esame, infatti, da garanzia "processuale assoluta" – idonea cioè ad impedire l'instaurazione di nuove azioni penali o anche solo il rischio di tali azioni – è divenuto garanzia "sostanziale relativa", in quanto dipendente dall'ulteriore requisito della connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta tra i due procedimenti[20].

---

l'orientamento della giurisprudenza, in *Riv. dir. Int.,* 2015,49 ss.; I. Anrò, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza,* in *Federalismi.it*, 2020.

[18] Cfr. Corte EDU, sent. 4 marzo 2014, caso *Grande Stevens c. Italia*. In dottrina, v. A.F. Tripodi, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato,* in *Dirittopenalecontemporaneo.it*; G.M. Flick – V. Napoleoni, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal* bis in idem *all*'e pluribus unum?, in *Rivista delle Società,* fasc. 5, 2015; S. Calvetti, *CEDU, sentenza Grande Stevens, e il diritto a non essere giudicati due volte,* in *Diritto & Giustizia*, fasc. 32, 2015, 17.

[19] Corte Edu (Grande Camera),15 novembre 2016, *A.e B. c. Norvegia,* ric. n. 24130/11 e 29758/11.

[20] Sulla tematica si rinvia a C. Lamberti, *Sanzioni e* ne bis in idem *nelle sentenze della corte europea e del giudice nazionale. L'involuzione del principio*, in *giustamm.it,* 2015. Lo stesso criterio, del resto, veniva ribadito dalla Corte qualche anno dopo, in un caso in cui la violazione del *ne bis in idem* è stata riscontrata proprio in ragione della limitata sovrapposizione nel tempo dei due procedimenti nonché della circostanza che la

Quest'ultimo corso giurisprudenziale, fondato appunto sul criterio della connessione sufficientemente stretta tra i procedimenti, ha evidenziato fin da subito molteplici criticità.

Innanzitutto, ha comportato una drastica riduzione del campo applicativo del divieto, con conseguenze ancora più dirompenti in relazione a quel processo di estensione delle garanzie CEDU cui si faceva poc'anzi riferimento.

In secondo luogo, l'indeterminatezza del criterio indicato ha l'effetto ultimo di lasciare ampio margine di apprezzamento all'interprete, il quale di volta in volta si trova a dover ricavare la regola dal singolo caso concreto, con un approccio inevitabilmente casistico e foriero di plurime incertezze.

Le problematiche indicate sembravano essere state parzialmente risolte dalla stessa Corte di Giustizia, che qualche anno fa è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione in conseguenza di tre rinvii pregiudiziali sollevati dai giudici italiani[21].

In dettaglio, con la sentenza Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, la CGUE, aderendo al medesimo orientamento della Corte Edu, ha ritenuto ammissibile il cumulo, purché nel rispetto delle condizioni indicate, vale a dire: il perseguimento di un interesse generale e di scopi complementari; l'indicazione di regole chiare e precise, tali da consentire al soggetto accusato di prevedere quali atti e quali omissioni possano costituire oggetto del cumulo; un coordinamento fra i procedimenti, al fine di limitare a quanto è strettamente necessario l'onere supplementare che un cumulo comporta; la proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio rispetto alla gravità dell'illecito[22].

Peraltro, anche in ottemperanza alla clausola di salvaguardia di cui all'art. 52 CDFUE, la CGUE ha precisato che i criteri indicati «*assicurano un livello di tutela del principio del* ne bis in idem *che non incide su quello garantito all'art. 4 del protocollo n. 7 della CEDU, quale interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*».

In altri termini, secondo i giudizi di Lussemburgo lo standard UE in materia di *ne bis in idem* sarebbe più elevato, essendo le eccezioni al divieto di cumulo meglio definite e, per tale motivo, di applicazione più circoscritta.

5. Il recepimento in ambito interno. Considerazioni di sistema.

Nonostante quell'intervento della CGUE, che negli intenti avrebbe dovuto svolgere una portata chiarificatrice, le problematiche applicative legate al nuovo corso giurisprudenziale non hanno trovato una compiuta risoluzione.

A livello interno, un parziale recepimento del *revirement* è avvenuto ad opera della

raccolta e la valutazione delle prove nei procedimenti fosse stata largamente indipendente; il riferimento è Corte Edu, 18 maggio 2017, *Jóhannesson c. Islanda*.

[21] Il riferimento è in particolare a: causa *Menci*, sollevata dal Tribunale di Bergamo; causa *Garlsson* e causa *Di Puma,* sollevata dalla II sez. civile della Cassazione, tutte riunite dalla CGUE e decise con sentenza Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16.

[22] In dottrina si rinvia a B. Nascimbene, *Il divieto di* bis in idem *nella elaborazione della Corte di Giustizia dell'Unione europea,* in *Sistema penale*, 2020, fasc. 4, 95-108; L. Mariconda, *Diritto antitrust e ne bis in idem nel dialogo tra le corti europee*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 4, dicembre, 2020, 1053; S. Schiavone, *La nozione di "*idem*" nel dialogo tra Corti: un unico criterio per una tutela effettiva, anche in materia di concorrenza*, in *Cassazione Penale*, fasc. 7-8, luglio 2022.

Corte Costituzionale che, intervenuta per rigettare l'ennesima q.l.c. dell'art. 649 c.p.p., lo ha fatto proprio in ossequio ai nuovi dettami indicati nella causa *A e B c. Norvegia*.

Nello specifico, la Consulta ha sottolineato come si sia passati «*dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti*» tra loro indipendenti, alla facoltà di «*coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati ad un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva*»[23].

Nella medesima occasione la Corte ha auspicato un intervento normativo, anche al fine di evitare che la soluzione del problema venisse lasciata agli organi giudicanti[24]. Questi ultimi, infatti, proprio in ragione della laconicità del principio enunciato, a cui spesso si aggiunge l'elevato tecnicismo della materia, risultano privi di chiari riferimenti legislativi.

Tant'è che, proprio a riprova delle persistenti difficoltà interpretative, il giudice amministrativo ha sollevato il nuovo rinvio pregiudiziale a cui la CGUE ha risposto con la sentenza in commento[25].

Come in parte già anticipato, all'atto della verifica circa la sussistenza delle condizioni necessarie ai fini della deroga al *ne bis in idem*, erano emersi i seguenti elementi fattuali: mancanza di una regola chiara e certa che rendesse prevedibile il doppio binario; assenza di qualsiasi forma coordinamento fra i procedimenti indicati; sanzione irrogata nella misura massima in entrambi i casi.

Trattandosi peraltro di una materia diversa (vale a dire quella attinente alle pratiche commerciali scorrette) da quella rispetto alla quale la Corte era già intervenuta per recepire il *ne bis in idem* come garanzia "sostanziale" (rappresentata generalmente dal tema delle manipolazioni del mercato), la Sesta Sezione ha ritenuto di dover chiedere chiarimenti interpretativi alla CGUE.

Il nuovo rinvio da parte del giudice amministrativo era apparso come una sorta di invito alla Corte di Giustizia quanto meno a circoscrivere, nella portata applicativa, le deroghe al principio in esame, a riprova della preoccupazione in ordine ai possibili effetti distorsivi in termini di garanzie.

Ed in effetti la Corte, aderendo ad una interpretazione rigida dei requisiti che giustificano le deroghe al *ne bis in idem,* sembra aver colto tali sollecitazioni, ritenendo il coordinamento tra i procedimenti elemento indispensabile ai fini delle limitazioni del principio.

Peraltro, come accennato in apertura, la decisione in commento riveste importanza anche sotto altro profilo: tale sentenza rappresenta ulteriore conferma dell'adesione, da parte della CGUE, al filone giurisprudenziale volto a vagliare la natura penalistica di una sanzione sulla scorta di criteri di matrice sostanziale.

Ed in effetti, alla base dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* si pone proprio il riconoscimento della natura sostanzialmente penale della sanzione irrogata dall'AGCM sulla scorta degli *Engel criteria*. Anche sotto tale profilo, la pronuncia non rappresenta una assoluta novità, inserendosi in quel percorso di adesione ai dettami

[23] Così Corte Cost., sent. 2 marzo 2018, n. 43.

[24] In questa direzione v. G. Angiolini, *Una giustizia ancora irrisolta: il ne bis in idem "europeo" e l'Italia,* in *Riv. it. dir. e proc. Penale,* 2018, fasc. 4, 2136.

[25] Cons. Stato, Sez. VI, ord. 7 gennaio 2022, n. 68.

sanciti dalla Corte EDU già da tempo avviato anche da parte della CGUE[26].

Dal riconoscimento della natura punitiva della sanzione deriva l'applicazione del regime giuridico proprio delle pene in senso stretto, nell'ambito di un processo di progressiva commistione tra i due modelli sanzionatori[27].

Ebbene, siffatto processo trova in questa sentenza un ulteriore passo in avanti, rappresentato dall'estensione alle sanzioni "punitive" di un'altra garanzia processuale, quale risulta essere appunto il divieto del *bis in idem*[28].

Maria Baldari

[26] Si v. in tal senso CGUE sentenze del 20 marzo 2018, Menci, C-524/15 e Garlsson Real Estate, C-537/16; del 20 marzo 2018, Di Puma e Zecca, C-596/16 e C-597/16; CGUE, sentenza 2 febbraio 2021, causa C-481/19.

[27] Sul tema, la dottrina è amplissima; tra gli altri, si rinvia a F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo,* Torino, 2018; P. Cerbo, *La nozione di sanzione amministrativa e la disciplina applicabile*, in A. Cagnazzo – S. Toschei – F.F. Tuccari (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Milano, 2016; M.A. Sandulli, *Sanzioni non pecuniarie della pa*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto,* Roma, 2015; M. Allena, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni CONSOB alla prova dei principi CEDU,* in *Giornale dir. amm.*, 2014, 1053 ss.; Id., *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e prevedibilità*, in *www.federalismi.it*.

[28] Appare il caso di precisare come, in ambito interno, l'applicazione del *ne bis in idem* alle sanzioni "punitive" sia già stata riconosciuta dalla Corte Costituzionale con la sentenza 12 maggio 2016, n. 102. Per un commento alla sentenza, si rinvia a F. Viganò, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni,* in *Dirittopenalecontemporaneo.it*, maggio 2016.

2. La responsabilità dell'*hosting provider* nella vendita *on line* di biglietti sui mercati secondari (nota a Sentenza Consiglio di Stato, Sez. VI, 05/12/2023, n. 10510)

Sommario: 1. Premessa. – **2.** I fatti per cui è causa. – **3.** (Segue) Il giudizio di primo grado. – **4.** Il giudizio di appello. La sentenza n. 10510/2023 del Consiglio di Stato. – **5.** La differenza tra *hosting provider* "passivo" e *hosting provider* "attivo" delineata dal Consiglio di Stato e il regime di responsabilità degli "*Internet Service Providers*". – **6.** (Segue) Vendita telematica dei titoli di accesso ad attività di spettacolo nei mercati secondari: ratio del divieto (introdotto dal d.lgs. 232/2016) e responsabilità dell'*hosting provider*. – **7.** (Segue) La questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 545 l. 232/2016. – **8.** Profili sanzionatori a carico dell'*hosting provider*: presupposti per la determinazione della sanzione e principio di proporzionalità. – **9.** Conclusioni.

1. Premessa.

La pronuncia in commento risulta particolarmente interessante perché ripercorre in maniera puntuale gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa dei c.d. "Internet Service Providers", delineando altresì le condotte astrattamente *contra legem* e idonee a violare (tra gli altri) il divieto di vendita sancito dall'art. 1, c. 545 della l. 11 dicembre 2016, n. 232.

La sentenza, inoltre, approfondisce e individua la *ratio* sottesa all'introduzione del divieto di vendita di biglietti sui mercati secondari e conferma la conformità al dettame costituzionale di tale divieto nonché la ragionevolezza dell'apparato sanzionatorio introdotto in materia dal legislatore.

Ulteriori profili di interesse sono infine rinvenibili nell'ultima parte della pronuncia, dove il Giudice Amministrativo perimetra e individua gli elementi che l'amministrazione deve valutare ai fini della determinazione della sanzione di cui all'art. 1, c. 545 della l. 232/2016.

2. I fatti per cui è causa.

A seguito della ricezione di esposti da parte di associazioni di categoria, di soggetti operanti nel settore dell'organizzazione di eventi musicali e di società di vendita nel mercato primario di titoli ad eventi musicali, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni avvia un'attività di controllo sul sito dell'operatore segnalato.

In esito all'espletamento di tale attività, l'Autorità accerta che, nel periodo marzo – maggio 2009, tramite il sito dell'operatore sono stati venduti biglietti relativi a trentasette eventi (concerti e spettacoli) a prezzi

maggiorati rispetto ai prezzi nominali presenti sui siti di vendita primari autorizzati.

Sulla base di tale presupposto, l'Autorità contesta all'operatore di non essersi limitato "…*a consentire la connessione dei potenziali venditori e acquirenti tramite modalità puramente tecniche, passive ed automatiche*…", ma di aver (attivamente) agevolato la vendita dei biglietti a prezzo maggiorato, fornendo una "…*complessa attività di assistenza ai potenziali venditori e acquirenti .. attraverso una "massiccia operazione di promozione" effettuata tramite una strategia "multi-piattaforma"*…"; attività di assistenza questa interessante "… *tutte le varie fasi della compravendita fino alla relativa esecuzione, compresa la riscossione del pagamento*…".

Il tutto, per fini lucrativi e allo specifico scopo di "…*trattenere le somme ad essa dovute a titoli di commissione .. oltre al rimborso delle spese di spedizione*…".

Per tali motivi, l'Autorità – ritenendo integrata da parte dell'operatore una violazione dell'art. 1, c. 545 della l. 232/2016[1] – adotta nei confronti di quest'ultimo una sanzione pecuniaria di € 3.700.000,00.

3. (Segue) Il giudizio di primo grado.

L'operatore impugna la sanzione innanzi al Tar Lazio, Roma, chiedendone il relativo annullamento.

A sostegno della richiesta di annullamento formulata, l'operatore denuncia l'illegittimità del provvedimento (anche) nella parte in cui ha qualificato in termini di "vendita" l'attività svolta dallo stesso per il tramite del proprio sito, non avvedendosi invece che tale attività avrebbe "…*ad oggetto esclusivamente l'intermediazione tra le parti della compravendita, anche tramite la fornitura di servizi di supporto "logistico", senza tuttavia alcun potere decisionale sugli elementi che determinano la eventuale illiceità della transazione*…"; nonché nella parte in cui ha omesso di rilevare che l'attività dell'operatore "…*consisterebbe nella gestione di una "bacheca virtuale" e dovrebbe .. essere qualificata in termini di hosting provider "neutrale" o "passivo" ai sensi della direttiva e-commerce, con applicazione del regime di esenzione della responsabilità previsto da quest'ultima e dalla normativa nazionale di recepimento*…".

Con il medesimo ricorso, il ricorrente denuncia altresì:

- il contrasto tra l'art. 1, c. 545 della l. 232/2016 (in attuazione del quale è stata comminata la sanzione da parte dell'Autorità) e gli artt. 41 e 117, c. 1 della Costituzione;

[1] L'art. 1, comma 545 della legge 11 dicembre 2016, n. 232 stabilisce che "…*Al fine di contrastare l'elusione e l'evasione fiscale, nonché di assicurare la tutela dei consumatori e garantire l'ordine pubblico, la vendita o qualsiasi altra forma di collocamento di titoli di accesso ad attività di spettacolo effettuata da soggetto diverso dai titolari, anche sulla base di apposito contratto o convenzione, dei sistemi per la loro emissione è punita, salvo che il fatto non costituisca reato, con l'inibizione della condotta e con sanzioni amministrative pecuniarie da 5.000 euro a 180.000 euro, nonché, ove la condotta sia effettuata attraverso le reti di comunicazione elettronica, secondo le modalità stabilite dal comma 546, con la rimozione dei contenuti, o, nei casi più gravi, con l'oscuramento del sito internet attraverso il quale la violazione è stata posta in essere, fatte salve le azioni risarcitorie. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, di concerto con l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, effettua i necessari accertamenti e interventi, agendo d'ufficio ovvero su segnalazione degli interessati e comminando, se del caso, le sanzioni amministrative pecuniarie previste dal presente comma. Non è comunque sanzionata la vendita ad un prezzo uguale o inferiore a quello nominale di titoli di accesso ad attività di spettacolo effettuata da una persona fisica in modo occasionale, purché senza finalità commerciali*…".

- l'abnormità della sanzione, avendo a suo dire l'Autorità erroneamente ritenuto integrate una "…*pluralità di azioni ripetute nel tempo* (dal ricorrente) *in relazione ai diversi eventi*…" e (conseguentemente) applicato, in sede di determinazione della sanzione, il c.d. regime del "… *cumulo materiale delle violazioni*…". A dire dell'operatore, la condotta contestata sarebbe connotata da "violazioni" "… *commesse in tempi ravvicinati*…" e "… *riconducibili ad una programmazione unitaria*…", talché le stesse dovrebbero "…*considerarsi unitariamente*…" (con conseguente, doverosa, applicazione – ai fini de computo della sanzione – del "…*più mite regime del cumulo giuridico*…").

Con la sentenza n. 3955/2021, il Tar Lazio, Roma rigetta il ricorso proposto dall'operatore.

Nella pronuncia il Giudice di primo grado sottolinea innanzitutto che l'art. 1, c. 545 della l. 232/2016 vieta l'attività di rivendita di titoli di accesso ad attività di spettacolo da parte di soggetti distinti dai titolari dei sistemi di emissione[2] al fine di contrastare l'elusione e l'evasione fiscale, nonché di assicurare la tutela dei consumatori e garantire l'ordine pubblico.

La condotta vietata – chiarisce il Tar – è delineata dalla norma in termini volutamente ampi ("vendita" e "qualsiasi altra forma di collocamento"), tali da ricomprendere ogni attività contrastante e/o elusiva del divieto ivi sancito.

Fatta tale premessa, il Tar Lazio, Roma ritiene che l'attività dell'operatore – concretizzandosi nella "…*gestione di un sito web che fornisce in via esclusiva, tramite un'articolata gestione imprenditoriale .. servizi finalizzati a favorire la conclusione di negozi giuridici…"* e ad "…*agevola*(re) *… la conclusione di vendite illecite in ragione del pagamento di un prezzo superiore a quello nominale*…" – sia violativa del richiamato art. 1, c. 545 della l. 232/2016, non potendo tale condotta *"…essere assimilata a quella di un "trasportatore" ignaro del contenuto della merce trasportata*…".

Nella medesima pronuncia il Giudice amministrativo ritiene non applicabile all'operatore il regime di esonero dalla responsabilità previsto per il c.d. "*hosting* passivo" dall'art. 16 del d.lgs. 70/2003[3] ("*Attuazione*

[2] Nella sentenza Tar Lazio, Roma n. 3955/2021 si chiarisce che "…*Per "titolari di sistemi di emissione" dei titoli si intendono i soggetti cui è stata conferita specifica autorizzazione dall'Agenzia delle Entrate, ai sensi del provvedimento della stessa Agenzia del 22 ottobre 2002 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 258 del 4 novembre 2002) recante "Autorizzazione al rilascio delle carte di attivazione relative a sistemi di emissione di titoli di accesso e di riconoscimento di idoneità di apparecchiature", che presuppone la conformità dei sistemi di emissione dei titoli di accesso al decreto del Ministero delle Finanze del 13 luglio 2000, riguardante le caratteristiche degli apparecchi misuratori fiscali, il contenuto e le modalità di emissione dei titoli di accesso per gli intrattenimenti e le attività spettacolistiche. Le misure tecniche di dettaglio sono, inoltre, contenute nel provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 27 giugno 2019 che, al capo III, punti 6.3 e 6.4, indica i parametri tecnici della procedura di cambio nominale dei titoli di accesso e della procedura di intermediazione per la rivendita, e che, come evidenziato dall'Avvocatura dello Stato, è stato oggetto di notifica alla Commissione Europea ai sensi della Direttiva (UE) 2015/1535*…".

[3] L'art. 16 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 prevede che "…*1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. 2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere,*

della direttiva 2000/31/CE inerente i servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico").

A dire del Tar, infatti, la condotta dell'operatore – essendo connotata da "…*articolate attività di ottimizzazione e promozione pubblicitaria dei titoli in vendita, definizione dei parametri giuridici ed economici della transazione, inclusi i termini di consegna e il prezzo*…" nonché "…*nella gestione operativa e nella riscossione di quest'ultimo*…" – non è qualificabile in termini di "*hosting* passivo" (ma in termini di "*hosting* attivo"[4]), con conseguente inapplicabilità dell'anzidetto regime di esonero (previsto dall'art. 16 d.lgs 70/2003).

Nella pronuncia di primo grado viene inoltre:

- rigettata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 545 l. 232/2016 sollevata dal ricorrente. La disposizione risulta infatti coerente con il principio europeo di libera circolazione dei servizi (che ammette deroghe funzionali a garantire la tutela dei consumatori e l'ordine pubblico nonché ad evitare fenomeni di elusione/evasione fiscale) e con l'art. 106 TFUE[5] (non attribuendo la norma "diritti esclusivi" nei confronti di nessun soggetto e risultando la stessa proporzionata e adeguata rispetto alle finalità perseguite), con conseguente rispetto dell'art. 117, c. 1 Cost.[6] e dei "vincoli derivanti dall'ordinamento UE". La disposizione risulta inoltre rispettosa della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.[7], in quanto "…*gli*

anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse…".

[4] Secondo la Corte di Cassazione ricorre la figura dell'"…*hosting provider attivo, sottratto al regime privilegiato* (di cui all'art. 16 del d.lgs. 70/2003), q*uando sia ravvisabile una condotta di azione (..) gli elementi idonei a delineare la figura o "indici di interferenza", da accertare in concreto ad opera del giudice del merito, sono – a titolo esemplificativo e non necessariamente tutte compresenti – le attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione: condotte che abbiano, in sostanza, l'effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte di utenti indeterminati*…" (Cass. civ., Sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708).

Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha chiarito che "…*allorché il prestatore del servizio, anziché limitarsi ad una fornitura neutra di quest'ultimo, mediante un trattamento puramente tecnico e automatico dei dati forniti dai suoi clienti, svolge un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo di tali dati…*", in particolare consistente "…*nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi e nel promuovere tali offerte, si deve considerare che egli non ha occupato una posizione neutra tra il cliente venditore considerato e i potenziali acquirenti, ma che ha svolto un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo dei dati relativi a dette offerte. In tal caso non può avvalersi, riguardo a tali dati, della deroga in materia di responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva 2000/31…*" (Corte UE, Grande Sezione, 12 luglio 2011, C-324/09, L'Orèal c. eBay, punti 112 – 117; in termini analoghi, id., 23 marzo 2010, C-236/08, Google c. Louis Vuitton, punti 109 e seguenti).

[5] L'art. 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea stabilisce che "…*1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi. 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione. 3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni*…".

[6] Ai sensi dell'art. 117, comma 1 della Costituzione "…*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonchè dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*…".

[7] Ai sensi dell'art. 41 della Costituzione "…*1. L'iniziativa economica privata è libera. 2. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.*

obiettivi perseguiti con l'introduzione della disciplina sanzionatoria all'esame (contrasto evasione /elusione fiscale, tutela dei consumatori) costituisc(o)*no interessi di rilievo tale da integrare la deroga prevista dall'art. 41 comma II della Costituzione alla libertà di iniziativa economica…*";

- ritenuta congrua e proporzionata la sanzione comminata dall'amministrazione, avendo l'autorità correttamente ritenuto che la condotta dell'operatore abbia integrato "*…plurime violazioni della stessa norma* (art. 1, c. 545 l. 232/2016)*poste in essere in tempi e con riferimento ad eventi diversi…*".

4. Il giudizio di appello. La sentenza n. 10510/2023 del Consiglio di Stato.

L'operatore impugna innanzi al Consiglio di Stato la sentenza (n. 3955/2021) del Tar Lazio, Roma, contestando la sentenza nella parte in cui ha qualificato l'attività dell'appellante in termini di "*hosting provider* attivo", in violazione degli artt. 3, 14 e 15 della direttiva 2000/31/ce e degli artt. 16 e 17[8] del d.lgs. di n. 70/2013 e sulla base di presupposti erronei e travisanti.

Con il medesimo appello, l'appellante censura la pronuncia di primo grado (anche) nella parte in cui ha ritenuto – sulla base di una motivazione asseritamente "carente" – compatibile l'art. 1, c. 545 della l. 232/2016 con l'art. 41 cost. nonché laddove ha ritenuto proporzionata e congrua la sanzione comminata dall'Autorità in suo danno.

L'appello proposto pone quindi all'attenzione del Consiglio di Stato la soluzione di tre macro questioni, ovvero:

a) quali sono gli elementi tipici dell'attività dell'*hosting provider* "attivo" (e di quello "passivo") e quali sono le condotte del "*provider*" astrattamente idonee ad integrare una responsabilità amministrativa dello stesso;
b) in quali casi e/o a quali condizioni l'attività di *hosting provider* "attivo" può determinare una violazione del divieto di vendita di cui all'art. 1, c. 545 d.lgs. 232/2006;
c) se, in linea generale, il divieto di vendita sancito dall'art. 1, c. 545 del d.lgs. 232/2006 sia costituzionalmente legittimo e rispettoso dell'art. 41 della Costituzione.

---

3. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali…".

[8] L'art. 17 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 prevede che "*…1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. 2. Fatte salve le disposizioni di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore è comunque tenuto: a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione; b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite. 3. Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente…*".

5. La differenza tra *hosting provider* "passivo" e *hosting provider* "attivo" delineata dal Consiglio di Stato e il regime di responsabilità degli *"Internet Service Providers"*.

Nella pronuncia in esame, il Consiglio di Stato ripercorre innanzitutto il quadro normativo di riferimento e la disciplina recata dal d.lgs. 9.4.2003, n. 70 in materia di "*hosting provider*".

In tale prospettiva, il giudice – dopo aver ricordato che per "provider" si intende il "*…soggetto che organizza l'offerta ai propri utenti dell'accesso alla rete internet e dei servizi connessi all'utilizzo di essa…*"[9] – rimarca l'ontologica differenza (delineata a livello giurisprudenziale) intercorrente tra la figura dell'*hosting provider* "passivo" e quella dell'*hosting provider* "attivo".

Il primo (*hosting provider* "passivo") è il soggetto che "*…pone in essere un'attività di prestazione di servizi di ordine meramente tecnico e automatico…*", senza conoscere le informazioni trasmesse o memorizzate dalle persone alle quali forniscono il servizio; laddove il secondo (hosting provider "attivo") è invece il soggetto la cui attività ha "*…ad oggetto anche i contenuti della prestazione resa…*".

Fatta la suvvista premessa, la pronuncia delinea il regime di responsabilità degli "*Internet service providers*", chiarendo che – con riferimento a tali soggetti – l'ordinamento ha affiancato alla "*…disciplina generale sulla responsabilità da fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c…*" alcune "*…norme speciali, ad alto contenuto tecnico…*", disciplinanti una tipica ipotesi di responsabilità (amministrativa) per colpa.

Si chiarisce quindi che, in linea generale, è esclusa la responsabilità del provider in tutti casi in cui non vi è una "manipolazione dei dati memorizzati", rilevando quindi (in punto di responsabilità) solo le condotte che hanno "*…in sostanza l'effetto di completare e arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte degli utenti…*".

Il regime di responsabilità degli "Internet Service Providers" passa quindi dall'accertamento di una condotta attiva dell'operatore, che può estrinsecarsi, ad esempio, nell'attività di "selezione", "indicizzazione", "organizzazione", "catalogazione", "aggregazione", "valutazione", "uso", "modifica", "estrazione" o "promozione" dei contenuti pubblicati dagli utenti[10].

[9] Nella pronuncia n. 10510/2023, il Consiglio di Stato chiarisce, nello specifico, che "*…Il provider è il soggetto che organizza l'offerta ai propri utenti dell'accesso alla rete internet e dei servizi connessi all'utilizzo di essa. Si distinguono, ai sensi del decreto in esame* (d.lgs. 70/2003)*, tre figure di soggetti che operano nel presente mercato, articolate in ragione della tipologia di prestazione resa a cui corrisponde una specifica forma di responsabilità: i) attività di semplice trasporto – mere conduit (art. 14); ii) attività di memorizzazione temporanea – caching (art. 15); iii) attività di memorizzazione di informazione – hosting (art. 16)…*".

[10] La pronuncia in esame ribadisce i principi affermati dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 7708/2019, nella quale la Suprema Corte ha riconosciuto che "*…La distinzione tra hosting provider attivo e passivo può, a ben vedere, agevolmente inquadrarsi nella tradizionale teoria della condotta illecita, la quale può consistere in un'azione o in un'omissione, in tale ultimo caso con illecito omissivo in senso proprio, in mancanza dell'evento, oppure, qualora ne derivi un evento, in senso improprio; a sua volta, ove l'evento sia costituito dal fatto illecito altrui, si configura l'illecito commissivo mediante omissione in concorso con l'autore principale. La figura dell'hosting provider attivo va ricondotta alla fattispecie della condotta illecita attiva di concorso. Al riguardo, vale la pena di ricordare l'osservazione della dottrina, secondo cui il diritto privato Europeo è*

6. (Segue) Vendita telematica dei titoli di accesso ad attività di spettacolo nei mercati secondari: *ratio* del divieto (introdotto dal d.lgs. 232/2016) e responsabilità dell'*hosting provider*.

Dopo aver ricostruito il regime di responsabilità in materia di "Internet Service Providers", il Consiglio di Stato sottolinea che l'art. 1, comma 545 della l. 11.12.2016, n. 232 vieta, in linea generale, "…*la vendita o qualsiasi altra forma di collocamento di titoli di accesso ad attività di spettacolo effettuato da soggetto diverso dai titolari, anche sulla base di apposito contratto o convenzione, dei sistemi per la loro emissione*…"; e sottolinea altresì che l'unica eccezione a tale regola (*rectius*: divieto) si ha nell'ipotesi in cui ad effettuare la vendita del biglietto sia "…*una persona fisica in modo occasionale* (e) *senza finalità commerciali*…", fermo restando che in tal caso la vendita deve comunque essere effettuata "…*ad un prezzo uguale o inferiore a quello nominale di titoli di accesso ad attività di spettacolo*…".

Le anzidette previsioni – precisa il Giudice Amministrativo – hanno chiara matrice "fiscale" e sono dirette a reprimere il c.d. bagarinaggio ovvero la vendita secondaria di biglietti da parte dei soggetti che non risultino titolari dei relativi sistemi di emissione. Il tutto, al fine di tutelare gli interessi del fisco e la disciplina in materia di diritto d'autore.

Richiamate le suvviste coordinate normative, il Giudice ritiene la sentenza impugnata immune da vizi: secondo il Consiglio di Stato, infatti, il Tar (e, prima ancora, l'AGCOM) ha correttamente qualificato l'attività dell'appellante in termini di "*hosting provider* attivo" (e ritenuto conseguentemente sussistenti a suo carico una responsabilità *ex* art. 1, c. 545 l. 232/2016).

Il contegno serbato dall'operatore è infatti rilevatore di "*..una serie di elementi indicativi dello svolgimento di un'attività connotata in termini di non mera passività*…". Depongono in tal senso, ad esempio, la "predisposizione grafica dell'offerta, organizzata per ogni singolo evento (indicizzazione)", la "predisposizione e messa a disposizione delle piante degli impianti (organizzazione)", il "suggerimento dei prezzi (catalogazione e valutazione)" e l' "aggregazione dei contenuti per singolo evento (aggregazione)".

Secondo il Consiglio di Stato, dunque, l'adozione da parte dell'operatore di una

---

pragmatico e non si cura delle architetture concettuali, avendo il legislatore comunitario il difficile compito di ottenere effettività con il "minimo investimento assiologico" ed un "minimo tasso di riconcettualizzazione"; ed il rilievo, secondo cui le norme di derivazione Europea provengono da sistemi giuridici segnati da una "tendenziale sottoteorizzazione". Dal suo canto, le pronunce della Corte di giustizia sono delimitate dai quesiti sottoposti dai giudici a quibus. Eppure, come del pari si osserva, nell'esigenza di trovare una nuova dogmatica universalmente fruibile, oltre le dogmatiche municipali, gli esponenti dell'accademia e delle corti, nei rispettivi ruoli, sono chiamati a preservare il valore della certezza del diritto: il che passa anche attraverso la riconduzione ad un sistema concettuale efficiente delle norme di derivazione Europea. Dunque, si può parlare di hosting provider attivo, sottratto al regime privilegiato, quando sia ravvisabile una condotta di azione, nel senso ora richiamato. Gli elementi idonei a delineare la figura o "indici di interferenza", da accertare in concreto ad opera del giudice del merito, sono – a titolo esemplificativo e non necessariamente tutte compresenti – le attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione: condotte che abbiano, in sostanza, l'effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte di utenti indeterminati…" (Cass. Civ., Sez. I, 19/03/2019, n. 7708).

serie di misure "attive" – indicizzazione, organizzazione, aggregazione, catalogazione e valutazione dei prodotti – funzionali ad agevolare la vendita online di biglietti (ad un prezzo superiore al loro valore nominale) unitamente alle finalità commerciali/lucrative sottese all'adozione di tali misure consuma una violazione dell'art. 1, comma 545 della l. 11.12.2016, n. 232 da parte dell'operatore, con conseguente legittimità del provvedimento sanzionatorio adottato in suo danno.

7. (Segue) La questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 545 l. 232/2016.

Nel prosieguo della pronuncia, il Consiglio di Stato chiarisce poi che l'art. 1, c. 545 della l. 232/2016 si sottrae a possibili profili e censure di incostituzionalità.

Tale disposizione – a dire del Consiglio di Stato – risulta infatti del tutto ragionevole, ben potendo "…*il legislatore fiscale (..) decidere di vietare fenomeni che siano per la loro dimensione o per il loro impatto contrari all'ordine economico*…" (fenomeni tra questi tra i quali rientra il c.d. "…*bagarinaggio informatico*…", vietato dalla disposizione *de qua* e che costituisce un vero e proprio "rischio" per l'ordine economico).

In siffatte ipotesi, il divieto non determina alcuna violazione della libertà d'impresa degli operatori, non potendosi tale libertà svolgersi "…*in contrasto con l'utilità sociale*…".

Sempre secondo il Consiglio di Stato, la costituzionalità della sopra richiamata disposizione è confermata anche dal fatto che:

a) la stessa non vieta in modo assoluto la "vendita secondaria", ammettendo tale vendita a certe condizioni di prezzo e in condizioni di "occasionalità";
b) la Corte Costituzionale ritiene legittime le limitazioni alla libertà contrattuale (in materia commerciale) introdotte per scopi previsti o consentiti dalla costituzione o al fine di evitare che apparecchi di svago fossero utilizzabili come gioco o scommessa[11]. Tali ragioni sarebbero "… *ancora attuali a fronte di un fenomeno di nuova portata come il c.d. bagarinaggio informatico*…";
c) l'art. 1, c. 545 della l. 232/2016 "…*sceglie la via dell'illecito amministrativo*…" per punire il soggetto sanzionato e non già quella "…*penale*…". Sul punto, la norma appare quindi del tutto "…*proporzionata*…" in quanto – pur non integrando il c.d. bagarinaggio una fattispecie di rilevanza penale (poiché non lesivo dell'ordine e della sicurezza pubblica) – il fenomeno della "…*rivendita massiva di biglietti a prezzi maggiorati*…" è comunque "…*in grado di produrre effetti negativi sia per i privati che vogliono partecipare a concerti o a partite di calcio, sia per gli organizzatori di eventi e gli artisti, che vedono lucrare sconosciuti sul proprio lavoro*…"[12].

[11] Si fa riferimento alle sentenze della Corte Costituzionale nn. 125/1963, 30/1965 e 12/1970.

[12] Nella sentenza in esame si riconosce che "…*La norma poi sceglie la via dell'illecito amministrativo e non penale ed in ciò appare proporzionata. Va ricordato che l'illecito penale in tempi risalenti era stato ravvisato ipoteticamente per "la violazione del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, art. 115, (Tulps) per attività di vendita di biglietti di ingresso ad una manifestazione, costituendo tale attività un'operazione riconducibile all'apertura di un'agenzia d'affari in assenza della prescritta licenza" e per l'art. 665 codice penale (poi depenalizzato). Tale inquadramento non ha retto nemmeno al vaglio della giurisprudenza civile. Per Cass. Civ. n. 10881 del 2008 "chi acquista per poi rivendere a proprio rischio e pericolo biglietti per spettacoli e manifestazioni in genere non è tenuto a chiedere alcuna licenza al questore. L'attività in esame, detta volgarmente di "bagarinaggio", non*

8. Profili sanzionatori a carico dell'*hosting provider*: presupposti per la determinazione della sanzione e principio di proporzionalità.

Da ultimo, la pronuncia si concentra sulla proporzionalità della sanzione applicata dall'AGCOM nei confronti dell'operatore.

Il Consiglio di Stato principia sul punto affermando che la circostanza che l'operatore abbia venduto sulla propria piattaforma "…*diversi biglietti*…" in relazione a "…*diversi eventi*…" integra una "…*pluralità e generalità di operazioni, tali da dare vita ad una vera e propria ulteriore piattaforma di vendita*…"; ciò concorrerebbe a "…*definire la gravità del fatto*…"[13] e ad escludere la possibilità di applicare (ai fini del computo della sanzione) l'istituto del c.d. cumulo giuridico di cui all'art. 8 l. 689/1981 (applicabile solo nell'ipotesi in cui la pluralità di violazioni discenda da un'unica condotta e non già in presenza di distinte condotte, anche se identiche o analoghe[14]).

Sulla scorta di tali presupposti concettuali, il Consiglio di Stato conclude quindi affermando che, nella vicenda all'attenzione, "…*l'Autorità ha fatto corretto utilizzo dei parametri di quantificazione di cui alla normativa di principio, valorizzando i seguenti elementi: la gravità della condotta anche per la rilevante diffusione della stessa attraverso i più diffusi social media; l'assenza di qualsiasi comportamento, nel corso del procedimento, finalizzato a eliminare o attenuare le conseguenze della violazione e anzi, all'opposto, l'aver dato vita a comportamenti omissivi alla richiesta di elementi; la personalità dell'agente, dotato di una struttura adeguata e qualificata, e le condizioni economiche dello stesso*…".

Sulla scorta delle sopra riportate considerazioni, il Consiglio di Stato rigetta l'appello proposto dall'appellante e conferma la sentenza di primo grado (che aveva, a sua volta, ritenuto legittima la sanzione adottata dall'AGCOM).

è riconducibile, infatti, all'esercizio di un'agenzia d'affari per la quale il Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza all'art. 155 prevede il permesso dell'autorità locale competente, poiché il bagarino, che rivende biglietti nel proprio esclusivo interesse ed al fine di lucrare un prezzo maggiore di quello d'acquisto, non esercita alcuna intermediazione - neppure atipica – riconducibile all'agenzia d'affari. Per lo svolgimento di questa attività, dunque, non sussistono le ragioni di specifica vigilanza per motivi d'ordine pubblico e sicurezza da cui sorge la necessità della licenza (in senso analogo Cass. Civ. n. 12826 del 2007 si tratta di sentenze relative al bagarinaggio dei c.d. ambulanti). A fronte dell'esplosione del "bagarinaggio" c.d. informatico, invero molto impattante sull'economia del settore dei pubblici spettacoli, il legislatore fiscale è intervenuto con norma limitativa, ma compatibile con l'orientamento della giurisprudenza civile perché introduttiva di un mero illecito amministrativo. La rivendita massiva di biglietti a prezzi maggiorati, unitamente all'incetta dei biglietti che si può fare alla fonte mediante programmi informatici, è un fenomeno che ha attratto l'attenzione del legislatore intervenuto con la norma di cui si eccepisce l'incostituzionalità. Il fenomeno si è ritenuto in grado di produrre effetti negativi sia per i privati che vogliono partecipare a concerti o a partite di calcio, sia per gli organizzatori degli eventi e gli artisti, che vedono lucrare sconosciuti sul proprio lavoro…".

[13] Nella pronuncia in esame il Consiglio di Stato sottolinea che "…*In linea generale, i criteri generali di cui fare applicazione in sede di commisurazione delle sanzioni pecuniarie sono rinvenibili nell'ambito dell'art. 11 della l. 689 del 1981, per il quale, "nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche" (cfr. ex multis, Cons. St., Sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4799)*…".

[14] Sui presupposti ai fini dell'applicabilità del principio del cumulo giuridico di cui all'art. 8 l. 689/1981 si veda anche Cass. civ., Sez. II, 22 giugno 2022, n. 20129.

9. Conclusioni.

La pronuncia in esame risulta particolarmente interessante poiché adottata su una materia – quella della vendita online di prodotti sui mercati secondari e della responsabilità amministrativa del "provider" – nuova e particolarmente "attuale", in considerazione, tra le altre cose, dell'elevato numero di transazioni/vendite effettuate in rete dai consociati e del "ruolo" svolto ad oggi dal fenomeno della digitalizzazione delle operazioni commerciali.

La sentenza pone alcuni punti fermi su quelli che sono i profili e/o le tipologie di attività del provider giuridicamente rilevanti (anche in punto di responsabilità amministrativa del provider stesso), individuando altresì alcune ipotesi/casistiche specifiche che andranno sicuramente ad "arricchirsi" con l'evolversi del fenomeno della digitalizzazione (e della vendita online) e con il registrarsi di nuove pronunce giurisprudenziali in materia.

Il dato di particolare rilievo che emerge dalla pronuncia è che, sotto un profilo strettamente giuridico, il provider – in tutte quelle ipotesi in cui non si limiti ad adottare misure meramente "passive" (ad esempio, raccogliendo e memorizzando dati di terzi) – dovrà assicurarsi che le misure adottate sulla propria piattaforma/sito (al fine di "arricchire" la fruizione dei contenuti da parte dell'utenza) non violino interessi protetti e/o comunque non siano funzionali ad eludere divieti introdotti dal legislatore per la tutela di diritti tutelati a livello nazionale o comunitario (es. ordine pubblico; salute; concorrenza; libera iniziativa economica).

Francesco Di Iorio

XI.
Straniero e immigrazione

1. 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)*

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 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 nn. 32 e 33 del

* 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.

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 nn. 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 ad essere assicurate soltanto le prestazioni

[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, 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.

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 ss. del d.lgs. 25/2008)[7]; un onere motivazionale attenuato, considerando che l'amministrazione, nel rigettare la domanda è tenuta semplicemente a dare atto del fatto che il richiedente non ha dimostrato l'esistenza di condizioni soggettive che rendano quel Pa-

[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, 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.

ese 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. Praticó, *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.*, 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,

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.

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 affinchè 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 altro 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

[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*, 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_o.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».

(c.d. Bossi-Fini), più provvedimenti che mirano 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

[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*, Napoli, 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*

rinvio pregiudiziale e l'incidente di costituzionalità che hanno un impatto maggiore 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.

Carolina Cappabianca e Sveva Speranza

---

il giudice nazionale, Milano, 2023. Il volume da ottobre 2023 è reperibile anche sul sito www.scuolamagistratura.it.

[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.

XII.
Energia

1. Gli incerti confini della discrezionalità del legislatore nazionale in materia di incentivi alle rinnovabili: dubbio di compatibilità tra il meccanismo "a due vie" e il diritto europeo (nota a Consiglio di Stato, Sez. II, ordinanza 30 gennaio 2024, n. 926)

Sommario: 1. Il caso di specie – **2.** Le modalità di accesso agli incentivi nel settore dell'energia rinnovabile ai sensi del D.M. 4 luglio 2019. – **3.** Il rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE. – **4.** Le motivazioni del dubbio di compatibilità tra diritto interno ed europeo – **5.** Osservazioni conclusive anche alla luce del principio di neutralità tecnologica e della giurisprudenza della CGUE (sentenza n. 306/2022).

1. Il caso di specie.

L'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. II, 30 gennaio 2024, n. 926[1] risulta di particolare interesse in quanto ha determinato il rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, alla Corte di Giustizia dell'Unione europea per un dubbio di compatibilità tra la normativa interna in materia di incentivi delle rinnovabili[2] e

[1] Cons. Stato, Sez. II, 30 gennaio 2024 n. 926, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[2] In giurisprudenza, sullo specifico tema dei meccanismi incentivanti delle rinnovabili, cfr. Cons. St., Sez. II, 19 aprile 2023 n. 3992, in *Riv. giur. ed.*, 2023, 4, I, 911, in materia di applicabilità della tariffa incentivante alla serra fotovoltaica; Cons. St., Sez. II, 28 novembre 2022 n. 10409, in *Red. Giuffrè amm.*, 2022, sulla disciplina degli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili contenuta nel d.m. 6 luglio 2012, ove, già in tale occasione la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di affermare che la disciplina degli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili ha la finalità di sostenere la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili attraverso la definizione di incentivi e modalità di accesso semplici e stabili, che promuovano l'efficacia, l'efficienza e la sostenibilità degli oneri di incentivazione in misura adeguata al perseguimento dei relativi obiettivi, stabiliti nei Piani di azione per le energie rinnovabili. Per una ricostruzione dell'ampia casistica di giurisprudenza delle giurisdizioni superiori esistente in materia di incentivi energetici e relative controversie, si rinvia alla rassegna monotematica dell'Ufficio massimario della Giustizia amministrativa a cura di D. Caminiti, *Le controversie in materia di incentivi energetici. Il G.s.e.*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 15 novembre 2023.
In dottrina, in materia di incentivi alle rinnovabili, A. Castelli, M. Loche, *Produzione di energia da fonti rinnovabili e incentivi pubblici: il punto sul fotovoltaico dopo il d.l. "Rilancio"*, in *Ambiente e sviluppo*, 7, 2020,

la normativa eurounitaria di promozione dello sviluppo delle medesime fonti energetiche.

La pronuncia in commento trae origine dall'impugnazione – ad opera di una società titolare di un impianto fotovoltaico – del provvedimento amministrativo di ammissione alle tariffe incentivanti di cui al decreto del Ministro dello Sviluppo Economico del 4 luglio 2019[3] e del contratto stipulato con il Gestore dei Servizi Energetici (G.S.E.)[4] per il riconoscimento degli incentivi nella parte in cui si prevede che «nel caso in cui il valore dell'incentivo, ottenuto come differenza tra la tariffa spettante e il prezzo zonale orario, risulti negativo, il G. provvederà a chiedere al soggetto responsabile la restituzione di tale differenza»[5].

La società appellante sostiene che tale meccanismo non garantisca l'equa remunerazione dei costi; violi i principi europei di concorrenza sostanziandosi nell'imposizione di un ricavo; contrasti con l'obiettivo di garantire condizioni stabili, eque, favorevoli e trasparenti per le imprese che investono in energia rinnovabile; leda il diritto di proprietà e il legittimo affidamento essendo la corresponsione dell'incentivo per la durata di 20 anni un credito idoneo ad essere considerato un "bene" tutelabile ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla CEDU[6].

589, i quali affermano, appunto, che: «Lo sfruttamento dell'energia da fonti rinnovabili rappresenta, da tempo, una delle finalità centrali della politica di crescita dell'Unione Europea, indirizzata verso la promozione di un utilizzo ed uno sviluppo sempre maggiori di tale metodologia di produzione energetica, coerentemente con le politiche ambientali degli Stati membri, sempre più orientate verso la sostenibilità e la mitigazione degli impatti sull'ambiente delle attività umane»; M. De Focatiis, *Il sistema italiano tra incentivi, obblighi e contraddizioni*, in P. Biandrino, M. De Focatiis (a cura di), *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello?*, Milano, 2017, 97-103; C. Vivani, *I procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Urb. & app.*, 2011, 7, 775, ove si legge che: «L'incremento del ricorso all'energia da fonti rinnovabili costituisce indubbiamente uno dei capisaldi dell'attuale politica energetica dell'Unione Europea, permettendo di coniugare alcuni obiettivi prioritari: non solo la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra, ma anche la riduzione della dipendenza dell'Europa dalle importazioni di combustibili fossili tradizionali e l'incremento della crescita economica europea tramite lo sviluppo di tecnologie innovative e competitive a livello globale»; B. Pozzo (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie. Un'analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili*, Milano, 2009, 14 ss. Occorre sottolineare che, rispetto al panorama internazionale, l'Unione europea, nel mondo, è sempre stata considerata all'avanguardia nella ricerca e nell'impiego delle fonti rinnovabili di energia. Esiste, infatti, già da tempo, una Direttiva Quadro, appunto la 2001/77/CE, con la quale è stato dato avvio ad una politica energetica, fondata sull'incentivazione del ricorso alle fonti rinnovabili di energia, cui è stato accompagnato un apparato amministrativo semplificato che non ostacolasse l'*iter* burocratico connesso con l'installazione degli impianti energetici, ma che anzi lo favorisse. Così si è espresso, ormai molti anni orsono, A. Cutera, *Introduzione*, in *Le politiche energetiche comunitarie. Un'analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili*, a cura di B. Pozzo, cit., XIII. Si segnala tuttavia, nella giurisprudenza amministrativa nazionale, l'esistenza di un orientamento consolidato in forza del quale, sebbene si riconosca che la *ratio* dell'attribuzione degli incentivi alla produzione di energia da fonti rinnovabili sia certamente costituita dall'incremento della produzione di detta energia, si afferma che la stessa non può comunque giustificare violazioni delle procedure finalizzate alla corretta attribuzione degli stessi che, diversamente, si tradurrebbero in un aiuto di Stato illegittimamente erogato. In questo senso, si veda, da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 3 febbraio 2022 n. 1281, in *Red. Giuffrè amministrativo*, 2022.

[3] Decreto del Ministro dello Sviluppo Economico, 4 luglio 2019, recante «Incentivazione dell'energia elettrica prodotta dagli impianti eolici *on shore*, solari fotovoltaici, idroelettrici e a gas residuati dei processi di depurazione», in G.U. Serie Generale n. 186, del 9 agosto 2019.

[4] Sulla natura del Gestore del Servizio energetico, quale soggetto privato svolgente pubbliche funzioni, posto che, pur rivestendo formalmente la veste di società di capitali di diritto privato, è soggetto munito dalla legge di funzioni pubbliche correlate alla diffusione delle energie da fonte rinnovabile, al controllo ed alla gestione dei flussi energetici di tale provenienza e all'assolvimento degli obblighi imposti dalla legge agli operatori del settore energetico, cfr. Cons. St., Ad. plen., 3 settembre 2019 n. 9, con nota di A. Colavecchio, *Provvedimento amministrativo e atti di accertamento tecnico*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2020, 1, 90).

[5] Cons. Stato, Sez. II, n. 926/2024, cit., punto 3.

[6] «La nozione di "beni" contenuta nella prima parte dell'articolo 1

Il T.A.R. del Lazio, con sentenza n. 3010/2023[7], ha respinto il ricorso in primo grado, ritenendo la previsione *de qua* non irragionevole, poiché metterebbe comunque al riparo dall'aleatorietà del prezzo di mercato l'imprenditore garantendogli un importo fisso tramite cui recuperare quanto investito nell'impianto e riconoscendogli, a fronte di tale vantaggio, un "ristorno" al Gestore dei Servizi Energetici quando il prezzo dell'energia aumenta.

La società ha appellato la pronuncia di primo grado sostenendo che il T.A.R. non avesse considerato che, in ipotesi di aumento del prezzo dell'energia, il meccanismo comporta invero l'azzeramento dell'incentivo, precludendo così la remunerazione dei costi di investimento e di esercizio e contrastando così con la *ratio* sottesa ai regimi di sostegno nazionali e con gli obiettivi europei in tema di energia rinnovabile, volti a garantire condizioni stabili, eque, favorevoli e trasparenti per gli investitori, che non vadano a minare la sostenibilità economica dell'investimento, nel rispetto dei principi di legittimo affidamento e di certezza del diritto.

Il Consiglio di Stato, dubitando dell'esistenza di un conflitto tra la normativa interna e quella eurounitaria, ha effettuato un rinvio pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'art. 267 TFUE.

In particolare, la disposizione del diritto nazionale rilevante nel caso di specie, della cui contrarietà al diritto dell'Unione si dubita, è l'art. 7, comma 7, del decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 4 luglio 2019, il quale stabilisce che per gli impianti di potenza pari o superiore a 250 kW «il G.S.E. calcola la componente incentivo come differenza tra la tariffa spettante e il prezzo zonale orario di mercato dell'energia elettrica e, ove tale differenza sia positiva, eroga gli importi dovuti in riferimento alla produzione netta immessa in rete, secondo le modalità individuate all'art. 25 del decreto ministeriale del 23 giugno 2016[8]. Nel caso in cui la predetta differenza risulti negativa, il G.S.E. conguaglia o provvede a richiedere al soggetto responsabile la restituzione o corresponsione dei relativi importi. In tutti i casi, l'energia prodotta da questi impianti resta nella disponibilità del produttore»[9].

È su tale disposizione che si fonda il provvedimento di ammissione impugnato e l'art. 4 del contratto stipulato dall'appellante con il Gestore dei Servizi Energetici, il quale prevede che «la tariffa incentivante, costante in moneta corrente, da utilizzare ai fini dell'incentivazione dell'impianto», è pari a 0,090000 Euro/kWh e che il Gestore, da un lato, «riconosce la differenza, qualora positiva, tra la suddetta tariffa incentivante e il prezzo zonale orario», dall'altro «conguaglia o provvede a richiedere all'Operatore la differenza, qualora negativa, tra la suddetta tariffa incentivante e il prezzo zonale orario».

---

del Protocollo n. 1 è autonoma, e comprende sia i "beni esistenti" che i diritti patrimoniali, compresi i crediti, in relazione ai quali il ricorrente può sostenere di avere almeno una "aspettativa legittima". Il termine "beni" comprende i diritti "*in rem*" e "*in personam*". Il termine comprende beni immobili, beni mobili nonché altri diritti patrimoniali». Tale nozione si rinviene nella *Guida all'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo* della Corte Europea dei diritti dell'uomo, in *www.echr.coe.int*, 7.

[7] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*ter*, 22 febbraio 2023 n. 3010, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[8] Decreto del Ministro dello Sviluppo Economico del 23 giugno 2016, recante «Incentivazione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili diverse dal fotovoltaico», in G.U. Serie Generale n.1 50 del 29 giugno 2016.

[9] Cons. Stato, Sez. II, n. 926/2024, cit., punto 9.

2. Le modalità di accesso agli incentivi nel settore dell'energia rinnovabile ai sensi del D.M. 4 luglio 2019.

Per meglio comprendere il contesto entro il quale si inserisce la disposizione oggetto del rinvio pregiudiziale che ci occupa, occorre ricordare le modalità di accesso agli incentivi[10], di cui al citato Decreto ministeriale del 2019.

Il Decreto ministeriale del 4 luglio 2019 prevede due differenti meccanismi incentivanti, in funzione della potenza dell'impianto.

Nella specie, il primo meccanismo è rappresentato dal ritiro dell'energia elettrica prodotta da parte del Gestore, il quale eroga all'operatore la tariffa a questi spettante.

Il secondo meccanismo è invece costituito dall'attribuzione all'impresa di un incentivo, calcolato come differenza tra la tariffa spettante e il prezzo zonale orario che, se positiva, integra il ricavo connesso alla vendita sul mercato dell'energia prodotta, mentre, quando è negativa, ossia quando la tariffa è inferiore al prezzo di mercato, comporta che l'impresa non solo non percepisca alcuna sovvenzione, ma debba versare la differenza al Gestore dei Servizi Energetici.

Tale secondo meccanismo, di cui all'art. 7, comma 7 del decreto ministeriale in questione, è definito come sistema "a due vie".

Orbene, se da un lato, gli impianti di potenza non superiore a 250 kW possono optare indifferentemente tra uno dei due meccanismi, dall'altro lato, quelli di potenza pari o superiore, come quello dell'appellante, possono accedere al solo incentivo.

Vista la potenza dell'impianto oggetto di causa, il meccanismo incentivante applicato nel caso di specie non poteva che essere quello "a due vie".

L'impresa appellante lamenta dunque non solo di non aver ottenuto alcun incentivo, ma anzi, di aver ricevuto richieste di pagamento della differenza da parte del Gestore dei Servizi Energetici, avendo stipulato il contratto durante la crisi energetica del 2022, quando il prezzo orario dell'energia era superiore alla tariffa spettante.

3. Il rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE.

Il Collegio ha così effettuato un rinvio pregiudiziale d'interpretazione ai sensi dell'art. 267 TFUE[11] alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, dubitando della compatibilità tra il meccanismo incentivante c.d. "a due vie", come delineato dall'art. 7, comma 7, del

[10] In materia di incentivi, in dottrina, si rinvia, da ultimo ai saggi di L. Anibali, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e gli interventi rimodulatori*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 481, che in particolare approfondisce il rapporto tra regimi incentivanti e il legittimo affidamento; E. Traina, *Incentivi alla produzione di energie rinnovabili, poteri amministrativi e legittimo affidamento nella giurisprudenza*, in *Federalismi.it*, 5 giugno 2023.

[11] Cons. Stato, Sez. II, n. 926/2024, cit., punto 8, ove il Collegio giudicante spiega le ragioni della necessità del rinvio pregiudiziale d'interpretazione «anche considerato che avverso le decisioni del Consiglio di Stato non può proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno e che, nella specie, la corretta interpretazione delle disposizioni del diritto dell'Unione rilevanti ai fini del giudizio non s'impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi, né queste sono già state oggetto d'interpretazione da parte [della] Corte di giustizia, dunque non ricorrono le condizioni in cui il giudice di ultima istanza può ritenersi esonerato dall'obbligo di rimessione (sulle quali si v., tra le tante, Corte giust., Grande Sez., sent. 6 ottobre 2021, C-561/19 [ECLI:EU:C:2021:799], Consorzio I.M., ot. 27 e ss., e, più di recente, Corte giust., sent. 22 dicembre 2022, C-83/21 [ECLI:EU:C:2022:1018], A.I., pt. 79 e ss. e ord. 27 aprile 2023, C-482/22 [ECLI:EU:C:2023:404], Associazione R.V., pt. 28 e ss.)».

D.M. 4 luglio 2019, da un lato, e l'art. 3 della Direttiva n. 2009/28/CE[12] e l'art. 4 della Direttiva n. 2018/2001/UE[13], dall'altro.

In particolare, l'art. 3 della direttiva n. 2009/28/CE, abrogata a partire dal 1° luglio 2021, ma in vigore all'epoca di adozione del D.M. del 4 luglio 2019, prevedeva che ogni Stato membro «promuove e incoraggia l'efficienza ed il risparmio energetico» e adotta «misure efficacemente predisposte» in modo da raggiungere entro il 2020 la quota di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale fissata quale obiettivo nazionale, e che, a tal fine, può adottare «regimi di sostegno» (definiti dall'art. 2, co. 2, lett. k della medesima direttiva come «ogni strumento, regime o meccanismo […] inteso a promuovere l'uso delle energie da fonti rinnovabili riducendone i costi, aumentando i prezzi a cui possono essere vendute o aumentando, per mezzo di obblighi in materia di energie rinnovabili o altri mezzi, il volume acquistato di dette energie», quali per esempio «le sovvenzioni agli investimenti, le esenzioni o gli sgravi fiscali, le restituzioni d'imposta, i regimi di sostegno all'obbligo in materia di energie rinnovabili, compresi quelli che usano certificati verdi e i regimi di sostegno diretto dei prezzi ivi comprese le tariffe di riacquisto e le sovvenzioni»).

Come già anticipato, l'art. 4 della direttiva n. 2018/2001/UE prevede quale termine per il recepimento la data del 30 giugno 2021, dunque un momento successivo rispetto a quello di emanazione del D.M. del 4 luglio 2019.

Tuttavia, da tale direttiva è comunque derivato l'obbligo per gli Stati membri di astenersi dall'adottare disposizioni che potessero

[12] Direttiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 «sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE», in G.U.U.E. L 140/16 del 5 giugno 2009. L'Italia ha recepito la Direttiva con il D.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, recante «Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili», con il quale, ai sensi dell'art. 1, «Finalità», sono stati definiti «gli strumenti, i meccanismi, gli incentivi e il quadro istituzionale, finanziario e giuridico, necessari per il raggiungimento degli obiettivi fino al 2020 in materia di quota complessiva di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo di energia e di quota di energia da fonti rinnovabili nei trasporti» nonché le «norme relative ai trasferimenti statistici tra gli Stati membri, ai progetti comuni tra gli Stati membri e con i paesi terzi, alle garanzie di origine, alle procedure amministrative, all'informazione e alla formazione nonché all'accesso alla rete elettrica per l'energia da fonti rinnovabili e fissa criteri di sostenibilità per i biocarburanti e i bioliquidi». Con specifico riferimento ai regimi di sostegno, l'art. 23, comma 1, del D.lgs. n. 28/2011 ha previsto il riordino e il potenziamento degli allora vigenti sistemi di incentivazione dell'energia prodotta da fonti rinnovabili tramite l'introduzione di «un quadro generale volto alla promozione della produzione di energia da fonti rinnovabili e dell'efficienza energetica (...), attraverso la predisposizione di criteri e strumenti che promuovano l'efficacia, l'efficienza, la semplificazione e la stabilità nel tempo dei sistemi di incentivazione, perseguendo nel contempo l'armonizzazione con altri strumenti di analoga finalità e la riduzione degli oneri di sostegno specifici in capo ai consumatori». Il D.lgs. n. 28/2011, nella specie, sulle energie rinnovabili riforma i meccanismi incentivanti la produzione di elettricità da fonti rinnovabili per gli impianti entrati in esercizio dal 1° gennaio 2013, abrogando il vecchio sistema incentrato sui certificati verdi. I nuovi meccanismi di incentivazione consistono in tariffe fisse per i piccoli impianti (fino a 5 MW) e in aste al ribasso per gli impianti di taglia maggiore. Anche per gli impianti entrati in esercizio entro il 2012, a partire dal 2016, i certificati verdi saranno sostituiti - per il residuo periodo di spettanza - da una tariffa fissa tale da garantire la redditività degli investimenti realizzati. Il GSE ritira annualmente i certificati verdi rilasciati per gli anni dal 2011 al 2015, in eccesso di offerta, ad un prezzo di ritiro pari al 78% del prezzo definito secondo i criteri vigenti.

[13] Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, in G.U.U.E. L 328/82 del 1° dicembre 2018. In attuazione della Direttiva 2018/2001/UE, è stato adottato il D.L. 8 novembre 2021, n. 199, recante "Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili". Nella specie, il Titolo II del D.L. n. 199/2021 disciplina i regimi di sostegno e sugli strumenti di incentivazione al fine di promuovere l'efficacia, l'efficienza e la semplificazione, al fine di raggiungere gli obiettivi previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Tale nuovo sistema di incentivi prevede per i grandi impianti, con potenza superiore a una soglia almeno pari a 1 MW, l'attribuzione dell'incentivo attraverso procedure competitive di aste al ribasso effettuate in riferimento a contingenti di potenza, mentre per impianti di piccola taglia (<1 MW), è previsto l'accesso diretto alle tariffe.

compromettere gravemente l'obiettivo posto da questa (c.d. obbligo di "*standstill*").

Ebbene, tale termine era già spirato al momento dell'adozione del provvedimento di ammissione agli incentivi impugnato con il ricorso di primo grado e la direttiva era già stata recepita dal Legislatore italiano con il D.lgs. 8 novembre 2021, n. 199.

La Direttiva conferma la possibilità per gli Stati membri di istituire dei regimi di sostegno che prevedano l'erogazione di incentivi, precisando che questi meccanismi debbano basarsi su criteri di mercato, rispondere ai segnali di mercato (evitando inutili distorsioni dei mercati dell'energia elettrica, tenendo conto degli eventuali costi di integrazione del sistema e della stabilità dell'energia elettrica) e garantire che i produttori di energia rinnovabile reagiscano ai segnali di prezzi del mercato e massimizzino i loro ricavi sul mercato.

Inoltre, la Direttiva prevede che gli incentivi vengano concessi con modalità aperte, trasparenti, competitive, non discriminatorie[14] ed efficaci sotto il profilo dei costi.

4. Le motivazioni del dubbio di compatibilità tra diritto interno ed europeo.

Definito il quadro normativo esistente a livello eurounitario, occorre a questo punto ripercorrere le ragioni che hanno portato il Collegio giudicante ad effettuare il rinvio pregiudiziale *de quo*.

Nella specie, il dubbio sulla compatibilità tra il diritto nazionale e le direttive, secondo il Consiglio di Stato, discende da tre considerazioni.

In primo luogo, alla luce del diritto dell'Unione, il meccanismo incentivante in quanto tale, dovrebbe agevolare la promozione della produzione di energia da fonti rinnovabili, favorendo l'investimento nella realizzazione di nuovi impianti o nel potenziamento di quelli esistenti, mediante un contributo pubblico a sostegno dei relativi costi.

I costi, grazie a tali meccanismi incentivanti verrebbero così posti parzialmente a carico della collettività in ragione delle esternalità positive che si ricollegano al perseguimento di obiettivi di transizione ecologica.

Tale prima considerazione stride necessariamente con l'incentivo negativo configurato dall'art. 7, comma 7, del decreto del Ministero dello sviluppo economico del 4 luglio 2019.

Tale previsione, infatti, comporta che, nel caso in cui il prezzo zonale orario dell'energia aumenti, le imprese, pur avendo effettuato degli investimenti, non ottengono alcuna sovvenzione che ne riduca il costo.

[14] Sul principio di non discriminazione dei produttori di energia da fonti rinnovabili, alla Direttiva 2009/28/CE cfr. i *Considerando* n. 40, sulle procedure di autorizzazione all'installazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili e n. 62, sui costi della connessione alla rete elettrica; cfr. altresì l'art. 15, sulle «Garanzie di origine dell'elettricità, del calore e del freddo prodotti da fonti energetiche rinnovabili», ove si stabilisce che « […] l'origine dell'elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili sia garantita come tale ai sensi della presente direttiva, in base a criteri obiettivi, trasparenti e non discriminatori» e l'art. 16, in materia di «Accesso e funzionamento delle reti», ove si precisa che il mantenimento dell'affidabilità e della sicurezza della rete è basato su criteri trasparenti e non discriminatori definiti dalle autorità nazionali competenti. Successivamente, il principio di non discriminazione ha trovato disciplina nella Direttiva 2018/2001/UE, ai *considerando* n. 19, ove si stabilisce che per accrescere l'efficacia delle procedure di gara e ridurre al minimo i costi generali di sostegno, le procedure di gara dovrebbero essere, in linea di principio, aperte a tutti i produttori di energia elettrica da fonti rinnovabili su base non discriminatoria; n. 43, in materia di procedure di autorizzazione; n. 65; n. 68 e n. 69; n. 71; n. 92 e n. 112; nonché all'art. 4, paragrafo 4, ove si stabilisce che gli Stati membri assicurano che il sostegno per l'energia elettrica da fonti rinnovabili sia concesso con modalità aperte, trasparenti, competitive, non discriminatorie ed efficaci sotto il profilo dei costi.

Anzi, nella predetta ipotesi, l'impresa deve riversare al gestore del Servizio Energetico parte degli introiti derivati dalla vendita sul mercato dell'energia prodotta con la conseguenza che queste potrebbero essere indotte ad abbandonare l'incentivo, così compromettendo il raggiungimento dei risultati perseguiti dalle direttive.

La seconda considerazione che lascia dubitare della compatibilità tra l'art. 7 e le direttive è che l'incentivo negativo non può considerarsi una contropartita della garanzia di una tariffa costante, considerato che l'impresa vende l'energia sul mercato, soggiace alle sue dinamiche ed è esposta ai relativi rischi, dunque l'obbligo di versare la differenza tra il prezzo zonale orario e la tariffa spettante al singolo operatore potrebbe pregiudicarne la capacità di reazione alle dinamiche del mercato.

In altri termini, vi sarebbe in tal senso un contrasto tra il meccanismo di incentivi "a due vie" e i regimi di sostegno contemplati dal legislatore sovranazionale che devono essere configurati in modo tale da rispondere ai segnali di mercato, evitando inutili distorsioni.

In terzo luogo, la tariffa "a due vie", che può tradursi nell'applicazione dell'incentivo negativo, è imposta quale unico meccanismo incentivante per tutti gli impianti di potenza pari o superiore a 250 kW, mentre i titolari di impianti di potenza inferiore, possono optare per il diverso regime che prevede il ritiro dell'energia da parte del gestore del Servizio energetico con corresponsione della tariffa spettante a loro favore.

In questo senso, si delinea il dubbio di compatibilità tra l'art. 7 del decreto ministeriale citato e le direttive eurounitarie, che, invero, richiedono la definizione di regimi di sostegno non discriminatori.

In sostanza, ciò che si domanda il Consiglio di Stato nell'effettuare il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE è se, in effetti, l'art. 7, comma 7 del Decreto del Ministero dello Sviluppo economico del 4 luglio 2019 sia conforme con le prescrizioni del Legislatore eurounitario in forza delle quali i regimi di sostegno devono essere in grado di promuovere la produzione di energia da fonti rinnovabili, devono essere definiti in modo tale da rispondere ai segnali di mercato e devono in ultimo essere definiti in modo tale da non creare discriminazioni.

Il Collegio ha così posto il seguente quesito alla Corte di Giustizia dell'Unione europea: «se i principi recati dall'art. 3 della direttiva 2009/28/CE e dall'art. 4 della direttiva 2018/2001/UE ostano o non ostano a una normativa interna, quale l'art. 7, comma 7, del decreto del Ministero dello sviluppo economico del 4 luglio 2019, che, nell'ambito di un regime nazionale di sostegno alla produzione di energia da fonti rinnovabili, preveda, con riferimento a fattispecie in cui i produttori vendono l'energia sul libero mercato, un meccanismo incentivante (c.d. "a due vie") in forza del quale, rispetto ai soli impianti di nuova costruzione di potenza pari o superiore a 250 kW, l'incentivo è calcolato come differenza tra la tariffa spettante all'impresa (determinata tenendo conto, da un lato, delle tariffe di riferimento previste per ciascuna tipologia di impianto e d'intervento, dalla normativa applicabile e, dall'altro, delle riduzioni offerte al ribasso dall'operatore nell'ambito delle procedure di asta o registro, nonché delle ulteriori decurtazioni previste in via generale dalla normativa interna) e il prezzo zonale orario, con conseguente obbligo di riversare le somme eccedenti il valore della tariffa spettante quanto il prezzo zonale orario sia a essa superiore (c.d. "incentivo negativo")»[15].

[15] Cons. Stato, Sez. II, n. 926/2024, cit., punto 19.

5. Osservazioni conclusive anche alla luce del principio di neutralità tecnologica e della giurisprudenza della CGUE (sentenza n. 306/2022).

Ricostruito il fatto da cui è occasionata la pronuncia di rinvio pregiudiziale e richiamate le considerazioni per cui il Collegio ha ritenuto sussistere un dubbio di compatibilità tra la normativa interna e il diritto europeo, possono a questo punto svolgersi alcune osservazioni conclusive.

Ad avviso di chi scrive, dal confronto tra la normativa interna e il diritto europeo in materia di fonti energetiche rinnovabili, emerge un evidente contrasto tra i risultati dell'applicazione del c.d. incentivo negativo e gli obiettivi di promozione delle rinnovabili proclamati dalle Direttive richiamate e, da ultimo riconfermati con la Direttiva 2023/2413/UE[16].

Il meccanismo di incentivazione previsto dall'art. 7, comma 7, del Decreto ministeriale del 4 luglio 2019, infatti, nel contemplare non solo la possibilità di un non incentivo – pur a fronte di investimenti effettuati – ma anche la possibilità di una richiesta di riversare al Gestore del Servizio Energetico parte degli introiti derivanti dalla vendita sul mercato dell'energia prodotta, condivisibilmente rispetto a quanto prospettato dal Consiglio di Stato, parrebbe porsi in contrasto con il diritto europeo.

In particolare, si condividono le tre considerazioni effettuate dal Collegio giudicante in ordine alla natura del meccanismo incentivante contemplato dal decreto ministeriale più volte richiamato che non è idoneo ad agevolare la promozione della produzione di energia da fonti rinnovabili se, a fronte di investimenti effettuati, non contempla alcune sovvenzioni che ne riducano i costi e, addirittura, prevede che le imprese riversino al Gestore parte degli introiti derivati dalla vendita sul mercato dell'energia prodotta.

Ancora, è condivisibile la seconda considerazione in ordine alla incapacità del regime di sostegno contemplato dal Legislatore italiano di rispondere ai segnali di mercato, soprattutto nell'odierno contesto di crisi energetica.

Parimenti condivisibile è il dubbio in ordine alla discriminatorietà del regime di sostegno contemplato dal Legislatore nazionale, nella misura in cui la tariffa a due vie, che talvolta può tradursi nell'applicazione dell'incentivo negativo è imposta quale unico meccanismo incentivante per tutti gli impianti di potenza pari o superiore a 250 kW, mentre i titolari di impianti di potenza inferiore possono optare per il diverso regime (più favorevole) del ritiro dell'energia da parte del Gestore con corresponsione della tariffa spettante.

Il trattamento che ne deriva, infatti, è evidentemente discriminatorio, contemplando, peraltro, un regime ben più favorevole per impianti che sono per loro stessa natura destinati a produrre minor quantità di energia da fonti rinnovabili, poiché di minor potenza, sfavorendo invece gli impianti di maggiore potenza.

In relazione a tale ultimo aspetto, si rende necessario un seppur rapido richiamo

[16] Direttiva 2023/2413/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 ottobre 2023, che modifica la direttiva (UE) 2018/2001, il regolamento (UE) 2018/1999 e la direttiva n. 98/70/CE per quanto riguarda la promozione dell'energia da fonti rinnovabili e che abroga la direttiva (UE) 2015/652 del Consiglio, su G.U.U.E., Serie L, del 31 ottobre 2023.
In dottrina, sul punto, si rinvia a A. Muratori, *Più spazio alle fonti rinnovabili con la nuova direttiva 2023/2413/UE*, in *Ambiente e diritto*, 2023, 725.

al principio di neutralità tecnologica[17], che, dall'applicazione di un simile meccanismo incentivante, ne risulterebbe evidentemente pregiudicato.

Tale principio, infatti, predica la libertà di scegliere la tecnologia più appropriata e adeguata alle esigenze e ai requisiti per lo sviluppo, l'acquisizione, l'uso o la commercializzazione, senza dipendenze di conoscenza implicate come informazioni o dati.

Il principio di neutralità tecnologica, applicato alla materia della transizione energetica[18], è realizzabile attraverso un approccio flessibile alle tecnologie disponibili, vale a dire attraverso un mix di tecnologie di cui disporre di volta in volta in base alla loro maturità ed efficacia nel ridurre le emissioni.

La decarbonizzazione, infatti, può realizzarsi solo attraverso una pluralità di tecnologie da applicare a seconda del contesto di riferimento.

L'approccio flessibile secondo il principio di neutralità tecnologica favorisce l'utilizzo di tutte le opzioni in maniera complementare.

Secondo tale strategia, le energie rinnovabili svolgono al meglio il loro ruolo nella transizione energetica quando abbinate ad altre misure di mitigazione, quali possono essere appunto, oltre all'efficienza energetica, le misure di sostegno e i meccanismi incentivanti delle rinnovabili.

Ebbene, sostenere un meccanismo incentivante che si applichi solo per determinate tipologie di impianti equivarrebbe in ultimo anche a ledere il suddetto principio di neutralità tecnologica.

Alla conclusione secondo la quale parrebbe sussistere un contrasto tra la normativa interna e il diritto dell'Unione nei predetti termini, peraltro, può pervenirsi anche tenendo a mente quanto statuito dalla medesima Corte di Giustizia dell'Unione europea con la sentenza n. 306/2022[19], resa nelle cause riunite C-306/19, C-512/19, C-595/19 e da C-608/20 a C-611/20.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, in tale occasione, ha avuto modo di pronunciarsi in materia di incentivi alle rinnovabili e, nella specie, in tema di riduzione degli incentivi al fotovoltaico, a conferma dell'incertezza dei confini della discrezionalità del legislatore in materia di meccanismi incentivanti[20].

[17] A livello europeo, il principio di neutralità tecnologica è sorto già nel 1999, anno in cui la Commissione Europea ha declinato tale principio come principio normativo in un documento ufficiale sulla revisione del quadro normativo per le comunicazioni elettroniche. Il riferimento è alla comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, del 10 novembre 1999, dal titolo «Verso un nuovo quadro per l'infrastruttura delle comunicazioni elettroniche e i servizi correlati. Esame del 1999 del quadro normativo delle comunicazioni» [COM(1999) 539 def., 10.11.1999 - Non pubblicata nella Gazzetta ufficiale]. Il consolidamento del principio della neutralità tecnologica è avvenuto con la Direttiva 2009/140/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, in G.U.U.E. del 18.12.2009, n. L 337/37.

[18] Sulla transizione energetica, cfr. l'opera monografica di L. Ammanati (a cura di), *La transizione energetica*, Torino, 2018, *passim*.

[19] Il riferimento è alla sentenza Corte Giustizia UE, cause riunite C-306/19, C-512/19, C-595/19 e da C-608/20 a C-611/20, Sez. X, 1° marzo 2022 n. 306, in *Foro Amm. (Il)*, 2022, 3, II, 355. La pronuncia è di particolare rilievo anche in considerazione della ricostruzione del quadro ordinamentale interno in materia di incentivi, cui si rinvia, per quanto qui di interesse.

[20] Ad ulteriore conferma dell'incertezza dei confini della discrezionalità del legislatore in materia di meccanismi incentivanti, va segnalato che v'è un ulteriore interrogativo posto dal Giudice amministrativo italiano (con l'ordinanza Con. St., Sez. II, 8 agosto 2023 n. 7673, in *www.giustizia-amministrativa.it*) ove la questione posta alla Corte di Giustizia dell'Unione europea è analoga anche se riferita ad una fattispecie per certi aspetti differente (in primo luogo,

In particolare, in tal caso, la Corte ha ritenuto la conformità al diritto UE della normativa interna che contemplava la rimodulazione degli incentivi del G.S.E. sull'energia da fonti rinnovabili considerato che un operatore economico prudente, sulla base del quadro normativo vigente, avrebbe dovuto essere in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi.

Nei casi decisi con tale pronuncia, gli imprenditori interessati dalla riduzione degli incentivi lamentavano la lesione del legittimo affidamento e la violazione del principio di certezza del diritto, nonché della Direttiva 2009/28/UE, nella misura in cui l'articolo 26 del Decreto-Legge n. 91/2014[21] ha introdotto retroattivamente misure incentivanti meno favorevoli, tali da sovvertire le condizioni iniziali di investimenti già realizzati.

In questo caso, ciò che maggiormente ha rilevato ai fini della decisione è stato il richiamo alla formulazione dell'art. 3 paragrafo 3, lettera a), della Direttiva 2009/28/UE e, in particolare, all'utilizzo del termine «possono».

Gli Stati membri, sulla scorta di tale disposizione, infatti, non sono affatto obbligati, al fine di promuovere l'uso dell'energia da fonti rinnovabili, ad adottare regimi di sostegno per le rinnovabili.

Essi godono di un potere discrezionale quanto alle misure ritenute appropriate per raggiungere gli obiettivi nazionali generali obbligatori fissati all'articolo 3, paragrafi 1 e 2, di detta Direttiva, in combinato disposto con l'Allegato I della medesima.

Un siffatto potere discrezionale implica che gli Stati membri siano liberi di adottare, modificare o sopprimere regimi di sostegno purché tali obiettivi siano stati raggiunti[22].

In tal caso, la stessa formulazione dell'articolo 7, comma 2, del D.lgs. n. 387/2003 indicava all'operatore economico prudente e accorto, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE[23], che gli incen-

è diversa la normativa nazionale della cui compatibilità si dubita – D.M. del 23 giugno 2016, in un caso, D.M. del 4 luglio 2019 nel caso in commento; in secondo luogo, nel caso in commento, quando è stato adottato il D.M. del 2019 era già stata adottata la Direttiva 2018/2001/UE; in terzo luogo, nel regime di cui al decreto del 2016 l'applicazione della tariffa "a due vie" era correlata alla modalità di accesso all'incentivo – mediante iscrizione al registro o mediante asta – mentre in quello configurato dal decreto del 2019 essa discende dalla sola potenza dell'impianto, quindi cambia l'elemento su cui si fonda la diversità di trattamento tra imprese; da ultimo, le parti sono diverse e solo con un nuovo e autonomo rinvio si garantisce il diritto di difesa del ricorrente). In particolare, il quesito posto con tale pronuncia di rinvio è il seguente: «*Dica la Corte di giustizia se i principi recati dagli articoli 3 della direttiva 2001/28/CE e 4 della direttiva 2018/2001/UE ostano o non ostano a una normativa interna che nell'ambito di un regime nazionale di incentivi prevede, con riferimento a fattispecie in cui i produttori vendono l'energia sul libero mercato, una tariffa incentivante che garantisce un prezzo minimo, che è al contempo anche un prezzo massimo, in virtù di un meccanismo di conguaglio-restituzione delle somme eccedenti il valore dell'incentivo qualora il prezzo di mercato sia superiore a quest'ultimo (cosiddetto incentivo negativo), applicandosi inoltre il meccanismo di conguaglio soltanto laddove il produttore che vende l'energia sul libero mercato acceda all'incentivo mediante iscrizione al pertinente registro e non anche laddove vi acceda mediante partecipazione a una procedura di asta*». Si segnala che il Giudice del rinvio ha sollecitato alla Corte di Giustizia una valutazione circa l'opportunità di una trattazione congiunta delle due cause.

[21] Sulla legittimità costituzionale della norma si è pronunciata la Corte cost., 24 gennaio 2017 n. 16, in *Giur. Cost.*, 2017, 1, 85, ove si è affermato che «*detta disposizione costituisce un intervento rispondente a un interesse pubblico, in termini di equo bilanciamento degli opposti interessi in gioco, volto a coniugare la politica di supporto alla produzione di energia da fonte rinnovabile con la maggiore sostenibilità dei costi correlativi a carico degli utenti finali dell'energia elettrica. Essa ha inoltre dichiarato che la modifica del regime di incentivi di cui ai procedimenti principali non è stata imprevedibile né improvvisa, per cui un operatore economico prudente e accorto avrebbe potuto tener conto della possibile evoluzione legislativa, considerate le caratteristiche di temporaneità e mutevolezza dei regimi di sostegno*».

[22] Corte Giustizia UE, Sez. V, 15 aprile 2021, n. 798, C-798/18 e C-799/18, in *Foro Amm. (Il)*, 2021, 4, 581, punto 28.

[23] Cfr. punto 44 della sentenza Corte Giustizia UE, Sez. V, 15 aprile

tivi in questione non erano garantiti a tutti gli operatori interessati per un periodo determinato, tenuto conto, in particolare, del riferimento a un importo decrescente delle tariffe incentivanti nonché alla durata limitata dell'incentivo e della fissazione di un limite massimo di potenza elettrica cumulata ammissibile all'incentivo medesimo.

Parimenti, anche il D.lgs. n. 28/2011, che ha abrogato il D.lgs. n. 387/2003, dispone, all'art. 25, che l'incentivo alla produzione di energia elettrica da impianti fotovoltaici è disciplinato da un decreto ministeriale che fissa un limite annuale della potenza elettrica cumulata di simili impianti ammissibili a beneficiare delle tariffe incentivanti e che prevede tali tariffe tenendo conto della riduzione del costo delle tecnologie e degli impianti nonché delle misure incentivanti applicate negli altri Stati membri e della natura del sito degli impianti.

La pronuncia ha inoltre chiarito la natura delle convenzioni sottoscritte con il G.S.E. che si limitavano a definire le modalità di erogazione degli incentivi, senza tuttavia attribuirli.

Pertanto, in tal caso, secondo la Corte di giustizia non v'è stata lesione del legittimo affidamento, trattandosi di posizione giuridica non acquisita, che non rientra nella tutela prevista all'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[24].

Sotto un secondo profilo, si è esclusa altresì la violazione dell'art. 16 della Carta in materia di libertà di esercitare un'attività economica o commerciale, in quanto le convenzioni concluse con i proprietari di impianti fotovoltaici prevedevano unicamente le condizioni pratiche per l'erogazione degli incentivi, assegnati invero con decisioni amministrative precedenti.

Pertanto, gli imprenditori non disponevano di alcun potere negoziale in ordine al contenuto delle convenzioni stipulate con il G.S.E., trattandosi di un contratto-tipo redatto da una parte contrattuale, ove la libertà contrattuale della controparte consiste, in sostanza, solo nel decidere se accettare o meno le condizioni del contratto stesso.

Alla luce di tutti i rilievi richiamati, la Corte di Giustizia UE, in tale occasione, ha stabilito che l'art. 3, paragrafo 3, lettera a) della Direttiva 2009/28/UE e gli artt. 16 e 17 della Carta, letti alla luce dei principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, dovessero essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che prevede la riduzione o il rinvio del pagamento degli incentivi per l'energia prodotta da impianti solari fotovoltaici.

Tale conclusione, come sottolineato in dottrina, evidenzia l'esistenza di un attuale sistema normativo che non costituisce uno stimolo adeguato e sufficiente per la realizzazione di investimenti nel campo dell'energia sostenibile, potendo anzi determinarne la disincentivazione[25].

2021, n. 798, C-798/18 e C-799/18, cit., ove si precisa che: «*Secondo giurisprudenza parimenti costante della Corte, la possibilità di avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento è prevista per ogni operatore economico nei cui confronti un'autorità nazionale abbia fatto sorgere fondate aspettative. Tuttavia, qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, esso non può invocare detto principio nel caso in cui il provvedimento venga adottato. Inoltre, gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sul mantenimento di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali [sentenza del 15 aprile 2021, Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e a., C-798/18 e C-799/18, EU:C:2021:280, punto 42 nonché giurisprudenza ivi citata]*».

[24] Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000/c 364/01), su G.U.C.E. C 364/1 del 18 dicembre 2000.

[25] In questo senso, si rinvia al saggio di E. Traina, *Incentivi alla produzione di energie rinnovabili, poteri amministrativi e*

Ad ogni modo, con il rinvio pregiudiziale effettuato dalla pronuncia in commento, si è chiesto alla Corte di Giustizia UE di stabilire non tanto se il legislatore nazionale, nell'esercizio della facoltà di prevedere (o meno) un meccanismo incentivante nel settore del fotovoltaico, a seguito della conclusione di convenzioni con il G.S.E., possa prevedere che gli incentivi ivi previsti siano ridotti, ma, diversamente, se il meccanismo incentivante possa determinare effetti contrari e, nella specie, discriminatori, non rispondenti ai segnali di mercato, e, per l'effetto, disincentivanti.

In entrambi i casi rimessi alla Corte, può dirsi che i dubbi di compatibilità tra il diritto nazionale e il diritto europeo siano fondati sull'esistenza di un quadro normativo interno che pare mal conciliarsi con le esigenze sottese alla transizione ecologica[26], in un contesto di crisi ambientale e, soprattutto, energetica, segnato dalla consapevolezza di essere ormai prossimi a un collasso ecologico dovuto al superamento dei cc.dd. "*Planeraty Boundaries*", al cui interno sono stati individuati alcuni spazi per poter prosperare in modo sicuro sia da un punto di vista ambientale che sociale (cc.dd. *Safe Operating Spaces* – SOS)[27], ove ben si inseriscono, appunto, gli impianti alimentati da fonti rinnovabili.

Concepire modelli di incentivazione come quelli di cui al D.M. del 4 luglio 2019, a sommesso avviso di chi scrive, oltre a contrastare con il diritto europeo, equivale a legittimare una contraddizione interna al sistema, nel quale è la stessa Carta costituzionale a rendere finalmente "giustizia" al bene "ambiente" con la sua introduzione negli artt. 9 e 41 Cost.[28].

legittimo affidamento nella giurisprudenza, cit., 204.

[26] Sul concetto di transizione ecologica, in dottrina, si rinvia a F. de Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, 779 ss.; A, Moliterni, *Il Ministero della Transizione Ecologica: una proiezione organizzativa del principio di integrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 4, 439 ss..

[27] La teoria dei *Planetary Boundaries* (P.B.) e del *Safe Operating Space* (SOS) è il frutto di uno studio di un gruppo di 29 eminenti scienziati guidati da Johan Rockström (Aa.Vv., J. Rockström (guidati da), *A Safe Operating Space for Humanity*, in *Nature*, 461, 2009, 472 ss.; Id., *Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity, in Ecology and Society*, 14, 2, 2009, 32 ss.). In dottrina, si rinvia al saggio di M. Monteduro, *La tutela della vita come matrice ordinamentale della tutela dell'ambiente (in senso lato e in senso stretto)*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2022, 1, 423 ss.; F. Albione, *I nuovi equilibri giuridici tra ambiente e paesaggio sullo sfondo della transizione ecologica*, in *Riv. giur. ed.*, 4, 2023, 235.

[28] Il riferimento è alla riforma costituzionale di cui alla Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, «Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente», su G.U. n. 44 del 22 febbraio 2022. Approvata in prima lettura dall'Assemblea del Senato della Repubblica, il 9 giugno 2021, con 224 voti favorevoli, 23 astensioni e nessun voto contrario. aggiunge all'art. 9 della Costituzione un nuovo terzo comma che attribuisce alla Repubblica italiana il dovere di tutelare l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni e introduce, altresì, una riserva di legge statale in materia di tutela degli animali. In origine, l'art. 9 della Costituzione prevedeva la sola promozione della cultura e della ricerca scientifica e tecnica e la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione. La riforma ha avuto ad oggetto anche l'art. 41 della Costituzione e, nella specie, il secondo e il terzo comma. Al secondo comma, è stato aggiunto il riferimento al «danno alla salute» e al «danno all'ambiente», a integrazione dei limiti che si impongono all'esercizio della libertà di iniziativa economica privata, nel senso che quest'ultima «Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana». Al terzo comma, si registra poi l'aggiunta dei fini ambientali nel novero delle finalità cui può essere espressamente «indirizzata e coordinata» l'attività economica, sia essa pubblica o privata, mediante i programmi e i controlli opportuni che la legge è chiamata a determinare. Il nuovo terzo comma, nello specifico, all'esito della modifica, così recita: «La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali». Sulla riforma che ha portato all'introduzione dell'ambiente in Costituzione, la dottrina è ampissima, tra i tanti, si segnalano F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Dir. econ. (Il)*, 2022, 15 ss.; F. de Leonardis, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in*ApertaContrada*, 2022; M. Cecchetti, *La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente:*

Ne deriva che il compito di cui è investito il Giudice europeo a fronte del rinvio pregiudiziale in commento è se non altro strategico, poiché idoneo ad individuare, da ultimo, gli strumenti giuridici più adeguati alla realizzazione a alla mobilizzazione della transizione ecologica.

Ad ogni modo, anche laddove il Giudice europeo ritenesse che il meccanismo incentivante "a due vie" costituisca espressione del legittimo esercizio dell'(ampia) discrezionalità attribuita agli Stati membri, è auspicabile che i futuri interventi normativi in materia, in linea con il P.N.R.R. nazionale[29], contemplino nuovi ed ulteriori incentivi, nonché nuovi meccanismi di accesso caratterizzati da una disciplina chiara, certa, semplificata e non discriminatoria, in modo tale da garantire sempre maggiori investimenti nel settore e, con essi, la massima diffusione delle fonti energetiche rinnovabili nel perseguimento degli obiettivi sottesi alla transizione ecologica e in conformità con il chiaro *favor* espresso dal legislatore eurounitario nei confronti delle fonti energetiche rinnovabili[30].

tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune, in *Forum quad. cost.*, 2021, 285 e ss.

[29] In dottrina, sugli obiettivi perseguiti dal P.N.R.R. in materia di massima diffusione delle fonti energetiche rinnovabili, cfr. S. Spuntarelli, *Le rinnovabili per la transizione energetica: discrezionalità e gerarchia degli interessi a fronte della semplificazione dei procedimenti autorizzatori nel PNRR*, in *Dir. amm.*, 2023, 1, 59 ss.
Nella specie, il P.N.R.R. prevede numerose misure riguardanti la materia dell'energia, allocate principalmente nella Missione n. 2, in materia di «Rivoluzione verde e transizione ecologica», che prevede ingenti investimenti in materia di «economia circolare e agricoltura sostenibile», «tutela del territorio e delle risorse idriche», «efficientamento energetico», «energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile». Si tratta di interventi (per 15,9 miliardi di euro) che mirano tutti a realizzare un sistema di energia sostenibile che assicuri risorse energetiche sufficienti capaci di determinare positivi impatti sull'ambiente.

[30] Con specifico riferimento al tema degli incentivi, la giurisprudenza amministrativa ha più volte ribadito che il sistema degli incentivi deve essere tale da garantire il perseguimento degli obiettivi di promozione delle fonti energetiche rinnovabili. In questo senso, *ex multis*, cfr. Cons. St., Sez. II, 28 novembre 2022 n. 10409, cit.; più in generale, in tema di *favor* verso le energie rinnovabili, cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, 4 novembre 2022, n. 1750, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si è detto che, nel bilanciamento tra i diversi interessi confliggenti, quello all'approvvigionamento di energia da fonti rinnovabili, è da considerarsi "strategico" e che "*la strada tracciata dalla governance nazionale e sovranazionale è tutta nel senso dell'assoluto favor verso le energie rinnovabili in generale*" (T.A.R. Puglia, Lecce, 9 febbraio 2023, n. 251, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Esiste poi una vastissima giurisprudenza, nel panorama nazionale, a conferma del chiaro *favor* manifestato dalla Comunità internazionale (e, soprattutto, europea) per le fonti energetiche sulla base degli impegni assunti con il Protocollo di Kyoto. A tal proposito, *ex multis*, si vedano: T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 3 luglio 2013, n. 1082, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2013, 2508 ss.; Corte cost., 11 ottobre 2012, n. 224, in *Giur. cost.*, 2012, 3363 ss.; Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2012, n. 4768, in *Vita notarile*, 2012, 1347 ss.;Corte cost., 12 aprile 2012, n. 85, in *Giur. cost.*, 2012, 1180 ss., «la normativa internazionale (Protocollo di Kyoto addizionale alla Convenzione-quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, adottato l'11 dicembre 1997, ratificato e reso esecutivo con l. 1 giugno 2002 n. 120) e quella comunitaria (direttiva 27 settembre 2001 n. 2001/77/Ce e direttiva 23 aprile 2009 n. 2009/28/Ce) manifestano un *favor* per le fonti energetiche rinnovabili al fine di eliminare la dipendenza dai carburanti fossili»; nello stesso senso, T.A.R., Sardegna, Cagliari, Sez. I, 8 aprile 2011, n. 327, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2011, 1431 ss.. Più di recente, Corte Cost., 23 marzo 2021 n. 46, in *Foro Amm. (Il)*, 2021, 10, 1405 ss., ove si legge il seguente principio di diritto: «*Le fonti energetiche rinnovabili (FER), definite talvolta alternative, sono quelle forme di energia che per loro caratteristica intrinseca si rigenerano o non sono esauribili nella scala dei tempi "umani" e, per estensione, il cui utilizzo non pregiudica le risorse naturali per le generazioni future, e verso le quali sia la normativa internazionale (Protocollo di Kyoto e Statuto dell'Agenzia internazionale per le energie rinnovabili IRENA) che quella comunitaria manifestano un deciso* favor*, al fine di eliminare la dipendenza dai carburanti fossili, con conseguente esigenza di semplificazione dei relativi procedimenti autorizzatori. (Precedenti, sentenze n. 237 del 2020, n. 148 del 2019, n. 177 del 2018, n. 275 del 2012 e n. 85 del 2012)*»; Id., 13 novembre 2020, n. 237, in *Giur. Cost.*, 2020, 6, 2803 ss.; Id., 18 aprile 2019, n. 98, *ivi*, 2019, 2, 1072 ss.
La dottrina che sostiene la tesi del *favor* espresso nei confronti delle fonti energetiche rinnovabili è ampissima. Nella specie, tra i richiami più recenti, si rinvia a D. Bevilacqua, *La dialettica tra la promozione delle fonti energetiche rinnovabili e la tutela di altri beni ambientali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 1, 125 ss.